

Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros. Algunos problemas prácticos

por

YOLANDA BERGEL SAINZ DE BARANDA
Profesor ayudante específico
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.
2. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.
3. COMPETENCIA:
 - a) COMPETENCIA OBJETIVA.
 - b) COMPETENCIA TERRITORIAL.
4. LEGITIMACIÓN:
 - a) LEGITIMACIÓN ACTIVA.
 - b) LEGITIMACIÓN PASIVA.
5. PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN:
 - a) BREVEDAD DEL PLAZO.
 - b) CÓMPUTO DEL PLAZO.
 - c) NATURALEZA DEL PLAZO.
 - d) SOBRE LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 133.4 Y 135.1 LEC AL PLAZO DEL ARTÍCULO 1.524 DEL CÓDIGO CIVIL.
6. CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO DE VENTA:
 - a) SOBRE LA NECESIDAD DE CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO DE VENTA.
 - b) FORMA DE LLEVAR A CABO LA CONSIGNACIÓN.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El derecho de retracto es un derecho de adquisición preferente que, ante la enajenación de una cosa, otorga a una persona la facultad de adquirir la

cosa del adquirente pagando el precio que éste había dado por la ella. Nuestro Código Civil regula el derecho de retracto en el Libro IV, Título IV, referente al contrato de compraventa y, dentro del capítulo VI dedicado a la resolución de dicho contrato, distingue los retractos convencionales (arts. 1.507 a 1.520) y los legales (arts. 1.521 a 1.525). Como tipos de retractos legales el Código Civil regula en el artículo 1.522 el retracto de comuneros y en el artículo 1.523 el de colindantes. La regulación de los retractos en el Código Civil se completa con el artículo 1.708, que regula el retracto de consocios cuando la sociedad está en liquidación; los artículos 1.535 y 1.536, que regulan el retracto de derechos litigiosos; y el artículo 1.636 del Código Civil sobre el retracto enfitéutico.

El artículo 1.521 del Código Civil define el retracto legal como el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere la cosa por compra o dación en pago. Es éste, por lo tanto, un derecho de adquisición que restringe la libertad del propietario de vender a quien desee, y también la del comprador de la cosa, que puede verse privado de ella en caso de que se ejercente con éxito el derecho de retracto ante los Tribunales (1).

El artículo 1.522 del Código Civil, que regula el retracto de comuneros, establece que el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condeños o de alguno de ellos. Con la regulación de este retracto se pretendía acabar con

(1) El titular del derecho de retracto puede hacerlo efectivo sea quien sea la persona a la que se transmita la cosa y, además, puede ejercitarse, no sólo contra el primer adquirente de la cosa, sino también contra los sucesivos adquirentes. Esta eficacia frente a terceros ha determinado que gran parte de la doctrina considere el derecho de retracto como un derecho de carácter real. Vid. *ad ex*, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, II, Madrid, 1950, pág. 33; LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. II, págs. 322 y 329; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, 4.^a ed., Madrid, 2001, págs. 754, 755 y 774; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo III, pág. 481 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 224; BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (Tanteo, retracto y opción)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 23; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario al artículo 1.521», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 1006 y 1007, y DÍEZ SOTO, C. M., *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, pág. 74.

En contra del carácter real del derecho de retracto se muestran DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, pág. 102; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pág. 55. Estos autores entienden que se trata de un derecho de adquisición que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero que carece de eficacia real porque no confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa.

Finalmente el carácter real o no de los derechos de adquisición preferente depende del concepto de derecho real que se tenga (en este sentido, LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. II, pág. 322). No lo serían si se tiene en cuenta que los derechos reales otorgan un poder directo e inmediato sobre la cosa, y sí si se prima el hecho de que conceden a su titular la facultad de actuar sobre la cosa sin intermediación del propietario.

supuestos de comunidad y terminar con situaciones de indivisión que se entendían ineficaces y poco económicas (2).

En el retracto de comuneros, el propietario de una cuota tiene derecho en todo caso a adquirir preferentemente la cuota que se transmite a un extraño a la comunidad (3). Se pretende que el vendedor quede en la misma situación que tenía antes del ejercicio del derecho. De igual manera se pretende que el primitivo comprador quede en las mismas condiciones que tenía antes de celebrar el contrato. En consecuencia, el retrayente debe pagar al comprador no sólo el precio pagado sino también cuantos gastos se le occasionaron por razón del contrato. Así, el artículo 1.518 del Código Civil establece que, para ejercitarse el retracto, el retrayente debe rembolsar al comprador el precio de venta más los gastos del contrato, los necesarios y útiles hechos en la cosa (4) y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

En cuanto a qué negocios determinan la puesta en marcha de los derechos de adquisición, aunque no hay un criterio uniforme, sí es cierto que, en principio, y salvo determinación expresa en el caso concreto, lo hacen la compraventa y la dación en pago (5). Esto, para el caso del retracto, porque el artículo 1.521 del Código Civil otorga el derecho de retracto para esos casos y porque el carácter fungible de la contraprestación hace posible que en esos casos el vendedor se mantenga en una situación igual a la que surgió de la compraventa.

A nosotros, para este trabajo, nos interesa en especial el retracto de comuneros, pues vamos a tratar de exponer los problemas que plantea en la actualidad el ejercicio de la acción de retracto de comuneros ante los Tribunales para tratar de dar una solución a los mismos.

(2) Sobre el espíritu de la regulación del retracto y las distintas soluciones que pueden adoptarse en caso de venta de cosa común dependiendo del interés que se pretenda proteger, vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-editorial, Madrid, 1852, pág. 425.

(3) La condición de comunero ha de concurrir tanto en el momento de la enajenación como en el momento del ejercicio del retracto. De igual forma, la condición de extraño a la cosa común ha de concurrir tanto cuando se adquiere la cuota como cuando se ejerce el retracto. Al respecto, vid. las recientes SAP de Granada, de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/52350); SAP de Álava, de 16 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/8643) y 1 de junio de 2007 (*AC* 2007/1840); SAP de Pontevedra, de 10 de abril de 2008 (*RJ* 2008/2163329); SAP de Las Palmas, de 10 de diciembre de 2007 (*AC* 2008/325); SAP de Madrid, de 25 de julio de 2007 (*RJ* 2007/347083), y SAP de Cádiz, de 11 de marzo de 2003 (*EDJ* 2003/46805). Sobre la condición de extraño, vid. también la STS de 23 de julio de 1991 comentada por GRAMUNT FOMBUENA, M. D., en *CCJC*, 1991, núm. 27, pág. 911 y sigs.

(4) Aunque éstos, dado el breve plazo de nueve días para ejercitarse el retracto de comuneros, difícilmente tendrán lugar.

Sobre el precio que debe pagar el retrayente resulta de gran interés el reciente trabajo de GÓMEZ CALLE, E., «El precio a pagar por el retrayente para ejercitarse su derecho de adquisición preferente», en *ADC*, vol. 62, núm. 2, 2009.

(5) Un estudio doctrinal y jurisprudencial completo sobre los negocios que dan lugar al ejercicio del retracto lo encontramos en DÍEZ SOTO, C. M., *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, págs. 78 a 83.

El retracto legal de comuneros establecido en el artículo 1.522 del Código Civil es una figura jurídica que se plantea en la práctica en muchas ocasiones. El desarrollo inmobiliario de España en años recientes ha supuesto la venta de bienes inmuebles que en no pocas ocasiones se encontraban en manos de comunidades, sobre todo de comunidades hereditarias. Y ya se sabe que la disolución de estas comunidades puede no ser todo lo pacífica que debería esperarse. No es extraño el caso de que la mayoría de los comuneros tenga intención de vender su parte en la comunidad mientras que alguno de ellos impide la venta a persona extraña a la comunidad mediante el ejercicio del derecho de retracto ante los Tribunales.

Llegado el caso, las partes pueden encontrarse con algunas incógnitas sobre cómo debe ejercitarse esa acción y los requisitos que debe cumplir. Esto, por un lado, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (en adelante, «LEC») ha incorporado algunos cambios en este terreno frente a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, «LEC 1881») que pueden llevar a interpretaciones distintas. Por otro lado, porque sobre algunos aspectos, la jurisprudencia de nuestros Tribunales no es pacífica y, finalmente, porque han llegado al Tribunal Constitucional cuestiones relativas al ejercicio de la acción de retracto en cuanto a las que éste ha cambiado la orientación de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo; sobre todo porque se ha abierto la mano en cuanto a los medios de pago admisibles en la consignación del precio de venta. Pero esta doctrina del Tribunal Constitucional no puede dar lugar a una flexibilización en todos los aspectos de los requisitos para interponer las demandas de retracto como pretenden algunos retrayentes. No puede llevase tan lejos la flexibilización de manera que se desvirtúe la esencia de la figura del retracto legal. Nos parece, no obstante, que nuestro Tribunal Supremo es bastante juicioso en sus decisiones y mantiene en sus pronunciamientos más recientes una línea adecuada a la esencia y razón de ser de los retractos de comuneros.

No es el objetivo de este trabajo estudiar en general el retracto de comuneros. Para eso ya contamos con magníficos estudios de nuestra mejor doctrina (6). Lo que pretendemos con este análisis es, como hemos señalado,

(6) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, II, Madrid, 1950, pág. 33 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. II, ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 327 y sigs.; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, ed. Civitas, Madrid, 1995, 4.^a ed., pág. 102 y sigs.; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 55 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Ed. Centro de Estudios Registrales, 4.^a ed., Madrid, 2001, pág. 754 y sigs.; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo III, pág. 481 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo IV, pág. 224 y sigs.; BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto y opción)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario al artículo 1.521», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 1006 y 1007; DÍEZ SOTO, C. M., *Ejercicio y efectos de los tanteos y*

abordar los problemas que plantea en la actualidad el ejercicio de la acción de retracto de comuneros ante los Tribunales.

Ello no obstante, vamos a hacer una breve exposición histórica del derecho de retracto en el Ordenamiento Jurídico español y un breve examen de las leyes que lo han regulado. Con ello tendremos una base de partida que ayudará a entender mejor los problemas que se plantean en la actualidad y que son los que aborda este trabajo.

2. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

Desde muy antiguo existen previsiones sobre derechos de adquisición preferente (7). El Derecho romano no conoció el derecho de retracto legal pero sí el retracto convencional (8). Tampoco lo preveían los Códigos visigodos. Es en los Fueros municipales dónde parece encontrarse en España el origen del retracto, gentilicio en este caso (9), ante el interés de los señores feudales de conservar dentro de la familia la propiedad inmobiliaria; retracto gentilicio que también se estableció en el Fuero Viejo de Castilla y en el Fueno Real (10).

Pero, por lo que se refiere al retracto de comuneros como tal, debemos esperar hasta las Leyes de Toro para verlo establecido en España. Las Partidas habían previsto el derecho de tanteo pero no el de retracto (vid. Ley 55, Título V, partida V). Es la Ley 74 de las Leyes de Toro, al establecer un orden de preferencia entre retrayentes, la que se refiere ya al derecho del que «tiene parte en la cosa». El supuesto contemplado es ya entonces la venta de una heredad [todavía no se regula la existencia del derecho de retracto en caso de dación en pago aunque algunos comentaristas ya consideraban que debía in-

(7) *retractos legales*, ed. Dykinson, Madrid, 2000; VILALTA NICUESA, E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M., *Retractos legales*, ed. Bosch, Barcelona, 2004; y BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2009.

(8) LÓPEZ DIÉGUEZ, R., *Exposición histórica del retracto en general, y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia*, Imprenta de Santiago Aguado, Madrid, 1866, págs. 9 a 11, y BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto y opción)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 8, hablan ya de textos mosáicos que se refieren a derechos de adquisición preferente.

(9) LÓPEZ DIÉGUEZ, R., *Exposición histórica del retracto en general y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia*, Imprenta de Santiago Aguado, Madrid, 1866, págs. 11 a 16, y BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto y opción)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 9 y 10.

(10) LÓPEZ DIÉGUEZ recoge en su obra los ejemplos de los Fueros de Cáceres, Alcalá de Henares, Zamora, Salamanca y Baeza; LÓPEZ DIÉGUEZ, R., *Exposición histórica del retracto en general, y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia*, Imprenta de Santiago Aguado, Madrid, 1866, págs. 11 a 16.

(11) Cuya Ley 13, Título 10 del libro 3.^º se considera la base de las posteriores. Esta Ley 13 establece el derecho de retracto gentilicio a favor del pariente más cercano al vendedor que debía ejercerlo dentro del plazo de nueve días desde la compraventa y pagando al comprador «el precio por que es vendida la heredad».

cluirse (11)] a un extraño. En la Ley 75 se establecía para esos comuneros los mismos requisitos para el ejercicio del retracto que para los parientes en el retracto gentilicio (12). Esos requisitos eran, básicamente, la consignación del precio de venta en tiempo (dentro de los nueve días desde que fuera vendida la heredad) y forma (vid. Ley 75 en relación con la Ley 13, Título 10 del libro 3.^º del Fuero Real). Posteriormente, la Novísima Recopilación no hace sino reproducir las Leyes de Toro relativas al retracto de comuneros.

El proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA regula el retracto legal en los artículos 1.450 a 1.454. El artículo 1.451 se refiere al retracto de comuneros: «el co-propietario de una cosa común que no puede dividirse comodamente ó sin menoscabo, puede usar del retracto en el caso de venderse á un estraño la parte de alguno o de los demás condueños». Por su parte, el artículo 1.452 del Código Civil de 1851 señala que no puede usarse el derecho de retracto sino dentro de los nueve días, contados desde el requerimiento que haga el vendedor o el comprador al que tiene tal derecho. Con la exigencia de este requerimiento se pretendía terminar con los problemas que pudiera plantear la prueba del momento del conocimiento por parte del retrayente (13). Este requisito, como veremos, ha desaparecido hoy en día. Ya no lo exige el artículo 1.524 del Código Civil vigente que establece que no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de los nueve días contados desde la inscripción en el Registro y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (14).

(11) LÓPEZ DIÉGUEZ, R., *Exposición histórica del retracto en general, y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia*, Imprenta de Santiago Aguado, Madrid, 1866, pág. 31. Habrá que esperar hasta el Proyecto de Código Civil de 1851 para ver incorporada en su artículo 1.450 la dación en pago como negocio desencadenante del derecho de retracto. Al respecto, vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-editorial, Madrid, 1852, pág. 425; y DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 513.

(12) Ley 75: «Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene común con otro en caso que según la ley de la partida, la pudiera el comunero sacar, por el tanto *que sea obligado que la quisiere sacar, a consignar el precio en el tiempo y término y con las diligencias y solemnidades de la manera que la pudiera sacar el pariente más propinco*, cuando fuera de su patrimonio y abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del fuero, y ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes, y se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida por el tanto» (nuestra la cursiva).

http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/13/17/leyes-de-toro-1505-quadrerno-de-las-leyes-y-nuevas-decisiones-sobre-las-dudas-de-derecho-que-continuamente-solian-y-suelen-ocurrir-en-estos-reynos-enque-aquia-mucha-diuersidad-de-opiniones-entre-los-doctores-y-lettardos-destos-reynos/vista_amplia/

(13) GARCÍA GOYENA comenta que «se evitan así los fraudes a que frecuentemente se recurriá con objeto de hacer ilusorio el retracto». GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-editorial, Madrid, 1852, pág. 427.

(14) Conocimiento al que el retrayente puede llegar por cualquier vía, sin que haya obligación ni del comprador ni del vendedor de comunicar la compraventa. Lo cual no

Finalmente, el artículo 1.454 del Código Civil de 1851 remite, entre otros, a lo dispuesto en el artículo 1.447, que disponía que el vendedor no podía hacer uso del retracto sin rembolsar al comprador el precio de venta, y además los gastos del contrato y cualquier gasto hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Una redacción, como vemos, muy semejante a la del actual artículo 1.518 del Código Civil.

En cuanto al procedimiento para ejercitar el derecho de retracto, vamos a ver cómo se ha regulado en las distintas Leyes de Enjuiciamiento Civil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 en su artículo 674 establecía ya como requisitos para dar curso a las demandas de retracto: 1.) Que se interponga en el juzgado competente (15) dentro de nueve días contados desde el otorgamiento de la escritura de venta. 2.) Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea. 3.) Que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en el que se funde el retracto. 4.) Que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraída a lo menos dos años, a no ser que alguna desgracia hiciere venir a menos fortuna al retrayente y le obligara a la venta. 5.) Que se comprometa el comunero a no vender la participación del dominio que retraiga, durante cuatro años. 6.) Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño directo o el útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años. 7.) Que se acompañe la demanda en papel común.

A nuestros efectos, lo más destacado de este texto es que ya se exigía la interposición de la demanda en un plazo de nueve días contados desde el otorgamiento de la escritura de venta y, sobre todo, el hecho de que fuera necesario consignar el precio de venta para poder ejercitar el derecho de retracto. Se garantizaba así al demandado que, en caso de prosperar el retracto, existirán fondos para pagarle el precio que él había dado por la cosa.

Prácticamente en nada altera el texto de 1855 la LEC de 1881 cuyo artículo 1618.1.^º establecía que: para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 1.) Que se interponga dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta. 2.) Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea. 3.) Que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto. 4.) Que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraída a lo menos dos años, a no ser que alguna desgracia hiciere venir a menor fortuna al retrayente y le obligara a la venta. 5.) Que se comprometa el comunero a no vender la participa-

quita para que una comunicación de este tipo deba considerarse como una muestra de buena fe por parte de los intervenientes en la compraventa.

(15) A este respecto, el artículo 673 de la LEC de 1855 otorgaba la competencia para conocer de las demandas de retracto al Juez del lugar en que estuviera situada la cosa o al del domicilio del comprador, a elección del demandante (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, edición oficial, Madrid, 1855).

ción del dominio que retraiga durante cuatro años. 6.^º) Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño del dominio directo o el del útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años. 7.^º) Que se acompañe copia, en papel común, de la demanda y de los documentos que se presenten.

Sí ha habido, sin embargo, cambios importantes en el tratamiento de los retractos legales en la LEC 1/2000 vigente, lo cual ha dado lugar a distintos problemas que pasaremos a analizar más adelante en nuestro estudio pero que podemos ya apuntar aquí. El juicio de retracto legal deja de tener bajo esta LEC un procedimiento especial para pasar a decidirse en el juicio ordinario. Así lo establece el artículo 249.1.7.^º LEC.

Por su parte, el artículo 266.3.^º de la LEC es el que establece los requisitos para la interposición de las demandas de retracto. En él desaparecen varios de los requisitos que históricamente se venían exigiendo para el ejercicio del derecho, como los compromisos de no enajenar lo comprado como consecuencia del retracto. Continúan vigentes, sin embargo, la necesidad de aportar prueba del título en que se funde la demanda y el requisito de consignar el precio de venta si fuera conocido, o de prestar caución que garantice la consignación en cuanto se conozca, aunque se puntualiza, siempre que tal consignación «se exija por ley o por contrato». Esta última exigencia da lugar a opiniones encontradas como veremos a lo largo de este estudio.

No es este el lugar para hacer balance de la regulación del procedimiento para interponer las demandas de retracto en la LEC vigente. Pero, como vamos a ver, es cierto que la falta de claridad de esa regulación da lugar a diversos problemas de índole práctico de importancia a la hora de valorar la adecuación de las demandas de retracto a lo exigido en las normas.

Realizada esta exposición histórica del panorama legislativo sobre el derecho de retracto en general, y de comuneros en especial, vamos a estudiar ahora el porqué de los distintos problemas que plantea en la actualidad el ejercicio de la acción de retracto. Como hemos mencionado al principio de este trabajo, los cambios legislativos introducidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, junto con decisiones judiciales enfrentadas sobre algunos temas, plantean incógnitas sobre el camino a seguir a la hora de interponer una demanda en ejercicio del derecho de retracto de comuneros.

Pasemos, por lo tanto, a ver los distintos requisitos que debe cumplir la demanda de retracto de comuneros para poder apreciar qué problemas plantea en nuestro Ordenamiento Jurídico actual.

3. COMPETENCIA

Analizamos, en primer lugar, la competencia, tanto objetiva como territorial, para interponer la acción de retracto. De los requisitos para interponer

la acción de retracto nos parece que estos son hoy en día los que presentan menos dificultades.

a) COMPETENCIA OBJETIVA

En cuanto a la competencia objetiva, como ninguna disposición expresa atribuye la competencia de los juicios de retracto a ningún Tribunal especializado, se aplica la regla general del artículo 45 LEC. En su virtud, la competencia para conocer de estos asuntos corresponde a los Juzgados de Primera Instancia.

b) COMPETENCIA TERRITORIAL

Por lo que se refiere a la competencia territorial, habrá que distinguir si el bien objeto de retracto es mueble o inmueble. Para el caso de bienes muebles, y a falta de regla especial, el fuero aplicable es el general del artículo 50 LEC (16). Este precepto señala como fuero general el domicilio del demandado.

En caso de que el bien objeto de retracto sea inmueble, nos parece que no debe haber duda sobre la aplicación a este tipo de acciones del artículo 52.1.1.^º LEC. A nuestro juicio, el artículo 52.1.1.^º LEC fija una competencia territorial especial a estos efectos. Dicho artículo dispone que: «En los juicios en que se ejercent acciones reales sobre bienes inmuebles será el Tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejerza sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será Tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante». Por su parte, el artículo 54.1 LEC señala que la competencia territorial del artículo 52.1.1.^º LEC tiene carácter imperativo, por lo que no es disponible.

El problema surge entonces cuando la acción se interpone ante un Tribunal sin competencia territorial para conocer de la acción de retracto, por ejemplo, porque se atenga el demandante al fuero general. Para estos casos, existe jurisprudencia que señala que la demanda de retracto efectuada ante Juez que carece de jurisdicción no puede surtir efectos de clase alguna (17). Esto supone que la demanda de retracto ante un órgano judicial territorialmente incompetente no sería una vía eficaz para ejercitarse el derecho de retracto y debería rechazarse. Cuando la competencia territorial venga fijada por reglas imperativas, el Tribunal debe examinar de oficio su competencia y si

(16) Artículo 51 LEC para personas jurídicas.

(17) SSTS de 4 de mayo de 1956 (*RJ* 1956/2412) y de 30 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7419).

entiende que carece de competencia para conocer del asunto lo declarará mediante auto, remitiendo las actuaciones al Tribunal al que considere territorialmente competente (vid. art. 58 LEC).

En caso de que se admitiera a trámite la demanda interpuesta ante Tribunal no competente, entendemos que el demandado tiene dos vías de actuación. Puede interponer la declinatoria a tenor del artículo 59 LEC. Pero, a nuestro juicio, también puede denunciar en su contestación el defecto de falta de jurisdicción territorial. Y esto, porque el fuero del artículo 52.1.1.^º LEC es un fuero imperativo, y el artículo 59 LEC establece que la falta de competencia territorial sólo puede ser apreciada cuando se proponga en tiempo y forma la declinatoria, pero esto «fuera de los casos en que la competencia territorial venga fijada por la ley en virtud de reglas imperativas». En estos casos, entendemos que la falta de competencia territorial puede ser apreciada por el Juez en su decisión si el demandado lo ha puesto de manifiesto en su contestación o interpone algún recurso al respecto (18).

4. LEGITIMACIÓN

a) LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa corresponde al titular del derecho de retracto, en este caso, al comunero, que debe acreditar su calidad de tal (19). Éste debe justificar dicha legitimación documentalmente con un doble objetivo. En primer lugar para fundamentar su derecho. En segundo lugar, para que la demanda sea admitida a trámite, ya que el artículo 266.3.^º LEC exige que se acompañen a la demanda, «los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto». No se admitirán a trámite las demandas que no acompañen justificación del título (vid. art. 269.2 LEC).

b) LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva corresponde al comprador, no es necesario demandar al vendedor. Esto tiene sentido, ya que el vendedor ya ha recibido su precio y, en principio, no debería afectarle la personalidad del adquirente final de lo

(18) Esta opinión, si bien nos parece como decimos la más acertada, la damos con reparo. Somos conscientes de que, aunque no cabe otra interpretación de lo establecido en el artículo 59 LEC, es posible que el Juez no admita el argumento de la falta de competencia territorial si no se ha interpuesto la declinatoria o algún recurso al respecto.

(19) A este respecto, por todos, vid. BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2009, págs. 226 a 239.

enajenado. Ello, por supuesto, no impide la intervención del vendedor en el procedimiento si tiene interés legítimo en ello, pero no es necesaria su intervención (20).

Es el comprador el que, si prospera la acción de retracto, va a ver afectado su derecho. Al comprador se le entregará el precio pagado por el bien, pero él deberá entregar el bien objeto del retracto al retrayente, otorgando la correspondiente escritura a su favor en caso de bienes inmuebles. De ahí su legitimación activa. Para que la relación procesal quede bien constituida basta con llamar como parte al comprador. Así lo han puesto de relieve nuestros Tribunales en un buen número de sentencias (21).

5. PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN

El artículo 1.524 del Código Civil establece que no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de los nueve días contados desde la inscripción en el Registro y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (22). Si no se interpone la acción dentro de dicho plazo el derecho de retracto decae y la compraventa deviene firme.

a) BREVEDAD DEL PLAZO

El plazo de nueve días de que dispone el retrayente para ejercitar la acción es ciertamente un plazo breve. Su razón de ser estriba en que el derecho de retracto es un derecho de interpretación restrictiva (23). Esto, porque los retractos legales limitan el derecho de libre disposición del propietario al

(20) STS de 11 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/3896).

(21) Por ejemplo, SSTS de 3 de marzo de 2004 (*RJ* 2004/809), de 16 de mayo de 2003 (*RJ* 2003/4761), de 27 de junio de 2000 (*RJ* 2000/5740) y de 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997/5413).

(22) No vamos a profundizar en ello porque hoy es ya opinión consolidada que el derecho de retracto nace cuando la venta está consumada. El plazo no empieza a contar desde la celebración de la compraventa sino desde su consumación. Como bien ha dicho el profesor Rebolledo, esto tiene importancia cuando la enajenación se produce en documento privado porque si hay entrega de la cosa es indiferente el otorgamiento posterior de escritura pública. Este autor cita al respecto la STS de 8 de julio de 1946 (REBOLLEDO VARELA, A. L., *Comentario al artículo 1.524 del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1016). Más recientemente, en este mismo sentido, vid. SAP de Cáceres, de 9 de enero de 2004 (*EDJ* 2004/3526) y, sobre todo, STS 198/2009, de 18 de marzo (*JUR* 2009).

(23) Así lo señalan, por ejemplo, la STC de 24 de febrero de 1994 (*EDJ* 1994/1656), STS de 29 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/3345) y la SAP de Córdoba, de febrero de 1992 (*EDJ* 1992/13207).

obligarle a vender la cosa objeto de los mismos a una persona determinada. Además, el plazo da seguridad jurídica, porque una vez transcurrido, el contrato de compraventa deviene firme e inatacable y se evita así que el comprador permanezca en situación de incertidumbre sobre la solidez de su derecho.

b) CÓMPUTO DEL PLAZO

Por estas razones el legislador fijó un plazo breve en el tiempo. Y no sólo eso, también fijó el momento de inicio del cómputo del plazo. Como vemos, el artículo 1.524 del Código Civil señala que el plazo de nueve días empieza a contar desde que se inscribió la venta que da lugar al retracto en el Registro y, a falta de inscripción, desde que se tuviera conocimiento de la venta.

Pero, respecto a este *dies a quo* para el cómputo del plazo, nuestros Tribunales han puntualizado que, si por cualquier razón el retrayente ha tenido conocimiento de la venta antes de su inscripción en el Registro, el plazo para la interposición de la demanda comienza desde que tuvo dicho conocimiento y no desde el momento de la inscripción (24). Esto es perfectamente lógico, pues de otra manera se estaría vulnerando la razón de ser del artículo 1.524 del Código Civil, ya que ese retrayente contaría con un plazo adicional; el que va desde su verdadero conocimiento hasta la inscripción en el Registro. Corresponde, por supuesto al demandado demostrar que el retrayente tuvo conocimiento completo de la enajenación y de sus condiciones antes de la inscripción [por ejemplo, fax comunicando la venta o solicitud por el retrayente de certificación del Registro en la SAP de Alicante, de 26 de octubre de 2005 (*EDJ* 2005/284846); conocimiento de la transmisión de dos fincas simultáneamente ejercitándose el retracto sólo con respecto a una de ellas en la SAP de Madrid, de 6 de febrero de 2006 (*EDJ* 2006/18143); testimonios que acreditan un conocimiento anterior en la SAP de Barcelona, de 29 de abril de 2002 (*EDJ* 2002/44277); o, en caso de enajenación judicial el momento de la subasta por ser un acto público cuando además hay alguna relación con la titularidad dominical en la SAP de Murcia 2002/31696) (25)].

(24) Así, por ejemplo, lo han señalado las SSTS de 5 de mayo de 1972 (*EDJ* 1972/250), de 30 de enero de 1989 (*EDJ* 1989/712), de 30 de octubre de 1990 (*EDJ* 1990/9868) y de 21 de julio de 1993 (*EDJ* 1993/7467).

(25) Al respecto, vid. también STS de 11 de julio de 1992 (*RJ* 1992/6280), de 8 de junio de 1995 (*EDJ* 1995/2643), comentada por BELLO JANEIRO, D. en *CCJC*, 1995, núm. 39, pág. 1119 y sigs. y de 27 de julio de 1996 (*EDJ* 1996/5748). Cuando la venta del bien objeto del retracto ha sido judicial, la celebración de la subasta, en tanto que se produce el remate y la adjudicación del bien (sino son simultáneos, cuando se consume mediante el auto de adjudicación), supone el nacimiento de la acción de retracto. Desde ese momento puede interponerse. No obstante, la sola publicidad de la subasta no basta para probar que el retrayente tuvo conocimiento de las condiciones de la venta. Es necesario probar que el retrayente tuvo conocimiento de tales circunstancias en el momento

Se admite, a estos efectos, la vía indirecta de las presunciones [por ejemplo, conocimiento de la enajenación por los hijos de la retrayente encargados de todo lo relativo a la finca objeto del retracto en la SAP de Málaga, de 21 de julio de 2005 (*EDJ* 2005/160385); intensas negociaciones para la enajenación de cuotas de varios hermanos en la SAP de Córdoba, de 19 de noviembre de 2004 (*EDJ* 2004/235628); o, condición de socio que tiene el retrayente de la entidad mercantil que transmite la finca en la *STS* de 9 de mayo de 2008 (*EDJ* 2008/2966)].

Así las cosas, si la enajenación se inscribe en el Registro de la Propiedad y no ha habido un conocimiento anterior a esa inscripción por el retrayente, el plazo de nueve días empieza a contar al día siguiente de practicarse el asiento de inscripción, y no desde el asiento de presentación, a pesar de que el artículo 24 de la Ley Hipotecaria retrotraiga la inscripción a la fecha del asiento de presentación (26).

Por otra parte, el artículo 1.524 del Código Civil establece que cuando la enajenación no tenga acceso al Registro, el plazo comienza a contar desde que el retrayente tuvo conocimiento de la venta. Por supuesto, el retrayente puede llegar a este conocimiento por sí mismo o a través de su representante legal. El conocimiento de la venta por parte del representante del retrayente tiene plena eficacia a estos efectos. Como es lógico, en caso de conocimiento de la venta por el representante del retrayente, la jurisprudencia entiende que el inicio del cómputo del plazo de nueve días comienza desde del momento en que la enajenación se pone en conocimiento del representante (27).

También es unánime la jurisprudencia sobre la necesidad de que ese conocimiento de la venta sea «completo, cumplido y cabal», abarcando noticia exacta de todos los extremos de la transmisión (28). La razón de esta

de la celebración para que sea este el *dies a quo* para el cómputo del plazo de nueve días. Así lo exigen recientemente las sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007/8929) en la que el Tribunal estima que el retrayente no tuvo conocimiento de las condiciones de la venta por la subasta sino por la notificación de la escritura pública de compraventa, y 126/2009, de 26 de febrero de 2009 (*JUR* 2009), en la que el Tribunal señala que se tuvo conocimiento de las condiciones de la subasta a raíz de la inscripción, 198/2009 de 18 de marzo (*JUR* 2009), y 235/2009 de 1 de abril (*JUR* 2009).

(26) *STS* de 2 de abril de 1956 y de 15 de diciembre de 1956, citadas por REBOLLEDO VARELA, A. L. en *Comentario al artículo 1.524 del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1015 a 1017. Recientemente, vid. *STS* de 27 de junio de 2000 (*EDJ* 2000/15622).

Sobre el conocimiento de la enajenación que deriva de la inscripción en el Registro, se ha sugerido que se sustituya por una notificación pues es fácil que la inscripción se produzca sin que se conozca por el posible retrayente (CORBACHO, J. A., «El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros», en *Derecho Privado y Constitución*, CEC, 1994, 3, pág. 294.

(27) Entre otras, vid. *SSTS* de 28 de mayo de 1963 (*RJ* 1963/2952), y de 23 de enero de 1990 (*EDJ* 1990/453); y *SAP* de Soria, de 7 de octubre de 2004 (*EDJ* 2004/190828).

(28) Entre otras muchas, vid. *SSTS* de 12 de diciembre de 1986 (*EDJ* 1986/7436); de 6 de junio de 1988 (*RJ* 1988/4820); y de 28 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/1411); de

exigencia estriba en que sólo cuando el retrayente tenga pleno conocimiento de las condiciones de la transmisión podrá decidir si le interesa o no ejercitar su derecho de retracto de acuerdo con esas condiciones.

c) NATURALEZA DEL PLAZO

Asimismo, es jurisprudencia reiterada que el plazo de nueve días previsto en el artículo 1.524 del Código Civil es un plazo de caducidad, no admitiéndose, por lo tanto, ni interrupción (29) ni ampliación y sin que se descuenten los días inhábiles (30). Además, se trata de un plazo civil, por lo que se computa según establece el artículo 5 del Código Civil. De esta forma, el primer día queda excluido del cómputo, que empieza a contar al día siguiente de la inscripción o de que se tenga conocimiento de la transmisión.

d) SOBRE LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 133.4 Y 135.1 LEC AL PLAZO DEL ARTÍCULO 1.524 DEL CÓDIGO CIVIL

El problema más interesante que a nuestro juicio plantea el plazo del artículo 1.524 del Código Civil está relacionado con este carácter civil del mismo. El plazo de nueve días establecido en el artículo 1.524 del Código Civil es un plazo sustantivo y no procesal. Nuestro Tribunal Constitucional

20 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3773); de 7 de marzo de 1996 (*RJ* 1996/1883), de 6 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1363), de 27 de junio de 2000 (*RJ* 2000/5740), de 20 de octubre de 2005 (*RJ* 2006/1964) y de 25 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/3127).

(29) Suprimido el acto de conciliación con la reforma que la Ley 34/1984, de 6 de agosto, hizo de la LEC de 1881, ya no hay duda de que ningún acto puede interrumpir el plazo de nueve días para el ejercicio de la acción. Aunque se lleven a cabo negociaciones previas entre las partes, si no se llega a un acuerdo y el retrayente no interpone la demanda ante los Tribunales en plazo, habrá decadido su derecho. Al respecto, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1981 (*EDJ* 1981/1334), de 20 de julio de 1993 (*EDJ* 1993/7388), de 25 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2536), de 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997/5413), comentada por RONCESVALLES BALLER, C. en *CCJC*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1997, pág. 1165 y sigs., y las recientes de las Audiencias Provinciales de La Coruña, de 3 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/197); Cantabria, de 9 de octubre de 2001 (*JUR* 2001/32986); Málaga, de 31 de enero de 2002 (*EDJ* 2002/17213); Alicante, de 19 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/129043); Asturias, de 18 de marzo de 2003/231298), y Córdoba, de 24 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/143200). En la doctrina, por todos, vid. BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2009, págs. 78 a 84.

(30) Entre otras muchas, vid. SSTS de 30 de abril de 1940 (*RJ* 1940/304); de 7 de octubre de 1978 (*EDJ* 1978/357); de 24 de octubre de 1978 (*EDJ* 1978/384); de 3 de noviembre de 1982 (*EDJ* 1982/6612); de 31 de marzo de 1984 (*EDJ* 1984/7147); de 18 de junio de 1986 (*EDJ* 1986/4211), de 30 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7419), y de 29 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/3345).

ha tenido oportunidad de señalarlo así en su sentencia de 24 de febrero de 1994 (31). La cuestión que se plantea es si el retrayente puede acogerse a lo dispuesto en los artículos 133.4 y 135.1 LEC. El primero, prorroga los plazos que terminen en domingo u otro día inhábil hasta el día siguiente hábil. El segundo, permite la presentación de escritos hasta las quince horas del día siguiente hábil al del vencimiento del plazo. Esta cuestión no es en absoluto pacífica y tampoco baladí. Recordemos que si se presenta la demanda fuera de plazo el derecho de retracto decae y la transmisión se torna inatacable.

La cuestión es importante si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones los abogados en ejercicio tienden a disfrutar de los plazos hasta el límite. En el caso que tratamos, una demanda interpuesta contando con las normas de los artículos 133.4 y 135.1 LEC, si consideramos que no resultan aplicables, supondría que el derecho ha decaído y no puede interponerse la acción de retracto de comuneros. Sobre esto, tenemos decisiones de nuestros Tribunales de lo más dispares (32):

(31) Vid. STC de 24 de febrero de 1994 (*EDJ* 1994/1656). Se planteó ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad relativa a si el plazo de caducidad establecido en el artículo 1.524 del Código Civil era contrario al principio de igualdad (por su cómputo distinto de la mayoría de los derechos de retracto) y al derecho a la tutela judicial efectiva (por su brevedad). El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del plazo y reiteró el carácter sustantivo, no procesal del mismo. COBACHO GÓMEZ, J. A., comenta esta sentencia en *Derecho Privado y Constitución*, 1994 (3), pág. 267 y sigs.

Son destacables las siguientes consideraciones del Tribunal:

«Y difícilmente hubiera podido producirse tal vulneración, pues el ejercicio del derecho de retracto en modo alguno se configura, tal y como se afirma en el auto que eleva la cuestión, como un requisito para obtener, precisamente, la tutela judicial efectiva: el establecido en el artículo 1.524 del Código Civil es un plazo para el ejercicio de un derecho, el de retracto, legalmente reconocido, cosa bien diferente de los requisitos que el legislador pueda establecer al configurar el acceso a la tutela judicial efectiva, a los que nos referíamos en nuestra STC 172/1987 (*RTC* 1987/172). El establecimiento de ese plazo viene determinado porque la ley otorga, en caso de que se enajene la propiedad, preferencia al copropietario, pero exige que esta preferencia se ejerza en un periodo determinado, transcurrido el cual decae.

Resulta, pues, que el derecho de retracto regulado en los artículos 1.521 y sigs. del Código Civil es un derecho de carácter sustantivo. Y el plazo que para el ejercicio de ese derecho se prevé en el artículo 1.524 del Código Civil es también, como acertadamente ponen de relieve tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado, un plazo sustantivo, no procesal: es, en efecto, un plazo para el ejercicio de un derecho, pero en modo alguno tiene relación con el acceso a los órganos jurisdiccionales a los efectos de obtener una resolución judicial motivada. De todo ello se desprende con claridad que ninguna relación existe entre el derecho a la tutela judicial efectiva, que es típicamente un derecho al proceso y en el proceso, y el precepto controvertido, que regula un derecho preferente a adquirir la propiedad en determinados supuestos. Este derecho es de creación legal y el legislador puede regularlo con la amplitud o restricción que considera más apropiada a la efectividad de los intereses en atención a los cuales lo crea, dentro, claro está, de los límites que establece la constitución».

(32) Aunque las sentencias que mencionamos a este respecto se refieren a uno u otro artículo dependiendo del asunto que se les plantee (sólo algunas pocas se refieren tanto

(i) Por un lado, están aquellas decisiones que consideran aplicables las normas de los artículos 133.4 y 135.1 LEC al plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil (33). Estas decisiones esgrimen las siguientes razones para su admisión. En primer lugar, señalan que el espíritu de dichas normas es, en el primero, permitir que se puedan presentar escritos cuando el día de vencimiento del plazo sea inhábil y, en el segundo, suplir la ausencia de un servicio específico que tenga atribuida la admisión de escritos cuya presentación esté sujeta a término en la franja horaria que existe entre el cierre del registro de entrada del Juzgado hasta las 24 horas. Creen, por lo tanto, que si se negara la aplicación de tales normas en el caso del plazo para la interposición de las demandas de retracto, se estaría reduciendo aún más el plazo para presentar la demanda, ya de por sí reducido. Si se niega la aplicación del artículo 133.4 LEC o se impide al retrayente presentar la demanda el último día en su integridad si se niega la aplicación del artículo 135.1 LEC, dicen estos pronunciamientos que se vulneraría el principio de tutela judicial efectiva. Entienden que admitir la aplicación de los artículos 133.4 y 135.1 LEC y permitir la interposición de la demanda al día siguiente cuando el día de vencimiento sea domingo o inhábil y hasta las 15 horas del día siguiente hábil en caso de vencimiento en día hábil es más acorde con el principio *pro actione* garantizado en el artículo 24 de la Constitución, tanto más cuando no es posible presentar la demanda civil en Juzgado con servicio de guardia como señala el artículo 135.2 LEC. También argumentan que ni el artículo 133.4 LEC ni el 135.1 LEC diferencian entre plazos procesales y civiles, y que sólo se refieren a escritos procesales, siéndolo tanto la demanda que comienza el procedimiento como los demás escritos presentados durante el mismo. Creen que admitir la aplicación de estos artículos al plazo del 1.524 del Código Civil no supone la indebida ampliación del plazo sino la solución a la falta de coordinación entre el artículo 133.1 LEC, que señala que los plazos expiran a las 24 horas del día de su término y el horario de la oficina judicial.

(ii) Por el contrario, hay decisiones que consideran inaplicables los artículos 133.4 y 135.1 LEC al plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil (34). Existen sentencias que han considerado fuera de plazo las

al 133 como al 135 conjuntamente) no diferenciamos entre ellos en el análisis que aquí hacemos porque la razón de ser de ambos preceptos es la misma.

(33) En este sentido, por ejemplo, vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de junio de 2002 (*EDJ* 2002/53711); SAP de Almería, de 18 de diciembre de 2002 (*EDJ* 2002/69597); SAP de Zaragoza, de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/1365); SAP de Burgos, de 11 de julio de 2007 (*JUR* 2008/95584), y SAP de Guipúzcoa, de 4 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/41708).

(34) Vid., por ejemplo, SSTS de 11 de febrero de 1959 (*RJ* 1959/472) y de 14 de noviembre de 1962 (*RJ* 1962/4539), SAP de Tenerife, de 13 de junio de 2005 (*EDJ* 2005/121760); SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (*EDJ* 2006/6); SAP de Álava, de 1 de

demandas de retracto interpuestas al día siguiente del vencimiento del plazo civil por haber sido éste inhábil. Y también las hay que rechazan la aplicación del 135.1 LEC y declaran la caducidad de la acción cuando la demanda se presenta al día siguiente del vencimiento del plazo antes de las 15 horas. Estas decisiones parten de la base de la diferencia que la Sala Primera del Tribunal Supremo hace entre términos sustantivos y procesales (35). Sobre la diferencia entre plazos sustantivos y procesales nuestro Tribunal Supremo ha dicho que sólo tienen carácter procesal los que tengan su origen o punto de partida en una actuación procesal, o sea, que «sólo tienen tal carácter los que comienzan a partir de una notificación, citación o requerimiento, pero no cuando se asigne el plazo para el ejercicio de una acción» (36).

Recordemos que esta diferencia ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia de 24 de febrero de 1994, en la que no dudó en calificar el plazo de nueve días del artículo 1.524 del Código Civil como un plazo sustantivo y no procesal. En concreto se dijo que el plazo para el ejercicio del derecho de retracto es «un plazo para el ejercicio de un derecho, pero en modo alguno tiene relación con el acceso a los órganos jurisdiccionales a los efectos de obtener una resolución judicial motivada» (37). Como tal plazo sustantivo, «no puede ser enjuiciado desde la óptica de los requisitos formales de los actos procesales» (38).

Así las cosas, y dado que el plazo de nueve días del artículo 1.524 del Código Civil es un plazo civil de caducidad, no susceptible de interrupción ni suspensión, un plazo de naturaleza sustantiva y no procesal, y que se computa de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Código Civil, las decisiones que rechazan la aplicación de los artículos 133.4 y 135.1 LEC lo

junio de 2006 (*EDJ* 2006); SAP de Soria, de 25 de septiembre de 2007 (*JUR* 2009/44453); SAP de Sevilla, de 8 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/176070); SAP de Guadalajara, de 4 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/296416); SAP de Cádiz, de 21 de enero de 2008 (*JUR* 2008/878); SAP de Valencia, de 9 de diciembre de 2008 (*JUR* 2009/175687); SAP de Castellón, de 26 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/275112), y SAP de Pontevedra, de 19 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/16198).

(35) Vid. por ejemplo, SSTS de 29 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4828) y de 25 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/8150).

(36) Vid. STS de 1 de febrero de 1982 (*EDJ* 1982/371).

(37) Fundamento Jurídico Segundo. STC de 24 de febrero de 1994 (*EDJ* 1994/1656).

(38) Vid. alegaciones del Fiscal General del Estado en la STC de 24 de febrero de 1994 (*EDJ* 1994/1656). Muy interesantes son también las consideraciones del Abogado del Estado cuando señala que: «El plazo de nueve días establecido en el artículo 1.524 del Código Civil es un plazo de caducidad de carácter sustantivo y no procesal: el ejercicio del retracto queda sujeto a dicho plazo en garantía de la certeza de las relaciones jurídicas y de la seguridad del tráfico. Colaciona la historia del precepto cuestionado y añade que el criterio del conocimiento probado y completo de la compraventa por parte del retrayente engendra una debilitación de las adquisiciones que puede durar largo tiempo, depender de demasiadas contingencias y engendrar comportamientos torticeros».

hacen porque son estos preceptos que se refieren a escritos sujetos a plazos procesales (39). No puede, por lo tanto, extenderse la aplicación de esos artículos a plazos sustantivos para la vigencia de un derecho, como el plazo de caducidad del artículo 1.524 del Código Civil, cuyo efecto es que el derecho se extingue el último día del plazo. Extinguido ese derecho no se puede ejercitar y por lo tanto los jueces no pueden reconocer su existencia (40).

Estas decisiones son conscientes del espíritu de las normas contenidas en los artículos 133.4 y 135.1 LEC (41), pero señalan que se refieren a plazos procesales y nunca pueden aplicarse al cómputo de plazos de caducidad de carácter sustantivo que transcurren al margen de los procedimientos judiciales y son improrrogables. Entienden que el retrayente debe actuar con diligencia en la protección de sus intereses y que no es diligente el que deja transcurrir el plazo para el ejercicio de su derecho, sabiendo lo breve del mismo. Señalan que no se vulnera el principio *pro actione* como elemento del contenido de la tutela judicial efectiva cuando de lo que se trata es de un ejercicio del derecho fuera del plazo dado para ello (42). Por el contrario, la caducidad

(39) De hecho, el título del Capítulo II en el que se incluyen reza: «Del tiempo de las actuaciones judiciales».

(40) Sobre la desaparición del derecho transcurrido el plazo de caducidad, vid. SSTS de 5 de julio de 1957 (*RJ* 1957/2554) y de 18 de octubre de 1963 (1963/4138).

(41) «La norma que permite presentar escritos hasta las quince horas del día hábil siguiente al vencimiento del plazo, y que en definitiva no supone más que una prórroga del plazo, admitida en la Ley procesal por razones de practicidad y de un mejor orden en la organización judicial, para evitar una carga de trabajo en los Juzgados de Guardia y eludir innútiles trámites de traslados de escritos y documentos entre los órganos judiciales, se refiere a los plazos procesales, es decir, a los plazos que se generan dentro de un proceso, que se inicián a partir de la realización de algún acto o acontecimiento procesal» [Fundamento de Derecho Tercero, SAP de Sevilla, de 8 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/176070)].

(42) A este respecto son muy interesantes las consideraciones de la Audiencia Provincial de Guadalajara en su sentencia de 4 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/296416):

«Sentado lo que antecede, poco hay que añadir para desestimar la impugnación deducida, refiriéndonos por último al principio *pro actione* que considera vulnerado el recurrente». En efecto el Tribunal Constitucional ha ofrecido y desarrollado la doctrina de que los presupuestos formales no son obstáculos destinados a dificultar el pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sino mecanismos dirigidos a garantizar el acuerdo de la resolución judicial y, en razón de ello, los órganos judiciales están obligados a interpretar las normas legales ordenadoras de los requisitos de admisibilidad procesal en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, para evitar así la imposición de formalidades contrarias al espíritu y finalidad de la norma, que producirían la conversión de cualquier irregularidad formal en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, al margen de la finalidad justificante de la existencia de tal requisito (entre otras, SSTC núm. 3/1993 [*RTC* 1993/3], 59/1984 [*RTC* 1984/59], 162/1986 [*RJ* 1986/162], 46/1989 [*RTC* 1989/46], 59/1989 [*RTC* 1989/59], 62/1989 [*RTC* 1989/62], 121/1990 [*RTC* 1990/121] y 12/1992 [*RTC* 1992/12]).

Se relaciona esta postura con la mención al acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial efectiva, consistente en provocar la actividad jurisdiccional hasta desembocar en la decisión de un Juez (STC núm. 19/1981 [*RTC* 1981/19]);

del derecho trae consigo seguridad jurídica. No puede permitirse que se ejer-cite un derecho fuera del tiempo y forma en que lo establece la Ley.

A nuestro juicio estas últimas decisiones que deniegan la aplicación de los artículos 133.4 y 135.1 LEC al plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil son más acertadas. Nos parece que la distinción entre plazos procesales y plazos sustantivos y la improrrogabilidad de estos es razón su-ficiente para defender la falta de aplicación de esas normas procesales al caso que nos ocupa. Creemos que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que es un derecho a obtener una resolución motivada de los órganos judiciales; un derecho a accionar y obtener una resolución. Y ese derecho a accionar lo tiene el retrayente que interpone la demanda, tal y como lo esta-blece el artículo 1.524 del Código Civil, al que habrá de atenerse para que su acción pueda prosperar ante los Tribunales. El retrayente debe conocer el funcionamiento que las Leyes establecen para la presentación de escritos y cumplirlos (43). Es carga del retrayente tener en cuenta el límite temporal de su derecho y debe evitar demoras o inconvenientes en su cumplimiento. Si no interpone la demanda de retracto en el plazo de caducidad de nueve días civiles contados de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 del Código Civil, sólo a él es imputable su falta de diligencia, y en ningún caso se le puede amparar ampliando un plazo que por naturaleza no es susceptible de prórroga.

A pesar de que somos plenamente partidarios de esta solución somos conscientes de que en el orden administrativo el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias a raíz de recursos de amparo que admiten la aplicación del artículo 135 LEC a plazos administrativos de carácter sustantivo basán-dose en el derecho a la tutela judicial efectiva que considera vulnerado si no se admiten escritos al día siguiente del vencimiento (44). ¿Cómo se justifica-ría esta solución en el orden civil a la vista de la sentencia del mismo Tri-bunal Constitucional, de 24 de febrero de 1994, que venimos mencionando? Aunque, como decimos, los supuestos son distintos por las diferencias entre

al respecto, dice literalmente la STC número 37/1995 (*RTC* 1995/37) que: «en este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente, pueden configurarse.

No puede, en definitiva, mantenerse que se vulnera el principio invocado cuando se trata de un ejercicio extemporáneo lo que es imputable únicamente a la parte afectada».

(43) Vid. SSTS de 20 de julio de 2003 y de 4 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/5889).

(44) Vid. SSTC de 26 de septiembre de 2005 (*RTC* 2005/239), de 20 de noviembre de 2006 (*RTC* 2006/335) y de 12 de febrero de 2007 (*RTC* 2007/25). Por supuesto hay que tener muy en cuenta las diferencias de estos casos con el que aquí contemplamos por tratarse de órdenes distintos. En estos casos no se había admitido la demanda porque no se consideraba aplicable el artículo 135.1 LEC al ser supletorio para el caso de que no hubiera norma administrativa sobre el cómputo de los plazos; norma que sí existía y que únicamente permitía presentar la demanda el día establecido dentro del plazo y no al día siguiente. CABALLERO, J., hace un breve comentario a las dos últimas en la *Revista de Pro-curadores*, abril de 2007, pág 38 y sigs.

los distintos órdenes, a la vista de la filosofía de las decisiones (45) y de la rigurosa consideración de la tutela judicial efectiva por parte del Tribunal Constitucional, tendente a facilitar al máximo el acceso a los Tribunales, no sería de extrañar que si la cuestión se planteara en el orden civil como cuestión de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional se decantara por una solución similar a la que ha dado en las sentencias mencionadas. Y, para justificar el conflicto con su sentencia de 24 de febrero de 1994 probablemente diría que en la sentencia de 1994 estaba refiriéndose al plazo en sí y no al ejercicio del derecho ante los Tribunales. Esta solución sería, a nuestro juicio, muy criticable porque desbarataría toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la diferencia entre plazos sustantivos y procesales.

Otra opción sería que el Tribunal Constitucional considerara que ninguna de las dos posturas que hemos expuesto aquí (a favor o en contra de la aplicabilidad de los artículos 133.4 y 135.1 LEC) es irrazonable y estableciera que es esta una cuestión que carece de relevancia constitucional, ya que no es labor del Tribunal Constitucional unificar doctrina. En este caso, la solución quedaría para el Tribunal Supremo. No obstante, no es muy probable que el Tribunal Constitucional se decante por esta opción. Y esto porque cuando se menciona el derecho a la tutela judicial efectiva el Tribunal Constitucional es muy sensible y suele pronunciarse sobre la cuestión.

(45) El Tribunal Constitucional considera que el hecho de no poder disfrutar del último día del plazo en su integridad, debido a que salvo en el orden penal ya no se admite la presentación de escritos en el Juzgado de guardia, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo expresa claramente en el Fundamento Jurídico tercero de su sentencia de 12 de febrero de 2007 (*RTC* 2007/25):

«Y también es cierto, en segundo lugar, que la posterior presentación en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 2 de Valencia, al día siguiente, fue considerada como extemporánea por este Juzgado y, en apelación, por el Tribunal Superior de Justicia, dando lugar a la inadmisión de la demanda. Así las cosas, resulta notorio que la sociedad limitada ... no pudo disponer en su integridad del plazo de presentación de la demanda que la Ley le concedía pues ni tuvo a su disposición mecanismo alguno de presentación en la parte final de tal plazo ni tal déficit vino compensado con la posibilidad de una presentación posterior. La interpretación judicial de los preceptos concurrentes pudo no resultar en sí manifiestamente irrazonable, pero dio lugar a una restricción del plazo legal de acceso a la jurisdicción incompatible con la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Como hemos afirmado ya en diversas sentencias ante supuestos análogos, las resoluciones ahora impugnadas no ofrecieron respuesta a la cuestión capital de “cómo y dónde el demandante, en aplicación de esa pretendidamente completa regulación de la materia, debería haber presentado la demanda fuera del horario ordinario en el que permanece abierto el Registro para preservar su derecho a disponer del plazo en su integridad” o, en relación con ello, cómo se coordinan para tal preservación “lo dispuesto en los artículos 133.1, final del inciso primero, LECiv (el día del vencimiento expirará a las veinticuatro horas), 135.1 LECiv (los escritos sujetos a plazo pueden presentarse en el órgano judicial al que se dirigen hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento), 135.2 LECiv (en las actuaciones ante los Tribunales Civiles no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado de Guardia) y 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales... según la redacción dada por el Acuerdo reglamentario 3/2001, de 21 de marzo, del Consejo General del Poder Judicial”».

6. CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO DE VENTA

a) SOBRE LA NECESIDAD DE CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO DE VENTA

Antes de abordar cualquier otro asunto referente a la consignación del precio de venta es necesario plantearse si tras la entrada en vigor en 2000 de la nueva LEC es preceptivo consignar el precio de venta del objeto de retracto.

Si la demanda de retracto prospera, el retrayente debe dejar al comprador del bien en la misma situación en la que se encontraba antes de la compra-venta; esto es, debe pagarle el precio de la venta y los gastos a que hubiera dado lugar. Esto es lo que pretende el artículo 1.518 del Código Civil, que establece: «El vendedor (46) no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de venta, y además: 1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida (47)».

Con este objetivo, el artículo 1.618.2 LEC de 1881 exigía para la admisibilidad de las demandas de retracto la consignación del precio de venta si se conocía y, en caso de no conocerse, que se diera fianza de consignarlo cuando se conociera (48). Era necesario distinguir, por lo tanto, entre: (i) la obligación de reembolso del retrayente en caso de recaer sentencia estimatoria, momento en el que debe entregar al comprador las cantidades señaladas en el artículo 1.518 del Código Civil, y (ii) la obligación de consignar el precio de venta en el momento de la interposición de la demanda, en la que no había que entregar el dinero al comprador, pero sí proceder a su consignación judicial (49).

El artículo 1618.2 LEC de 1881 al exigir la consignación judicial del precio de venta pretendía que no se iniciaran demandas de retracto que luego no pudie-

(46) No se refiere al retrayente sino al vendedor porque es un precepto relativo al retracto convencional pero aplicable a los retractos legales por remisión del artículo 1.525 del Código Civil, por lo que debe interpretarse en consecuencia.

(47) Para no ser repetitivos sobre la necesidad de abonar los gastos establecidos en el artículo 1.518 del Código Civil en adelante nos referiremos en general al «precio de venta».

(48) No se refería el 1618.2 LEC de 1881 a los gastos probablemente porque es difícil conocerlos en el momento de interposición de la demanda, pero no cabe duda de que deberán reembolsarse en fase de ejecución a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código Civil. En este sentido, vid. BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2009, págs. 117 y 131 a 137. Sobre la diferencia entre las cantidades que hay que consignar y las que hay que reembolsar, vid., por ejemplo, STS de 20 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3773), 16 de marzo de 1992 (*RJ* 1992/2185), y de 3 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1127).

(49) Sobre la diferencia entre la consignación como requisito para admitir a trámite la demanda y el reembolso efectivo del precio al comprador en fase de ejecución de la compraventa, vid. SSTC de 27 de enero de 1992 (*RTC* 1992/12), comentada por GRAMUNT FOMBUERA, M. D., en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 1993 (1), pág. 311 y sigs., de 13 de septiembre de 2004 (*RTC* 2004/144) y de 30 de junio de 1998 (*STC* 145/1998).

ran llegar a buen puerto por no tener el retrayente los medios necesarios para hacer frente al pago del precio de venta en caso de recaer sentencia estimatoria de sus pretensiones. Con la consignación del precio de venta se ofrece garantía al comprador de que va a ser reembolsado en las cantidades pagadas en caso de prosperar la demanda. Nuestro Tribunal Supremo ha señalado a este respecto que con la exigencia de consignación del precio de venta se evitan «situaciones de incertidumbre perjudiciales para la parte compradora y demandada, sujetas a la unilateral decisión del que ejerce el derecho de retracto» (50).

Todo esto llevaba consigo que, si el precio es conocido por el retrayente en el momento de ejercitar la acción, su consignación es ineludible. De no consignarse el precio no podía darse curso a la demanda (51). Y no sólo eso, sino que: «el defecto o la consignación por cantidad inferior al precio conocido... es nula y, por lo tanto, equivalente a no haber sido efectuada» (52).

Pero la cuestión sobre la vigencia de la necesidad de consignar el precio de venta se ha planteado en la actualidad porque en la LEC, como ya hemos mencionado, el artículo 266.3 LEC ha venido a sustituir al artículo 1618.2 LEC de 1881. Y el nuevo artículo 266.3 LEC exige como presupuesto para el ejercicio de las acciones de retracto que, cuando la consignación «se exija por Ley o por contrato», se acompañe a la demanda el documento que acredite haber consignado el precio de la cosa si fuera conocido o haber constituido caución que garanticé la consignación cuando se conozca el precio.

(i) De esta necesidad de consignar el precio sólo en caso de que se exija por Ley o por contrato, algunos autores han concluido que la consignación previa ya no es necesaria cuando se interpone una acción que pretenda hacer valer un retracto de comuneros. Esto porque señalan que la Ley no exige tal consignación ya que estiman que el artículo 1.518 del Código Civil sólo se refiere al momento de ejecución de la sentencia en que el retrayente debe entregar al comprador las cantidades señaladas en dicho artículo, pero no al momento anterior de interposición de la demanda. Entienden que, en aplicación del artículo 266.3 LEC, al no exigirse la consignación por Ley, no puede exigirse que se acredite en la demanda haber efectuado la consignación del precio de venta (53).

(50) SSTS de 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1152) y de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6397). Citadas por las recientes SAP de Cádiz, de 14 de julio de 2003 (2003/219404) y SAP de Las Palmas, de 18 de febrero de 2004 (*JUR* 2005/109440).

(51) Entre otras muchas, SSTS de 16 de abril de 1963 (*RJ* 1963/1973); de 21 de octubre de 1981 (*RJ* 1152/1991), y 31 de octubre de 1988 (*RJ* 1988/7780).

(52) STS de 31 de octubre de 1988 (*RJ* 1988/7780). Aunque, como veremos más adelante, los requisitos de la consignación se han flexibilizado, no sólo por lo que respecta a los medios de pago admitidos para llevar a cabo la consignación, sino también en cuanto a la posibilidad de subsanar los defectos de la consignación durante la tramitación del procedimiento.

(53) Así lo cree BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2009, págs. 116 y 119, y PÉREZ CONESA, C.,

Algunas sentencias de Audiencias Provinciales se han pronunciado en este sentido, y para ello se basan también en la diferencia que debe hacerse entre la consignación como requisito procesal y el reembolso del precio de venta del bien que es lo regulado en el artículo 1.518 del Código Civil (54). También se decanta por esta postura el Tribunal Constitucional. Así, lo pone de manifiesto en dos recientes sentencias en las que decide sendos recursos de amparo interpuestos por retrayentes que habían visto, inadmitida a trámite en el primer caso, y desestimada en el segundo, sus demandas de retracto por no haber consignado el precio de venta del bien (vid. STC de 13 de septiembre de 2004 (*RTC* 2004/144) en un caso de retracto arrendatario y de 27 de octubre de 2008 (*RTC* 2008/127) en un caso de retracto sobre finca rústica).

En la sentencia de 13 de septiembre de 2004 se entró a considerar esta cuestión porque la Audiencia, al no haber encontrado en la Ley de arrendamiento urbanos ningún precepto que exigiera la consignación del precio, había inferido la necesidad de consignar el artículo 1.518 del Código Civil. El Tribunal Constitucional señaló:

«Pues bien, la interpretación efectuada en este supuesto por la Audiencia Provincial del artículo 1.518 del Código Civil, en relación con el artículo 266.3 LECiv/2000, para inferir de aquel precepto la exigencia de consignación o caución se sustenta en una evidente confusión entre, de un lado, la consignación o la constitución de caución como requisito procesal para la admisión a trámite de la demanda de retracto, al que se refiere el artículo 266.3 de la vigente LECiv, y que supedita, en el supuesto en que fuere conocido el precio de la cosa objeto de retracto, a que se exija por Ley o por contrato y, de otro lado, el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el artículo 1518 del Código Civil, no como requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino como requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo. (...)»

Ha de concluirse, pues, que en este caso, como consecuencia de la interpretación que la Audiencia Provincial ha efectuado del ar-

«Tutela judicial efectiva y consignación del precio de venta como requisito para la acción de retracto», en *Aranzadi Civil*, Tomo 15, vol. 3, 2006, pág. 2407, y para el retracto de colindantes, CAÑETE QUESADA, A., «El retracto legal de colindantes», en *La Ley*, núm. 1, 2005, pág. 1708 y sigs. También parece de esta opinión RUIZ DE LA CUESTA, S., «Apuntes sobre la consignación judicial», en *Práctica de Tribunales*, año V, núm. 54, octubre de 2008, pág. 35.

(54) Vid., por ejemplo, SAP de Cantabria, de 3 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/81571); de Granada, de 3 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/129224); de Barcelona, de 9 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/52709), y de 19 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/74061), y de Alicante, de 29 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/260183).

título 1.518 del Código Civil con base en la confusión apuntada entre la consignación o la constitución de caución en cuanto requisito procesal para la admisión de la demanda y el reembolso en cuanto requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, la decisión de inadmisión de la demanda, que en ejercicio de la acción de retracto arrendatario han promovido los ahora recurrentes en amparo, se ha fundado en el incumplimiento de un requisito que no es legalmente exigido por la legislación procesal aplicable para la admisión de la demanda, pues el artículo 266.3 LECiv/2000, como se razona en el Auto de apelación y resulta del tenor literal del precepto, condiciona la consignación o la constitución de caución como requisito para la admisión a trámite de la demanda de retracto, si fuere conocido el precio de la cosa objeto de retracto, a que se exija por Ley o contrato, supuestos que no se daban en este caso. En otras palabras, se inadmitió la demanda de retracto sin que concurriera causa legal de inadmisión, por lo que las decisiones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en amparo».

Por si pudiera haber quedado duda sobre si el Tribunal Constitucional había dado esa solución porque en la Ley de arrendamiento urbanos no había ningún precepto que exigiera la consignación, la reciente sentencia de 27 de octubre de 2008 viene a disiparlas todas. La Audiencia Provincial de Ávila había dictado sentencia desestimatoria porque el retrayente no había consignado el precio de venta y basaba su decisión en los artículos 266.3 LEC y 1.618.2 LEC de 1881 en relación con el 1.518 del Código Civil. Pues bien, por lo que respecta al artículo 266.3 LEC, el Tribunal Constitucional ratifica lo señalado en la sentencia de 13 de septiembre de 2004 y señala que no puede exigirse consignación al relacionar ese artículo con el 1.518 del Código Civil (55). Sin embargo, y dado que la Audiencia Provincial no había apo-

(55) «Dentro del margen de actuación que hemos reconocido al legislador para superitar el ejercicio de la acción de retracto al cumplimiento de la carga de consignar, interesa destacar que bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEG 1881/1) la exigencia de consignar venía impuesta directamente por su artículo 1618.2, con arreglo al cual: “para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea”.

Por el contrario, el actual artículo 266.3 LECiv (*RCL* 2000/34, 962 y *RCL* 2001/1892) supedita la carga de consignar a que así se exija por Ley o por contrato. En el presente caso, la Audiencia Provincial de Ávila sustentó la exigencia de la consignación invocando tanto el artículo 1618.2 LECiv 1881 como el vigente artículo 266.3 LECiv, entendiendo que la exigencia adicional de este precepto, acerca de que la carga de consignar venga impuesta por Ley o contrato, se colma con los artículos 1.518 del Código Civil y 90.2 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre (*RCL* 1981/226), de arrendamientos rústicos (LAR). Pero, como dijimos en la STC 144/2004, de 13 de septiembre (*RTC* 2004/144) (F. 4), tal

yado su decisión de modo exclusivo en el vigente régimen sino que se citó también el artículo 1618.2 LEC de 1881 porque en primera instancia la demanda se tramitó con arreglo a la LEC de 1881, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el mismo caso bajo el prisma de la antigua LEC de 1881 para enjuiciar la cuestión también bajo esa regulación (56).

(ii) Frente a estas decisiones, el Tribunal Supremo, en sus pronunciamientos más recientes, se muestra a favor de la necesidad de consignar el precio a tenor del artículo 266.3 LEC (57). Destaca la STS de 4 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/5889). En ella, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, que consideraba que la consignación no era requisito procesal para interponer la demanda de retracto (58). Es terminante en el Fundamento Jurídico Primero cuando señala:

inferencia se sustenta en una confusión entre, de un lado, la consignación o la constitución de caución como requisito procesal para la admisión a trámite de la demanda de retracto, al que se refiere el artículo 266.3 de la vigente LECiv y, de otro lado, el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el artículo 1.518 del Código Civil (y el art. 90.2 LAR), no como requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino como requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo. Por tanto, no es posible sustentar la inadmisión de la demanda en el artículo 266.3 LECiv pues, como resulta del tenor literal del precepto, se condiciona la consignación a que se exija por Ley o contrato, supuestos que no se dan en este caso».

(56) Aunque el amparo prosperó en este campo pero por otros motivos, porque la Audiencia Provincial había incurrido en incongruencia *extra petita*, ya que en ningún momento del pleito se había planteado cuestión alguna sobre la consignación.

(57) También hay muchas sentencias de Audiencias Provinciales que son de este parecer. Por ejemplo, son recientes la SAP de Huesca, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/216541) y de 30 de junio de 2007 (*RJ* 2007/355522); SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/250840); SAP de Bizkaia, de 11 de julio de 2008 (*JUR* 2008/389897); SAP de Asturias, de 25 de julio de 2008 (*JUR* 2008/353301); SAP de Pontevedra, de 19 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/162198), y SAP de La Coruña, de 26 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/187687).

(58) En otras ocasiones el Tribunal Supremo no ha podido pronunciarse sobre este asunto porque se le ha planteado vía recurso de casación cuando la vía correcta hubiera sido el recurso extraordinario por infracción procesal, o porque no se ha apreciado la existencia de «interés casacional». Por ejemplo, vid. ATS de 18 de julio de 2006 (*JUR* 2006/201464), ATS de 13 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/93410), ATS de 22 de enero de 2008 (*JUR* 2008/160284) y ATS de 27 de enero de 2009 (*JUR* 2009/58473). Ello no obstante, incluso en alguno de estos casos, el Tribunal Supremo ha dejado entrever su opinión. Es ejemplo de esto lo señalado en el Auto de 15 de enero de 2008 (*JUR* 2008/44300): «Lo cierto es que el recurso versa sobre una cuestión relativa a un requisito procesal —la aportación del justificante de consignación del precio de la compraventa— imprescindible para el ejercicio de la acción de retracto, que determina la inadmisión de la demanda, *ex artículo 266.3º LEC* en caso de no aportación de justificante de pago. La naturaleza procesal de la consignación —pese a venir recogida en el Código Civil— viene determinada de su naturaleza de presupuesto o requisito de procedibilidad, sin cuya materialización es ineficaz el ejercicio del derecho de retracto ante los Tribunales. Ello lleva a la inadmisión del recurso de casación por preparación defectuosa, por suscitar una cuestión cuyo planteamiento corresponde al recurso extraordinario por infracción procesal (art. 483.2.2.º, inciso segundo, en relación con el art. 477.1, ambos de la LEC)».

«El primero de los motivos del recurso se contrae a determinar si la sentencia recurrida contradice la jurisprudencia de esta Sala cuando dice: "...no podemos deducir, que siempre y en todo caso, de modo fatal e ineludible, la exigencia de pago o consignación sea requisito *sine qua non* para justificar el ejercicio de la acción de retracto"; manifestación que supone infringir además el actual artículo 266.3.^º de la LECiv (*RCL* 2000/34 y 962 y *RCL* 2001/1892), cuyo tenor literal coincide prácticamente con el derogado artículo 1.618 (*LEG* 1881/1). Se estima. La obligación de consignar el precio dentro del plazo legal para interponer la demanda de retracto es requisito esencial para que pueda darse curso a la misma y ha de cumplirse estricta e inexcusablemente para el ejercicio de la acción, de tal forma que cuando se omite, no estamos ante un defecto procesal por inobservancia de un formalismo más o menos riguroso o una mera irregularidad sino ante la elusión de un presupuesto básico de la eventual adquisición, mediante el retracto, de la finca que constituye su objeto, como es poner a la inmediata disposición de la parte demandada el precio previamente abonado a su transmитente, de tal forma que una persona que no cumple este presupuesto, no puede ni debe beneficiarse de un derecho preferente de adquisición legalmente establecido [SSTS de 27 de septiembre de 1994 (*RJ* 1994/7304), 15 de abril de 1998 (*RJ* 1998/2982), 25 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1247), 19 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7214), entre otras]».

También en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Auto de 6 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/98732), que deniega la solicitud del retrayente de retirar el aval que había consignado como garantía de la devolución del precio de venta. Señala dicho Auto:

«Por la parte recurrente —don Cosme— se solicita se deje sin efecto el aval prestado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 1.518 del Código Civil (*LEG* 1889/27) y 266.3 LECiv (*RCL* 2000/34 y 962 y *RCL* 2001/1892) para garantizar los efectos económicos del derecho de retracto ejercitado en la demanda. La pretensión expresada no puede ser admitida porque la consignación del precio o el afianzamiento del mismo es un presupuesto sustantivo imprescindible para que se tenga por ejercitado, o intentado el ejercicio del derecho de retracto, careciendo de sentido el argumento de que, una vez prestado para que se admita a trámite la demanda, puede ser retirado con posterioridad, pues obviamente tal garantía de reembolso futuro, aunque de realización incierta, debe prevalecer, como exigencia sustantiva, mientras el proceso esté vivo, con independen-

cia de que las sentencias de primera instancia y apelación sean desestimatorias de la demanda. Y tan es así que este Tribunal tiene establecida la obligación de efectuar la consignación o afianzamiento cuando mediando un inicial mero ofrecimiento previo por desconocimiento del precio, durante el proceso se conoció su real dimensión dineraria [sentencia de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6397)]. Y frente a lo razonado no cabe argumentar con la hipotética posible larga duración de la resolución del proceso y el coste económico del aval, pues tales razones no desvirtúan la naturaleza y finalidad del afianzamiento y, además, son totalmente ajena a la contraparte, cuyo derecho a que se mantenga la garantía es merecedor de tutela y cuenta con el apoyo legal, sin que pueda sustituirse tal garantía por el mero compromiso del recurrente de hacer efectivas las cantidades avaladas, pues tal hipótesis carece de soporte alguno en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento; y sin que tampoco quepa la aplicación analógica de la normativa LECiv sobre medidas cautelares (art. 744) porque ni cabe la analogía en el campo procesal, ni se da identidad de razón entre los respectivos supuestos contemplados».

A nuestro juicio esta segunda opinión es más acertada. Creemos que el requisito de la consignación del precio de venta sigue siendo necesario en las demandas de retracto de comuneros bajo el nuevo 266.3 LEC (59). No nos parece que el artículo 266.3 LEC quiera hacer nada distinto de lo que hizo el artículo 1.628.2 de la LEC de 1881. Nuestros Tribunales, incluso el propio Tribunal Constitucional, han justificado plenamente la exigencia de consignación del precio de venta como requisito «procesal para la admisión y tramitación de las demandas de retracto cuya finalidad es impedir el planteamiento y la sustanciación del juicio de retracto por quienes carezcan de la capacidad económica suficiente para subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el adquirente en la transmisión onerosa de la que nace el derecho de retracto, al no poder satisfacer el precio o la contraprestación necesaria para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente» (60). No cabe pensar que el legislador haya querido despojar al comprador de la garantía que supone la consigna-

(59) Así parece opinar también MAGRO SERVET, V., «La presentación de la consignación en el retracto de comuneros», en *Práctica de Tribunales*, año V, núm. 54, octubre de 2008, págs. 41 y 42. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, A. y cols., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Irgium, 2000, págs. 1214 y 1215, y CORDÓN MORENO, F. y cols., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Madrid, 2001, págs. 984 a 987, no se plantean esta cuestión y parecen dar por hecho que hay que proceder a la consignación. La exigencia de consignación les parece justificada a DE LA OLIVA, A. y DÍEZ-PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 637.

(60) STC de 30 de junio de 1998 (STC 1998/145).

ción. La consignación asegura la devolución del precio en el momento mismo en que recaiga sentencia estimatoria del retracto. Hay que tener en cuenta que, para el adquirente, el ejercicio del retracto supone el perjuicio de la paralización de una inversión económica y de unas expectativas de negocio; perjuicios que pueden no verse recompensados si, de prosperar la acción de retracto, el retrayente careciera de medios para reembolsar el precio de venta.

No creemos que deba interpretarse el artículo 266.3 LEC en el sentido de que termina con la necesidad de consignación en los retractos legales. Hay que recordar que el derecho de retracto es un derecho de interpretación restrictiva. Por eso creemos que debe interpretarse que el artículo 266.3 LEC hay que entenderlo en igual sentido que el artículo 1.618.2 de la LEC de 1881. Y, en cuanto al argumento de que la Ley no exige consignación, puede decirse que el artículo 1.518 del Código Civil señala que el retrayente no puede «hacer uso» del derecho de retracto sin reembolsar las cantidades en él establecidas; y que el retrayente «hace uso» de su derecho cuando interpone la demanda (sin perjuicio de la mencionada diferencia entre consignación y reembolso). Así interpretado, puede decirse que la Ley sí exige la necesidad de garantizar el reembolso de las cantidades establecidas en dicho artículo. No creemos que sea esta una interpretación contraria al artículo 24.1 CE. La finalidad perseguida por la consignación justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial. Una cosa es que las consignaciones procesalmente obligatorias deban aplicarse con la flexibilidad suficiente para evitar que el presupuesto formal sea exigido de manera excesivamente rigurosa y desproporcionada y otra que no deban existir. Tanto más, cuando nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: «El artículo 1618.2.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil condiciona el curso de las demandas de retracto, entre otros, al requisito de que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea, cuya finalidad estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el artículo 1.518 del Código Civil. Es manifiesto que esta finalidad justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial» (61).

Ello no obstante, y sin perjuicio de la solución por la que nos decantemos, lo cierto es que a este respecto el desbarajuste jurisprudencial es abrumador. En este momento, la obligación de tener que consignar el precio de venta en las demandas de retracto legal depende de dónde se encuentre situado el inmueble, pues dependiendo de qué Audiencia Provincial se encargue del

(61) Vid. STC de 27 de enero de 1992 (RTC 1992/12).

caso se exigirá o no dicha consignación (62). Además, si el asunto llega al Tribunal Supremo la consignación se considerará necesaria, mientras que si

(62) Es clarificadora y devastadora la Audiencia Provincial de Huesca en su Fundamento de Derecho Segundo de su sentencia de 4 de abril de 2008 (*JUR* 216541) que reproducimos íntegramente por su interés:

«1. Bajo la vigencia del artículo 1.618 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, la consignación del precio conocido, o el afianzamiento en el caso contrario dentro del plazo de los nueve días de caducidad de la acción, era un requisito unánimemente exigido por la jurisprudencia y la doctrina, con apoyo en la dicción literal del precepto. Dio lugar, no obstante, a abundantes comentarios y resoluciones judiciales sobre la forma de efectuar la consignación y el afianzamiento, la cuantía, la acreditación, etc. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contiene un precepto de apariencia similar en el artículo 266, dedicado a enumerar los documentos que en casos especiales han de acompañar a la demanda bajo la sanción de no darle curso, artículo 269.2, al imponer que, con la demanda en que se ejercite la acción de retracto, se aporten los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funde y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conozciera. El contenido del precepto es, como decímos, similar pero no igual, pues a diferencia del artículo 1.618 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo establecía como requisito para dar curso a la demanda, ahora sólo lo es cuando se exija por ley. Dado que la ley procesal no lo establece, habrá que entender que es la ley sustantiva que regula el retracto legal, en este caso el de comuneros del Código Civil, artículo 1.521 y sigs. Una parte de la doctrina y de las Audiencias Provinciales, al tratar de este precepto en relación con el retracto de comuneros, siguen citando la jurisprudencia y estado de opinión formado con la regulación procesal anterior, sin hacer notar o pasando por alto la diferente regulación de la consignación bajo la nueva ley, porque consideran que viene a sustituirlo o es una nueva versión del 1618 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Otras muchas, por el contrario, conscientes de la diferente redacción y sentido de ambas normas han procedido a la búsqueda del significado y alcance del artículo 266.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El resultado es dispar. Un grupo de Audiencias Provinciales en relación con el retracto de comuneros se han decantado por que, a partir de la nueva ley procesal, ya no se exige la consignación para el ejercicio de la demanda, entre ellas se encuentran las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 18 de octubre de 2007; Alicante, Sección 6.^a, de 29 de mayo de 2007; Madrid, Sección 3.^a, de 7 de febrero de 2007; Madrid, Sección 14.^a, de 28 de diciembre de 2006, y Zaragoza, Sección 4.^a, de 25 de abril de 2006; Almería, Sección 1.^a, de 30 de marzo de 2005. En este sentido se ha pronunciado también la sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 144/2004, de 13 de septiembre.

3. No obstante, otro importante sector de la doctrina seguido por varias Audiencias Provinciales, como las sentencias de Gerona, Sección 2.^a, de 20 de septiembre de 2004; Granada, Sección 4.^a, de 9 de septiembre de 2005, y Valencia, Sección 7.^a, de 21 de septiembre de 2005, a las que nos adherimos, entienden que la consignación es exigible en el retracto de comuneros conforme al artículo 266.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el artículo 1.525 del Código Civil declara aplicable a los retractos legales, entre el que se encuentra el de comuneros (ex art. 1.522 del Código Civil) lo previsto en el artículo 1.518 del Código Civil, según el cual el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar el precio de la venta y los gastos del contrato, así como los útiles y necesarios efectuados en la cosa vendida. Si, como señala la Audiencia Provincial de Gerona, en sentencia de 20 de septiembre de 2004, seguida por la de Granada antes citada: “el problema que se planteaba bajo la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil era si la obligación indiscutida de consignación se refería sólo al precio (art. 1618.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o también comprendía los gastos a que se refiere el artículo 1.518

se recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional obtendremos una resolución en el sentido de que no puede exigirse dicha consignación.

Esta situación atenta contra la seguridad jurídica y es necesario que se clariﬁque lo antes posible. Se impone unificar doctrina en este campo y nosotros, como ya hemos justificado, nos decantamos por la necesidad de exigir consignación judicial del precio. Y creemos que la determinación de si de los artículos 266.3 LEC y 1.518 del Código Civil se deriva la necesidad de consignar el precio de venta en las demandas de retracto es una cuestión de legalidad ordinaria. Sin embargo, tras las dos Sentencias mencionadas del Tribunal Constitucional en contra de la necesidad de consignación bajo la LEC de 2000, es posible que esta sea la solución que finalmente se imponga. De otra forma, si se quiere mantener la necesidad de consignación, cuya ﬁnalidad nos parece razonable y justificada, sería deseable, de *lege ferenda*, una modiﬁcación del artículo 266.3 LEC (en el estilo del 1.618.2 LEC de 1881) que no deje margen de duda al respecto.

b) FORMA DE LLEVAR A CABO LA CONSIGNACIÓN

Tenemos que tener en cuenta toda la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales relativa a la consignación del precio de venta en las acciones de retracto de comuneros. Esto, tanto para el caso de que aceptemos que el requisito de la consignación sigue vigente con la nueva LEC, como creemos que debe

del Código Civil, hoy la duda es más radical, ya que lo cuestionado es si la consignación es o no un requisito esencial. La opinión mayoritaria se decanta por así entenderlo, esto es, considerar que la consignación es indispensable conﬁgurándola como presupuesto de la acción. Dicho requisito de procedibilidad dimanaría de la propia redacción del artículo 1.518 del Código Civil, ya que ‘se hace uso’ del derecho, al menos judicialmente, cuando se acciona. Es decir, cuando se presenta la demanda, por lo que será en dicho momento cuando se debe ‘reembolsar’ el precio pagado por el comprador demandado”. Pues, desde la presentación de la demanda luego admitida, se genera el efecto de la *perpetuatio iurisdictionis*, que obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. A partir de ese momento comienzan los efectos de la litispendencia en sentido general —de acuerdo con los principios de prohibición de *mutatio libelli* y *ut lite pendente nihil innovetur*—, con la consiguiente perpetuación de los hechos tal como son allí planteados y sus oportunos efectos procesales (*perpetuatio iurisdictionis*, *legitimationis* y *actionis*), sin atender a sus posteriores modiﬁcaciones (salvo las subjetivas y objetivas que excepcionalmente sean procedentes y que aquí resulta ocioso contemplar, como aclara la sentencia del Tribunal Supremo de 23-XII-2002). Así resulta de lo dispuesto en el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con sus artículos 411, 412 y 413 (este último se remite también al art. 22), y de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23-XII-2002 —ya citada— y 24-VI-2003 (las sentencias del Tribunal Supremo de 29-XI-1966, 25-VI-1977, 26-III-1979, 20-III-1982 y 25-II-1983 seguían igual criterio bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1889), tal como ya sostuvimos en nuestras sentencias de 19 de mayo de 1997, 18 de febrero, 3 de marzo y 13 de octubre de 1998, 21 de septiembre de 2004, 30 de marzo y 20 de abril de 2007, y la más reciente de 14 de marzo de 2008».

hacerse, o, en caso contrario, para considerar la validez de las consignaciones efectuadas en asuntos sometidos todavía al artículo 1618.2.^º LEC de 1881.

En efecto, la jurisprudencia ha evolucionado mucho en los últimos años, sobre todo por lo que se refiere a los medios de pago admisibles para llevar a cabo la consignación del precio de venta a la hora de interponer las demandas de retracto de comuneros. En un principio, la jurisprudencia era rotunda sobre la necesidad de llevar a cabo la consignación del precio de venta en metálico cuando el precio era conocido (63).

El cambio en la jurisprudencia vino de la mano del Tribunal Constitucional. En varias sentencias el Tribunal Constitucional entendió desproporcionada la exigencia de consignación en metálico respecto de la finalidad de garantía de ese requisito procesal (64). El Tribunal considera que exigir la consignación en metálico es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pues entiende que supone una interpretación demasiado formalista del requisito procesal de la consignación (65).

(63) Entre otras muchas SSTS de 16 de abril de 1963 (*RJ* 1963/1863), de 21 de octubre de 1981 (*RJ* 1981/4957), de 31 de octubre de 1988 (*RJ* 1988/7780), de 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1152), de 20 de abril de 1994 (*RJ* 1994/3214), de 30 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/4204) y de 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997/5413).

(64) Es con respecto a este tema que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la diferencia a la que ya hemos aludido entre la consignación y el pago efectivo del precio. La primera es garantía de un reembolso futuro en caso de que prospere la acción; el segundo es un pago con efectos liberatorios para el retrayente que ha visto estimada su demanda.

(65) A este respecto, vid. SSTC de 27 de enero de 1992 (*RTC* 12/1992) seguida por las de 30 de junio de 1998 (*RTC* 145/1998), y de 10 de julio de 2000 (*RTC* 189/2000).

En la doctrina, a este respecto destacan los estudios de PÉREZ CONESA, C., «Tutela judicial efectiva y consignación del precio de venta como requisito para la acción de retracto», en *Aranzadi Civil*, Tomo 15, vol. 3, 2006, págs. 2389 a 2411, y BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2009, págs. 125 a 129. La primera hace una interesante puntuación al concluir en su estudio que la tutela judicial efectiva sólo debería estimarse vulnerada en los casos en que de alguna forma se haya intentado la consignación.

Recogemos aquí, por su interés, los Fundamentos Jurídicos 3 a 6 de la STC de 27 de enero de 1992 (*RTC* 12/1992):

«3. La doctrina expuesta nos conduce a establecer que, en los recursos de amparo promovidos por vulneración del derecho a la tutela judicial frente a decisiones judiciales de inadmisibilidad de demandas o recurso, debemos, en primer término, determinar si el requisito procesal incumplido o defectuosamente observado responde a una finalidad justificada y, en segundo lugar, una vez decidido en sentido positivo, examinar si su aplicación judicial ha ponderado debidamente las circunstancias concurrentes, especialmente el efecto que la conducta de la parte ha tenido en relación con la finalidad del requisito, y el grado de buena fe y diligencia que haya observado, teniendo siempre presente que lo decisivo no es la forma concreta en que se ha cumplido el mismo sino la satisfacción de la finalidad que motiva la exigencia legal, puesto que la concordancia práctica entre el cumplimiento de la forma procesal que protege el derecho del demandante o recurrente a acceder a la jurisdicción con el derecho de la parte contraria a que se observen los requisitos y garantías procesales obliga a revisar interpretaciones excesivamente rigurosas que lesionan el derecho garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución.

Y ese cambio ha sido acogido por el Tribunal Supremo que ya ha declarado que no es necesaria la consignación en metálico cuando el precio es

Debemos también recordar que las consignaciones procesalmente obligatorias deben aplicarse con la flexibilidad suficiente para evitar que el presupuesto formal sea exigido de manera excesivamente rigurosa y desproporcionada, dedicando especial atención a la dificultad que, en el caso, pueda existir para consignar en metálico y admitiendo, si lo demandase la mayor efectividad del derecho fundamental, la posibilidad de ofrecer medios alternativos de garantía.

4. El artículo 1618.2.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil condiciona el curso de las demandas de retracto, entre otros, al requisito de que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea, cuya finalidad estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el artículo 1.518 del Código Civil. Es manifiesto que esta finalidad justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial.

5. En lo que se refiere a la aplicación que de esa norma ha hecho el órgano judicial de apelación procede advertir que, en este punto, el caso contemplado en este recurso es esencialmente idéntico al resuelto por la STC 62/1989, puesto que la diferencia de normas aplicadas —arts. 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos— y de procedimiento —arrendatario y de retracto de comuneros— deben estimarse irrelevantes, si se considera primero, que tanto en aquel supuesto como en éste se trata de resolver la misma cuestión —si la consignación hecha en cheque bancario es un vicio procesal que justifica, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, la pérdida del derecho a la apertura del proceso de retracto legal en este caso, o de la fase de apelación en el juicio de arrendamiento urbano, en el resuelto por la citada sentencia— y, en segundo lugar, que la finalidad perseguida y el grado de diligencia y buena fe de la parte obligada al cumplimiento del requisito son también sustancialmente iguales o de casi total similitud, con la circunstancia especial, favorable a una más intensa flexibilidad en el caso presente, de que mientras en la consignación de las rentas arrendatarias prima la urgencia de hacer efectivo el derecho a percibirlas de quien tiene a su favor una sentencia y la obligación de entregarlas por quien sigue disfrutando del inmueble arrendado, en la consignación del precio conocido en el retracto, la finalidad carece de esa urgencia por ser más lejano el momento de hacer efectivo el desembolso de las cantidades consignadas o afianzadas de consignación.

No cabe duda que las anteriores consideraciones nos autorizan a otorgar el amparo mediante remisión a la referida sentencia con asunción íntegra de su fundamentación jurídica; a pesar de ello, sin perjuicio de que se tenga por hecha esa remisión procederemos a entrar en el examen singularizado de las concretas circunstancias concurrentes en este caso con el objeto de dar completa y detallada respuesta a todas las alegaciones que conforman el debate procesal.

6. A los efectos expresados, las circunstancias relevantes a ponderar son las siguientes:

a) La solicitante de amparo presentó en el Juzgado de Primera Instancia de Laredo, demanda de retracto de comuneros el día 19 de febrero de 1986 en relación con venta de la mitad proindiviso de unas fincas rústicas, efectuada por medio de escritura de 18 de noviembre de 1985 por el precio escriturado de dos millones trescientas cincuenta mil pesetas —2.350.000—; con la demanda se acompañó cheque conformado por el Banco Exterior de España librado al Juez de Primera Instancia de Laredo, por importe de dos millones quinientas cincuenta mil pesetas —2.550.000—, ofreciendo el afianzamiento que acuerde el Juzgado para el caso de que considere que el reembolso total del precio de venta desembolsado más los gastos realizados con ocasión de la venta no sean cubiertos con la

conocido, admitiendo otro tipo de medios de pago, aunque no sean de realización inmediata, como son el cheque bancario o el aval bancario (66).

La admisión de otros medios distintos de la consignación en metálico nos parece acertada porque la consignación por esos medios cumple con la garan-

cantidad consignada; dicho cheque fue ingresado por el Secretario judicial al día siguiente en la Cuenta Provisional de Consignaciones del Juzgado.

b) El Juez dio curso a la demanda sin hacer objeción alguna a la forma en que fue realizada la consignación, sin que tampoco los demandados en su contestación, ni en ningún otro escrito presentado o actuación realizada en todo el curso del procedimiento hasta recaer la sentencia definitiva de apelación suscitaran cuestión sobre la validez y eficacia de la consignación, limitándose a sostener en su contestación, como única alegación de orden procesal, que la demanda había sido presentada el día 20 de febrero, y no el 19, incurriendo, por ello, en caducidad de la acción de retracto, al ser ejercitada al día siguiente de haber transcurrido el plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil.

c) La sentencia dictada en primera instancia no contenía razonamiento de clase alguna sobre la regularidad de la consignación, limitándose en el aspecto procesal a declarar probada la presentación de la demanda el día 19 de febrero y a rechazar la alegación de caducidad.

d) La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, ante la que se apeló la sentencia, sin que se hubiera planteado cuestión al respecto, después de reconocer que la demanda y el cheque que se adjuntaba a ella fueron presentados dentro del plazo legal, entró a examinar de oficio —sin conceder previa audiencia a las partes, ni ponderar su posibilidad de subsanación— la forma en que se efectuó la consignación, llegando a la conclusión de que no se había cumplido debidamente la previsión legal, por carecer el cheque de los efectos de la consignación en dinero, la cual le llevó a declarar extemporánea la acción ejercitada y, en consecuencia, a no haber lugar a la demanda de retracto.

Dichas circunstancias ponen de manifiesto, de manera diáfana, que la consignación efectuada por cheque conformado cumplió su finalidad legal en condiciones esencialmente iguales o semejantes a como la hubiese cumplido la entrega en metálico, que también tendría que ser ingresada por el Secretario en la Caja Provisional de Consignaciones para asegurar, en su día, si así procediere, el reembolso previsto en el artículo 1.518 del Código Civil y además cumplió esa finalidad en condiciones de mayor seguridad y facilidad siguiendo usos más adecuados al tráfico dinerario de los tiempos actuales, en el que, la entrega de cantidades en moneda, al menos cuando alcanzan cierta importancia, es más incómodo, inseguro e inusual.

Por otro lado, no existe dato alguno, sino todo lo contrario, de que la forma de la consignación fuera debida a mala fe, negligencia o propósito de incumplir o dilatar la garantía en atención a la cual viene exigida por el legislador.

En consecuencia con todo ello procede considerar que la interpretación dada por el órgano judicial de segunda instancia al artículo 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue excesivamente rigurosa y desproporcionada, máxime si tenemos en cuenta que dicho artículo habla de consignación en sentido legal, sin imponer expresamente la consignación en metálico, ni excluir de algún modo forma alternativa de garantía y que la consignación que dicho precepto legal impone no tiene por objeto realizar un pago con efectos liberatorios de una obligación anteriormente contraída y sancionada por una resolución judicial, como ocurre en el supuesto contemplado en el artículo 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que es garantía de un reembolso futuro de realización incierta, cuyos efectos liberatorios no son exigibles en el momento de constituirse sino cuando deba realizarse el reembolso que garantiza».

(66) SSTS de 14 de mayo de 1998 (*RJ* 4650/1998), de 30 de abril de 2001 (*RJ* 3992/2001), de 17 de mayo de 2002 (*RJ* 5341/2002) y de 14 de mayo de 2004 (*RJ* 2758/2004).

tía buscada por el requisito procesal de la consignación que no es otro, recordemos, que garantizar la seriedad de la demanda e impedir situaciones de incertidumbre para la parte compradora.

Pero no queremos dejar de puntualizar que la flexibilización que se admite en los medios de pago susceptibles de consignación no puede llevar a aceptar mecanismos de consignación que no cumplirían con el espíritu de esa garantía procesal. No pueden admitirse mecanismos que no garanticen el reembolso futuro del precio de venta. Por ejemplo, creemos que la consignación debe ser judicial y no puede admitirse otro centro de depósito del precio que no sea el órgano judicial. Esto porque, otra cosa nos parece que sería infringir el artículo 1.178 del Código Civil y el Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores (en adelante, «Real Decreto 467/2006») (67).

No pueden, por lo tanto, admitirse consignaciones ante otro tipo de organismos o instituciones como pueden ser los Notarios (68). En la época en que estaba vigente el requisito de la conciliación previa era frecuente proceder al depósito de la cantidad debida ante un Notario para demostrar la intención del retrayente. Pero, hoy en día, la única forma de ejercitar válidamente el retracto cuando no hay acuerdo entre las partes es ante los Tribunales. Y, en ese ejercicio, deben de cumplirse los requisitos procesales exigidos. El artículo 1.178 del Código Civil exige que las consignaciones se hagan ante la autoridad judicial, y el artículo 1.4 del Real Decreto 467/2006 prohíbe expresamente la utilización de cuentas distintas a las previstas en ese Real Decreto para llevar a cabo los depósitos y consignaciones judiciales (69). El medio de

(67) *BOE* núm. 113 del viernes 12 de mayo de 2006, pág. 18.176 y sigs.

(68) Vid. SAP de Navarra, de 24 de septiembre de 1990, sección 2.^a, rollo de apelación 168/69.

(69) Artículo 1.4 del Real Decreto 461/2006:

«Queda expresamente prohibida la utilización de cuentas distintas de las previstas en este Real Decreto para el objeto y ámbito al que éste hace referencia». Y el objeto del mismo se recoge en el artículo 1.2 del Real Decreto 461/2006: «Tanto los depósitos como las consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores son aquellos que como tales se constituyen a disposición de los órganos de la Administración de Justicia en el ámbito de los procesos judiciales, tal y como se establece en la disposición adicional segunda de la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de reforma de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

A estos efectos, se entiende por:

a) Depósitos judiciales:

Los que se constituyan en cumplimiento de garantías, fianzas, cauciones u otros requisitos procesales establecidos por las leyes.

Los que se realicen como consecuencia de la intervención, aprehensión o incautación de moneda metálica, billetes de banco, cheques bancarios o valores realizables, efectuadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por Vigilancia Aduanera o cualquier otro funcionario público, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente.

Cualquier ingreso que se realice como consecuencia o aseguramiento del embargo de bienes, y el de las cantidades que se hallaren durante la práctica de diligencias judiciales.

pago elegido para llevar a cabo la consignación judicial debe ingresarse, al interponer la demanda en la cuenta del Juzgado Decano, tal y como exige el artículo 9.2 del Real Decreto 467/2006. Es la única forma de que los fondos queden bloqueados y adscritos a ese procedimiento concreto (70). Esto se garantiza mediante la apertura de una cuenta a nombre del órgano judicial, dentro de la que se abren cuentas para cada expediente judicial (vid. art. 4 del Real Decreto 467/2006), junto al hecho de que el Secretario Judicial sea el único autorizado para realizar disposiciones de esa cuenta (71). En un depósito notarial el Notario puede dar fe pública de lo que recibe, pero el medio de pago no queda asignado a un pago en concreto por la actuación de un Notario. Eso supone que el medio de pago así depositado puede ser, por ejemplo, perdido o robado.

Y no cabe duda tampoco de que por mucho que se flexibilicen los requisitos sobre medios de pago admisibles (72), es necesario proceder a la consig-

b) Consignaciones judiciales:

Aquellas que se realicen en ejecución voluntaria o forzosa de títulos que lleven apartada ejecución.

Las que se realicen con finalidad liberatoria por el obligado al pago de una cantidad, o en otros supuestos legalmente establecidos».

(70) Sobre la necesidad de consignar ante la autoridad judicial, vid. SSTS de 7 de enero de 1960 (*RJ* 102/1960), de 9 de noviembre de 1968 (*RJ* 4966/1968) y de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6397).

(71) Artículo 3 del Real Decreto 461/2006:

«1. Las cuentas que regula este Real Decreto llevarán el nombre del órgano judicial, fiscal o del Servicio Común Procesal en cuestión, al que se añadirá la denominación “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” y en ella se llevarán a cabo los ingresos mencionados en el artículo 1.

2. Las Cuentas de Depósitos y Consignaciones podrán ser multidivisas, debiendo permanecer diferenciados los saldos existentes en moneda nacional y en divisas extranjeras convertibles.

3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 459.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el secretario judicial, responsable directo del debido depósito en las instituciones legales de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan, será la única persona autorizada para disponer de los fondos existentes en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, y estará obligado al cumplimiento de lo establecido en este real decreto, de cuantas normas se dicten en su desarrollo, y de las instrucciones operativas que reciba al respecto del Ministerio de Justicia».

(72) Vid. al respecto, STS de 4 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/5889):

«FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO. El segundo, tercero y cuarto se analizan conjuntamente para estimarlos. La sentencia parte del hecho de que “no se ha podido consignar el precio de la compraventa”, aunque entiende que ello no puede servir para enervar el ejercicio de la acción de retracto, porque “el pago se verificará porque la financiación está totalmente comprometida”, con lo que está incumpliendo la doctrina reiterada de esta Sala relativa al plazo de ejercicio de la acción desde la notificación fehaciente, pues la consignación no se produjo. Dice la sentencia que tiene este valor el hecho de que el retrayente obtuvo la autorización de un préstamo hipotecario por una entidad de crédito condicionado a la firma en tal momento de siete avalistas, pero lo cierto es que no se produjo al presentar la demanda, como exige la jurisprudencia (SSTS de 15 de abril de

nación y no vale una simple promesa o manifestación de querer hacerlo, ni tampoco hacerlo parcialmente (73).

Ello no obstante, lo que sí cabe es que se subsane la falta de consignación cuando el demandante que desconoce el precio (74) hace el ofrecimiento de consignarlo cuando sea conocido (75). Eso sí, siempre que la demanda se

1998 [RJ 1998/2982]; 20 de julio de 1993 [RJ 1993/6170]; 17 de mayo de 2002 [RJ 2002/5341]). Es cierto que la doctrina de esta Sala admite alternativas a la consignación en metálico. Lo que no admite es la simple autorización de un préstamo hipotecario condicionado a adquirir la propiedad y a la firma de siete avalistas, que no lo habían hecho al interponer la demanda, ni conceder valor jurídico de consignación al esfuerzo llevado a cabo por el retrayente para adquirir la cosa llevando la argumentación al punto de imputar al demandado la incomparecencia a la firma de la escritura pública de compraventa, cuando es carga del retrayente tener en cuenta el límite temporal para lograr la efectividad de su derecho, evitando posibles demoras o inconveniencias en su cumplimiento (SSTS de 19 de diciembre de 1991 [RJ 1991/9408]; 20 de julio de 2003 SIC). La STC 12/1992 (RTC 1992/12) expresa que la finalidad del artículo 1618.2 “estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el artículo 1.518 del Código Civil (LEG 1889, 27)”, y es evidente que, sin haberlo hecho, dejar a la simple especulación que “el pago se verificará” y que “las dudas que suscita a la parte interpelada, la realidad de la financiación, sin duda le serán resueltas, cuando se materialice la ejecución de esta sentencia” por que, de otra forma si la escritura no se otorga “el presente procedimiento habrá sido sencillamente un esfuerzo procesalmente baldío”, supone vaciar de contenido una norma que no se cumplimenta con la simple manifestación de voluntad de querer y poder hacerlo, sino mediante la adquisición de la cosa dentro del plazo de caducidad establecido por la misma».

(73) Vid. STS 1032/2005, de 23 de diciembre de 2005 (LA LEY 10769/2006):

«FUNDAMENTO PRIMERO DE DERECHO *in fine*. Y con respecto a ello, y siguiendo además la doctrina jurisprudencial de esta Sala, avalada por la del Tribunal Constitucional, se ha de decir que el artículo 1618-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un requisito estrictamente procesal para la admisión y la tramitación de las demandas de retracto y con ámbito distinto al establecido en el artículo 1.518 del Código Civil, cuya finalidad es impedir el planteamiento y tramitación del juicio de retracto, por quien no haya demostrado la capacidad económica suficiente para subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el adquirente en la transmisión onerosa de la que nace el derecho de retracto, al no poder satisfacer el precio o la contraprestación necesaria para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente —por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 1998, 145/1998 (RTC 1998/145)—. En conclusión, que una persona que no cumplió con el requisito esencial de procedibilidad al no consignar la totalidad del precio ya especificado, no puede ni debe beneficiarse de un derecho preferente de adquisición legalmente establecido, ya que nunca se puede estimar como un puro y simple formalismo la necesidad de consignación».

(74) Si lo conoce debe consignarlo. Al respecto, vid. SAP de Madrid, de 21 de septiembre de 2006 (RJ 2006/279164); SAP de Alicante, de 9 de noviembre de 2006 (RJ 2006/224274) y de 5 de junio de 2003 (RJ 2003/2119), y SAP de Granada, de 10 de septiembre de 2002 (RJ 2002/263377).

(75) Vid. STC de 27 de octubre de 2008 (RTC 2008/127); STS de 22 de julio de 1995 (RJ 1995/6196), y AAP de Huesca, de 30 de julio de 2007 (RJ 2007/355522); AAP de Cáceres, de 16 de junio de 2005 (RJ 2005/161689), que tiene la particularidad de admitir la voluntad de consignar cuando fuera a ser conocido el Juzgado al que fuera a corresponder la demanda y es, a nuestro juicio, criticable porque podía haberse consignado en el

presentara dentro del plazo de caducidad. Y, además, esta subsanación debe hacerse antes de que recaiga sentencia en Primera Instancia, pues otra cosa

Juzgado Decano (nótese la semejanza de este supuesto con el enjuiciado en la STC de 12 de diciembre de 2005, cuya conclusión es criticada por PÉREZ CONESA, C., «Tutela judicial efectiva y consignación del precio de venta como requisito para la acción de retracto», en *Aranzadi Civil*, Tomo 15, vol. 3, 2006, pág. 2407); SAP de Valladolid, de 28 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/90862). En contra, AAP de Las Palmas, de 18 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/109440).

Reproducimos aquí, por su interés, los Fundamentos Jurídicos 3.d) y 4 de la STC de 27 de octubre de 2008 (*RTC* 2008/127):

«d) Por último, en relación con la subsanabilidad de la falta de consignación, debemos partir de que reiteradamente hemos declarado que los órganos judiciales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando, siempre que sea posible, la subsanación del defecto, a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial efectiva. En dicha ponderación debe atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado. Además, debe tenerse en cuenta que, al ser el derecho de toda persona a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una primera decisión judicial un derecho que nace directamente de la Constitución y un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, la subsanación de los defectos o irregularidades procesales que eventualmente puedan presentarse en la demanda o en el procedimiento seguido en la instancia, que puedan ser obstáculo de la decisión de fondo de la pretensión ejercitada en el proceso, debe estar presidida por el principio *pro actione*, que debe actuar en esta fase con toda su intensidad (en relación con la acción de retracto arrendatario, la STC 144/2004, de 13 de septiembre [*RTC* 2004/144], F. 2.c) en contraste con aquellos supuestos en los que, habiéndose obtenido ya un pronunciamiento de fondo de los órganos judiciales, lo que se dilucida no es el derecho de acceso a la jurisdicción sino a los recursos legalmente establecidos.

4. La traslación de la doctrina expuesta al caso aquí enjuiciado nos lleva a concluir que el órgano judicial vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [*RCL* 1978/2836]) del demandante de amparo al rechazar la demanda de retracto en atención a un motivo la ausencia de consignación del precio de la venta sin permitir contradicción mediante previa audiencia a las partes, ni ponderar su posibilidad de subsanación, desatiendiendo así el mandato que, en desarrollo del artículo 24.1 CE, se contiene en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*RCL* 1985/1578, 2635) (LOPJ).

En efecto, conviene recordar sucintamente que: *a)* El solicitante de amparo presentó en el Juzgado de Primera Instancia demanda de retracto en relación con venta de una finca rústica, realizando en otrosí de la demanda ofrecimiento de consignar el precio, una vez fuera conocido. *b)* El Juez dio curso a la demanda sin hacer objeción alguna al respecto y sin que tampoco lo hicieran los demandados, limitándose a sostener en su contestación, como única alegación de orden procesal, la falta de legitimación activa. *c)* La sentencia dictada en primera instancia no contenía razonamiento de clase alguna sobre la ausencia de consignación. *d)* La Audiencia Provincial, ante la que se apeló la sentencia, sin que se hubiera planteado cuestión al respecto, después de reconocer que el demandante estaba legitimado para el ejercicio de la acción de retracto, entró a examinar de oficio sin conceder previa audiencia a las partes, ni ponderar su posibilidad de subsanación la ausencia de consignación, llegando a la conclusión de que no se había

vulneraría las garantías procesales de las demás partes en el proceso (76). Además, para que pueda enjuiciarse si ha habido infracción procesal en caso de que el asunto llegue al Tribunal Supremo, deben de cumplirse una serie de requisitos, como que se haya denunciado en la instancia la infracción o la vulneración del artículo 24 CE y que en el escrito preparatorio se indique cuál es el defecto denunciado, en qué momento del procedimiento se ha producido, cómo y cuando ha sido denunciada por el recurrente y de qué manera se ha pretendido su subsanación (77).

cumplido debidamente la previsión legal, lo cual le llevó a declarar no haber lugar a la demanda de retracto.

Atendidas tales circunstancias, se puede concluir que la consecuencia que el órgano judicial extrajo del defecto procesal apreciado resultó desproporcionada, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva impide la clausura de un procedimiento por defectos que puedan subsanarse, de modo que, para que las decisiones de inadmisión por incumplimiento de los requisitos procesales sean acordes con el expresado derecho, es preciso que el requisito incumplido, atendidas las circunstancias del caso, sea insubsanable o que, siendo subsanable, no haya sido corregido por el actor pese a que el órgano judicial le haya otorgado esa posibilidad, tal como prevén los artículos 11.3 y 243 LOPJ (SSTC 147/1997, de 16 de septiembre [RTC 1997/147], F. 4; 122/1999, de 28 de junio [RTC 1999/122], F. 2, y 153/2002, de 15 de julio [RTC 2002/153], F. 2).

Como hemos expresado, la finalidad de la carga de consignar el precio de la venta no es otra que impedir el planteamiento y la sustanciación del juicio de retracto por quienes carezcan de la capacidad económica suficiente para subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el adquirente en la trasmisión onerosa de la que nace el derecho de retracto, al no poder satisfacer el precio o la contraprestación necesaria para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente (SSTC 145/1998, de 30 de junio [RTC 1998/145], F. 4; y 14/2004, de 13 de septiembre [RTC 2004/14], F. 3). En el presente caso, el demandante no había cuestionado la obligación de consignar ni había manifestado su imposibilidad de hacerlo, sino que en la propia demanda de retracto había realizado el ofrecimiento de consignar una vez que se acreditara en autos el precio de la venta. Siendo inobjetable que los órganos judiciales supeditaran la tramitación del proceso al cumplimiento de la carga de consignar, no lo es, por el contrario, que se denegara el examen de la pretensión de fondo sin posibilitar la subsanación del defecto. Y ello porque está en juego la obtención de una primera decisión judicial y en esta fase se proyecta con mayor intensidad el principio *pro actione* cuyo objeto es evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Los requisitos formales no son valores autónomos con sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, por lo que su incumplimiento no presenta siempre igual valor obstátil, con la consecuencia de que si aquella finalidad puede ser lograda sin detrimento de otros bienes y derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto (SSTC 180/1987, de 12 de noviembre [RTC 1987/180], F. 2; 213/1990, de 20 de diciembre [RTC 1990/213], F. 2; 63/1999, de 26 de abril [RTC 1999/63], F. 2, y 153/2002, de 15 de julio [RTC 2002/153], F. 3)».

(76) Al respecto, vid. SAP de Alicante, de 23 de abril de 2007 (*RJ* 2007/211439) y AAP de Toledo, de 23 de abril de 2007 (*RJ* 2007/262215).

(77) Vid. por ejemplo, ATS de 24 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/ 185731).

RESUMEN

**DERECHO DE RETRACTO
RETRACTO DE COMUNEROS**

De acuerdo con el artículo 1.522 del Código Civil, el copropietario de una cosa común tiene un derecho de retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Para el correcto ejercicio de dicho derecho de retracto ante los tribunales el demandante debe cumplir ciertos requisitos sin los cuales su acción no puede prosperar. Este artículo estudia las dificultades a las que las partes deben hacer frente en este tipo de acciones e intenta dar soluciones a las mismas. Los problemas se plantean básicamente por la nueva regulación de la acción de retracto en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en especial en el artículo 266.3.º, y las diferentes opiniones de nuestros tribunales sobre distintas cuestiones relativas al ejercicio de la acción de retracto.

ABSTRACT

**RIGHT OF REPURCHASE
JOINT OWNERS**

According to article 1.522 of the Spanish Civil Code, the co-owner of a thing has a right of legal redemption in case of any or all the parts of the thing hold in common being sold to a third party outside the joint estate. In order to exercise such right of redemption in front of a Court the claimant has to fulfil certain requirements or the action shall fail. This article explores the difficulties the parties have to face in these kinds of actions and tries to give a solution to them. Such problems are basically due to the new regulation of these redemption proceedings established in Law 1/2000 of Civil Procedure (in special in article 266.3.º) and to the different interpretation Spanish Courts have made of some of those requirements.

*(Trabajo recibido el 28-5-2010 y aceptado
para su publicación el 30-6-2010)*