

Id Cendoj: 28079110012007100146  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 591/2000  
Nº de Resolución: 167/2007  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: XAVIER O' CALLAGHAN MUÑOZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

RETRACTO DE COMUNEROS. No se admite por cuanto la venta no se ha hecho "a un extraño" sino a un partícipe de la comunidad.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Azpeitia, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador D. Jacobo de Garandarillas Martos, en nombre y representación de la sociedad mercantil "HARZUBIALDE, S.L.", defendida por el Letrado D. Pablo Ruiz del Cerro Zabalo; siendo parte recurrida la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Juliá Corujo, en nombre y representación de "PROMOCIONES GAROA, S.A.", defendido por el Letrado D. José Ignacio Múgica Brunet.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Cruz M<sup>a</sup> Echevarría Lopetegui, en nombre y representación de "HARZUBIALDE, S.L.", interpuso demanda de retracto de comuneros, contra la entidad "PROMOCIONES GAROA, S.A." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare el derecho de mi representada a retraer la porción de finca a que se refieren los hechos primero y segundo de esta demanda, esto es, una participación o cuota indivisa de cuarenta y siete enteros con noventa y nueve centésimas por ciento (47,99%) de la parcela o finca B-uno o finca nº 12.304 del Registro de la Propiedad, sita en el Area de intervención urbanística 43 "HARZUBIA" de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Azpeitia, asumiendo el compromiso de no vender la cuota de participación que se retrae durante cuatro años, condenando a la sociedad demandada a que dentro del breve plazo que se les señale, otorgue escritura pública de venta de referida participación a favor de "HARZUBIALDE, S.L.", en las mismas condiciones en que la adquirió, recibiendo en dicho acto el precio e importe de los gastos consignados, sin perjuicio de cualquier diferencia que respecto de los mismos se acreditasen, así como el de los demás gastos y pagos que le sean de legítimo abono, bajo apercibimiento de otorgárselo de oficio, caso de no verificarlo voluntariamente y a su costa, todo ello con expresa condena en las costas procesales de este procedimiento si se opusiera.

2.- El Procurador D. Angel Echániz Aizpuru, en nombre y representación de "PROMOCIONES GAROA, S.A.", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare o bien la inadmisión o bien la desestimación de la presente demanda de retracto, con imposición de las costas procesales a la parte actora

3.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus escritos. El lltre. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Azpeitia, dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 1.998 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que debo desestimar y

desestimo, la demanda deducida por el Procurador señor Echevarría, en nombre representación de la compañía mercantil "Harzubialde, S.L." contra la sociedad "Promociones Garoa, S.A.", y declaro no haber lugar al derecho de retracto de la actora sobre la participación consistente en cuota indivisa de cuarenta y siete enteros con noventa y nueve centésimas por ciento (47,99%) de la finca B-uno o finca nº 12.304 del Registro de la Propiedad de Azpeitia, sita en el Area de intervención urbanística 43 "HARZUBIA" de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Azpeitia,

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de "Harzubialde, S.L.", la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián, dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 1.999 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que debemos de desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor Stampa, en nombre representación de la compañía mercantil Harzubialde S.L. contra la sentencia de fecha 18 de noviembre de 1998 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Azpeitia , confirmándola en todos sus extremos por ser ajustada a derecho. Sin expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Jacobo de Garandarillas Martos, en nombre y representación de la sociedad mercantil "HARZUBIALDE, S.L.", interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del *artículo 1692 ordinal 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia e infracción del *artículo 372.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en relación con el *artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. SEGUNDO .- Al amparo del *artículo 1692 ordinal 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia e infracción del *artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en relación con los *artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española*. TERCERO .- Al amparo del *artículo 1692 ordinal 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción del *artículo 1522* en relación con el *artículo 392, párrafo 1º, del Código civil*. CUARTO .- Al amparo del *artículo 1692, ordinal 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción del *artículo 1522* en relación con el *artículo 1227, ambos del Código civil*. QUINTO .- Al amparo del *artículo 1692 ordinal 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en relación con el *artículo 7º del Código civil* .

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Juliá Corujo, en nombre y representación de "PROMOCIONES GAROA, S.A.", presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero de 2006, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante en la instancia y recurrente en casación HARZUBIALDE, S.L. ejercitó la acción de retracto de comuneros prevista en el *artículo 1522 del Código civil como propietaria de una participación indivisa de la finca urbana B-1* situada en el área de intervención urbanística 43 "Harzubia" de las normas subsidiarias de planeamiento de Azpeitia. La ejercitó contra la entidad PROMOCIONES GAROA, S.A. por razón de que dos copropietarios, los señores Murio y Roses, le vendieron su participación indivisa en dicha finca, en sendas escrituras públicas de 16 de febrero 1998.

Las sentencias de instancia han desestimado la demanda por razón de que PROMOCIONES GAROA, S.A. no era un extraño a la comunidad, sino que en fecha anterior, en documento privado de 30 de diciembre de 1997, adquirió de D. Jesus Miguel la participación indivisa que éste tenía en dicha finca, estimando probada la realidad y la fecha de tal compraventa en documento privado. Y la venta a un extraño es presupuesto esencial para el ejercicio de la acción de retracto de comuneros, tal como dice el *artículo 1522 del Código civil* y resalta la jurisprudencia ( así, sentencia de 22 de mayo de 1996 ).

La parte demandante ha formulado el presente recurso de casación articulado en cinco motivos. Los dos primeros, al amparo del *número 3º del artículo 1692 de La Ley de Enjuiciamiento Civil* , se refieren a la desafortunada redacción del párrafo último del fundamento segundo de la sentencia recurrida. Los dos siguientes, al amparo del número 4º del mismo artículo, combaten la denegación del retracto, aunque también insisten en aquella errónea redacción. El último de los motivos carece de sentido.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos del recurso de casación, como se ha apuntado, se han fundado en el *número 3º del artículo 1692 de La Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción de normas reguladoras de la sentencia y se centran en el último párrafo del fundamento segundo que, a modo de

conclusión, dice así: "a la vista de lo alegado en la vista, del examen de los autos y del resultado de la prueba practicada, esta Sala, y de acuerdo con el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia que hace suyo, habiendo examinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no existe el tal retracto urbanístico ni en la normativa urbanística, por lo que se desestima el recurso planteado". En este párrafo, lo esencial es la remisión al fundamento de la sentencia del Juzgado que razona perfectamente la denegación del retracto. Y lo secundario es la equivocada referencia que, como lapsus calami, se hace a un retracto urbanístico del que nunca se ha tratado en el proceso.

Basándose en esta desgraciada referencia, se alega falta de motivación de la sentencia (motivo primero: infracción del *artículo 372.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*) e incongruencia omisiva (motivo segundo: infracción del *artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 24.1 y 120.3 de la Constitución Española*). Ambos motivos deben desestimarse.

No hay falta de motivación porque, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial (sentencias de 5 de noviembre de 2004, 17 de junio de 2004 y 3 de febrero de 2005 entre otras muchas, anteriores) y constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 187/2000, de 10 de julio y 214/2000, de 18 de septiembre), se cumple este requisito cuando se razona correcta y suficientemente el fallo de la sentencia, sea estimatorio o desestimatorio de la demanda y ello se da en el presente caso en que la sentencia de primera instancia argumenta detalladamente, en el largo fundamento segundo, que falta el presupuesto del retracto consistente en que la transmisión se haga a un extraño. Y la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, se remite y hace suyo dicho fundamento. La jurisprudencia (en sentencias de 25 de noviembre de 2002 y 22 de junio de 2004) ha aclarado que la remisión a la argumentación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia es bastante a efectos de la motivación de la sentencia.

Tampoco hay incongruencia omisiva porque la congruencia es la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (así, sentencias de 11 de abril de 2000, 1 de julio de 2002, 8 de noviembre de 2002, 27 de junio de 2005) sin alcanzar a la motivación (sentencia de 2 de marzo de 2000) ni a los razonamientos (sentencia 11 de marzo 2003) y la sentencia desestimatoria, en principio, no puede ser incongruente, pues el fallo de la sentencia rechaza de plano el suplico de la demanda (sentencias de 1 de octubre de 2001, 19 de junio de 2003, 14 de octubre de 2004, 27 de junio de 2005). En el presente caso, por más que se insista en la literalidad de la aludida desgraciada frase, el fallo desestimatorio de la demanda no incurre en incongruencia.

TERCERO.- Los motivos tercero y cuarto del recurso de casación se centran en la denegación del retracto, pero ambos deben desestimarse.

El tercero, porque insiste en el de comuneros y niega el retracto urbanístico que ya hemos dicho que no es base del fallo confirmatorio de la sentencia, sino un lapsus calami que no tiene trascendencia casacional en el sentido de fundar un motivo de casación. El fallo de la sentencia objeto de este recurso es confirmatorio, sin más matices, de la sentencia de primera instancia y el fallo de ésta, claramente, desestima la demanda y declara "no haber lugar al derecho de retracto de la actora..." y este retracto es el de comuneros, no otro. Por tanto, no aparece infracción alguna de los *artículos 1522 y 392 del Código civil* que se citan en este motivo.

El cuarto, que alega infracción del *artículo 1522 en relación con el 1227*, porque pretende -y lo dice expresamente- una nueva valoración de la prueba, lo que cae fuera del ámbito y de la función de la casación, que no es una tercera instancia (sentencia de 31 de mayo de 2000 y 10 de abril de 2003) ni permite hacer supuesto de la cuestión (sentencias, entre otras muchísimas, de 19 de mayo de 2005 y 21 de noviembre de 2006) sino que, sin revisar el soporte fáctico, vela por la correcta aplicación del ordenamiento al supuesto de hecho (sentencia de 27 de octubre de 2005 y las que en ella se citan). La sentencia de primera instancia, con detallada argumentación en el largo fundamento de derecho al que se remite la de la Audiencia Provincial objeto de este recurso, declara probada la fecha del documento privado que da como resultado el no ser un extraño a la comunidad, la sociedad demandada, lo que evita el retracto. No infringe, pues, el *artículo 1522 sino que lo cumple perfectamente. Tampoco infringe el 1227*, pues la previsión de esta norma respecto a la fecha del documento privado se cumple cuando no se acredita ésta por otros medios de prueba, pero si los hay, como ocurre en el presente caso que los detalla la mencionada sentencia de primera instancia, se declara probada la fecha, lo que permanece incólume en casación.

CUARTO.- El último de los motivos del recurso de casación, el quinto, que alega la infracción del *artículo 7 del Código civil* sobre abuso del derecho, no tiene sentido alguno. No se ha dado ningún elemento del mismo, no se ha basado la sentencia recurrida, en cuanto se remite a la de primera instancia, en el abuso del derecho. Simplemente, "a mayor abundamiento", como dice expresamente y como obiter dicta

hace unas reflexiones sobre el carácter restrictivo del retracto y sobre el precio "evidentemente muy inferior" al real que, como dice también literalmente, "constituiría un lucro inadmisibles y un abuso de una institución como el retracto legal de comuneros". Pero ni aplica la doctrina del abuso del derecho, ni esta reflexión es fundamento del fallo.

QUINTO.- Se debe declarar no haber lugar al recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente y a la pérdida del depósito que ha constituido, por imperativo de lo dispuesto en el *artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

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

## **FALLAMOS**

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Jacobo de Garandarillas Martos, en nombre y representación de la sociedad mercantil "HARZUBIALDE, S.L.", respecto a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián, en fecha 28 de septiembre de 1.999, que se confirma en todos sus pronunciamientos.

Segundo.- Se impone a la parte recurrente las costas causadas por su recurso.

Tercero.- Se decreta la pérdida del depósito, al que se le dará el destino legal.

Cuarto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.-ANTONIO SALAS CARCELLER.-JOSE ALMAGRO NOSETE.-RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.