

**EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO: LA
DISTINTA NATURALEZA DE LA CONSIGNACION
Y EL REEMBOLSO**
(A propósito de la STC 12/1992, de 27 enero)

MARIA DOLORES GRAMUNT FOMBUENA
Profesora Titular Interina de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. PRESENTACION DEL TEMA. II. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA. III. NATURALEZA PROCESAL DEL REQUISITO DE LA PREVIA CONSIGNACION. IV. VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA: 1. Del derecho de acceso a los tribunales. 2. Del derecho de defensa.

I. PRESENTACION DEL TEMA

La presente Sentencia del Tribunal Constitucional plantea un tema que de forma reiterada es objeto de recurso de amparo: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. De forma más precisa, la violación que de tal derecho fundamental supone la interpretación rigurosa y excesivamente formalista por parte de los órganos judiciales de las normas legales que establecen requisitos de admisibilidad procesal, cual es el de la necesidad de previa consignación para poder dar curso a la demanda de retracto, según previene el art. 1.618 2.º L.e.c., supuesto específico contemplado por esta Sentencia del Tribunal Constitucional. En concreto, se impugna la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 4 de mayo de 1989, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Laredo, de 10 de septiembre de 1987, dado que la Sentencia de la

Audiencia declaraba extemporáneamente ejercitada la acción de retracto. El Tribunal Constitucional decide, en la Sentencia 12/1992, de 27 de enero, otorgar el amparo solicitado.

II. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A OBTENER LA TUTELA EFECTIVA

La identificación del derecho de acción con el derecho a la jurisdicción es fruto de la evolución histórica del concepto de acción, que pasa de ser considerada como un derecho concreto a un derecho abstracto, esto es, de la identificación de la acción con el ejercicio del derecho material alegado ante los Tribunales o, posteriormente, con el derecho a obtener una sentencia favorable, se pasa al concepto actual: se trata del derecho a obtener de los Tribunales una sentencia (1).

En este contexto la doctrina procesalista califica al derecho a la jurisdicción como un derecho público subjetivo(2); derecho público subjetivo que se reconoce en la Constitución Española comprendido entre los derechos fundamentales y como una de las más importantes garantías de las partes(3), ya que por un lado comporta la imposibilidad de negar a los ciudadanos el acceso a los Tribunales (4) y por otro, se traduce en la obligación de juzgar por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado.

A los efectos de la Sentencia que ahora comentamos adquiere especial relevancia la calificación que del derecho a obtener la tutela hace la propia CE, en el sentido de que dicha tutela ha de ser efectiva. Es decir, no basta con permitir el acceso a los Tribunales ni con proclamar el deber de fallar en abstracto, sino que además es preciso que concurren las condiciones que permitan la actuación de los Tribunales y la eliminación de los obstáculos al ejercicio del derecho a la jurisdicción(5).

(1) SERRANO ALBERCA, José Manuel, Comentario al artículo 24 de la Constitución, en GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 1985, pág. 454.

(2) ALMAGRO NOSETE, José, *Consideraciones de Derecho Procesal*. Barcelona, 1988, pág. 105.

(3) SERRANO ALBERCA, *Op. cit., loc. cit.*, pág. 454.

(4) MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid, 1976, pág. 128.

(5) SERRANO ALBERCA, J. M., *Op. cit., loc. cit.*, pág. 457. En definitiva, como indica ALMAGRO NOSETE (*Op. cit.*, pág. 97) "El acceso a los Tribunales no puede tener otro fin que la obtención de un pronunciamiento judicial, y en último extremo, de una sentencia. Supone un poder de provocar y de mantener la actividad jurisdiccional.

La tutela efectiva requiere, pues, un pronunciamiento de los Tribunales, normalmente sobre el fondo, aunque a veces basta con que se refiera a los presupuestos procesales si realmente impiden el acceso al fondo. Como se pone de relieve en el segundo Fundamento jurídico de la presente Sentencia, al legislador corresponde la organización de los procesos judiciales, estableciendo las condiciones y presupuestos formales que considere más adecuados a las características del proceso de que se trate, siempre que respondan a finalidades justificativas de su exigencia, de manera que las decisiones judiciales que cierran el acceso al proceso o alguna de sus fases satisfacen el derecho a la tutela efectiva si están fundadas en la aplicación de una causa prevista en una norma legal. Pero, a la vez, de forma reiterada el Tribunal Constitucional ha venido afirmando que los presupuestos formales no son obstáculos que hayan de dificultar el pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sino instrumentos encaminados a garantizar el acierto de la resolución, de manera que los órganos judiciales han de interpretar las normas que establezcan requisitos de admisibilidad procesal en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, esto es, de forma que se eviten los formalismos contrarios a la finalidad de la norma, lo que convertiría cualquier irregularidad en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso(6). En definitiva, de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, "las normas legales que establecen presupuestos formales deben ser objeto de interpretación teleológica para determinar si con la actuación del interesado se garantiza el interés que la norma pretende cubrir" (Fundamento Jurídico 4)(7).

Este planteamiento nos lleva a analizar la concepción que sostiene el Tribunal Constitucional en torno a la naturaleza de la consignación en el retracto.

Y esta actividad ha de desarrollarse, por el cauce del proceso, para resolver, no problemas abstractos, sino cuestiones contenidas en la pretensión". En el mismo sentido *vid.* GUI MORI, Tomás, *Jurisprudencia Constitucional (1981- 1991). Estudio y reseña completa de las Sentencias del T. C.*, Madrid, 1992, pág. 155.

(6) En esta línea se inscribe la STC 78/91, de 15 de abril al poner de manifiesto en el F.J. 4 el principio *favor actionis*, cuando afirma: "Es esencial para el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva el principio *pro actione*, que exige una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales del modo más favorable para la acción y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo (modo normal de finalización de un proceso y de cumplimiento de la tutela judicial) sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquéllas normas procesales".

(7) Entre otras, puede verse la STC 62/89 de 3 de abril (BJC 1989-96), en concreto el F.J. 2, cuya fundamentación jurídica asume íntegramente el Tribunal constitucional en el F.J. 5 de la sentencia que comentamos.

III. NATURALEZA PROCESAL DEL REQUISITO DE LA PREVIA CONSIGNACION

La interpretación rigorista que del requisito de la previa consignación para dar curso a la demanda de retracto venía realizando el Tribunal Supremo se ha traducido en la equiparación de la consignación al pago, de manera que en aplicación del artículo 1.170 II C.c. resultaba no estar correctamente realizada la efectuada mediante cheque hasta que éste no se hacía efectivo(8). Esta es también la argumentación esgrimida por el Fiscal en el caso que ahora comentamos, para quien el cheque, aunque sea conformado, "es un documento mercantil que incorpora un crédito que precisa ser realizado. Y el reembolso o, en su caso, la consignación referida al ejercicio del derecho de retracto, supone una prestación que consiste en la entrega de una suma de dinero importe del precio de la cosa objeto de retracto y de los gastos, prestación en la que el dinero esta *in obligatione* y también *in solutione* como tal cosa fungible" (Antecedente núm. 7). De este modo, consignándose el cheque el último día del plazo de nueve que concede el artículo 1.524 C.c. para ejercitar la acción de retracto y no haberse realizado su ingreso en cuenta hasta el día siguiente, resulta que el requisito de la consignación no se cumple dentro de plazo, por lo que debe entenderse extemporánea la acción de retracto.

Tal interpretación, además de provocar la inadmisión de las demandas de retracto en todos los supuestos de consignación mediante cheque, lleva aparejada otra consecuencia: la atribución a la consignación de una doble naturaleza procesal y sustantiva, como se pone de manifiesto en el presente caso a través de las alegaciones del Fiscal cuando expresa que "la exigencia de consignar el precio de venta y los gastos en el retracto no tiene sólo naturaleza procesal, sino también sustantiva", puesto que si bien se trata de un presupuesto necesario para la admisión de la demanda según exige el artículo 1.618.2 L.e.c., además "es la consignación, como sustantiva de la obligación de reembolso, un elemento esencial del derecho de retracto para que el derecho que entraña pueda hacerse valer..." (Ant. núm. 7). De este modo, se entiende incorporado al contenido sustantivo del derecho de retracto "el deber de reembolsar o consignar", de manera que "no puede aplicarse al cumplimiento de ese presupuesto la doctrina sobre los

(8) Así parece desprenderse del primer Considerando de la STS de 7-XI-1979 (Ponente, D. José Beltrán de Heredia y Castaño).

requisitos formales de los actos procesales, ni las normas relativas a la subsanación de los defectos de aquellos actos” (Ant. núm. 7).

Sin embargo, ni puede afirmarse que la finalidad de la consignación prevista en el artículo 1.618.2 L.e.c. sea solutoria, ni que dicha consignación tenga carácter sustantivo. Como pone de relieve el T.C. en el tercer Fundamento Jurídico de la Sentencia comentada, la finalidad de las consignaciones procesalmente obligatorias no es otra que la de contemporizar la protección del 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. En esta línea se inscribe el artículo 1.618 2 L.e.c., 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” (F.J. 4).

Se advierte pues una diferencia notable entre la consignación requerida por la ley procesal y el reembolso exigido por el artículo 1.518 C.c., tanto por lo que se refiere a la finalidad de una y otro como al tiempo de su operatividad. En este sentido, como ya puso de relieve la STS de 21-VI-1956 (Ponente, D. Acacio Charrín y Martín), cuando en su primer Considerando manifiesta que debe distinguirse entre el ejercicio del derecho de retracto como derecho material que supone la adquisición de la propiedad por el retrayente de los bienes retraídos, para lo cual es imprescindible que se entreguen al comprador las cantidades relacionadas en el artículo 1.518 C.c., y el ejercicio de la acción de retracto, cuyos requisitos se establecen en el artículo 1.618 L.e.c., que no puede referirse, lógicamente, al reembolso de las cantidades mencionadas en el artículo 1.518 C.c., pues ni siempre se conocen éstas a priori, ni aun conociéndose sería justo que durante el tiempo que dure la reclamación judicial el comprador disfrutase a la vez de la finca y de las cantidades referidas. Por lo tanto, el reembolso a que obliga el artículo 1. 518 C.c., se refiere a los reembolsos definitivos o en ejecución de sentencia del precio pagado, mientras que la consignación exigida por el artículo 1.618.2 L.e.c. es requisito de admisibilidad procesal de la demanda(9).

(9) El mismo criterio que la sentencia citada sigue REBOLLEDO VARELA, Angel Luis: Comentario al artículo 1.525 C.c., en *Comentario del Código civil*. Tomo II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1018. En efecto, distingue el autor dos momentos diferentes en lo referente a las obligaciones de reembolso del retrayente: el de ejercicio de la acción y el de ejecución de sentencia, correspondiéndose el primero con la exigencia del art. 1.618.2 L.e.c. y el segundo con el art. 1.518 C.c., precepto al que se remite el art. 1.525 C.c.

En definitiva, no puede entenderse que la consignación tenga la doble naturaleza procesal y sustantiva pretendida por el Ministerio Fiscal, pues en palabras del propio Tribunal Constitucional “el propio reconocimiento que éste hace de esa condición de requisito procesal priva de relevancia alguna su posible eficacia sustantiva” (F. J. 6).

IV. VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA

1. Del derecho de acceso a los Tribunales

Atendiendo a la naturaleza procesal de la consignación es preciso apreciar si realizada mediante cheque conformado cumple la finalidad legal prevista.

Hemos constatado que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la admisibilidad de cheques bancarios como medios de satisfacción de tal exigencia, tanto en el acceso a la jurisdicción como en la presentación de recursos. Es significativa la STC 62/89 que se ocupa de la necesidad de consignar las rentas para admitir un recurso de apelación en materia de arrendamientos urbanos. A la luz de los artículos 148.2 L.A.U. y 1.566 L.e.c., resulta presupuesto ineludible para la admisión a trámite del recurso de apelación tener satisfechas las rentas vencidas o ser éstas consignadas en el Tribunal, en cuyo caso éste requerirá al arrendador para que las reciba. En el caso concreto, la consignación se realizó mediante cheque bancario el último día del plazo, haciéndose pues efectivo con posterioridad. La Audiencia Provincial de Madrid declaró mal admitido el recurso interpuesto en su día ante el Juzgado de Distrito por entender que la consignación había de tener el mismo efecto liberatorio del pago, tanto en eficacia como en disponibilidad, de modo que un cheque presentado el último día del plazo no satisface tales exigencias, pues integrando el cheque un mero mandato de pago dirigido al Banco, está excluido de eficacia liberadora inmediata. El Tribunal Constitucional, eludiendo expresamente el pronunciamiento acerca de la validez, con carácter general, de la consignación de las rentas realizada mediante cheque bancario (F. J. núm 4 STC 62/89), se centra de forma exclusiva en la valoración del cumplimiento de la finalidad legal asignada a la misma, esto es, la de asegurar la puesta a disposición de esas rentas al arrendador desde el momento de la interposición del recurso, para llegar a la conclusión de que tratándose de un cheque

bancario su efectividad es inmediata, de modo que cabe calificar de diligente la actuación del recurrente en cuanto al cumplimiento del requisito procesal (F. J. 5 STC 62/89). Con ello queremos poner de relieve cómo aun en el caso de la consignación de unas cantidades efectivamente adeudadas (rentas vencidas) y que, por tanto, debían ser satisfechas realmente para poder producir la eficacia liberatoria del pago, el Tribunal Constitucional admite el cheque como medio satisfactivo de la finalidad pretendida.

Con mayor motivo debe admitirse que en el ejercicio de una acción de retracto, la consignación de un cheque conformado cumpla la finalidad procesal de garantía que tiene asignada, sobre todo teniendo en cuenta que, como se afirma en la STC 12/92 que ahora comentamos, la consignación a que se refiere el artículo 1.618.2 L.e.c. “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” (F. J. 6). Es por ello que la Sentencia, además de asumir en su F. J. 5 íntegramente la fundamentación jurídica de la STC, 62/89, añade además que tal consignación “cumplió su finalidad legal en condiciones esencialmente iguales o semejantes a como la hubiese cumplido la entrega en metálico (...) 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” (F. J. 6).

Así pues, la interpretación de las normas procesales que contienen presupuestos formales, desde el prisma del artículo 24.1 CE debe hacerse de forma flexible, atendiendo al criterio teleológico previsto entre las reglas de hermenéutica recogidas en el artículo 3 C.c. y con ponderación de las circunstancias, valorando el comportamiento diligente y carente de mala fe o propósito de incumplir o dilatar la garantía en atención a la cual viene exigida por el legislador la consignación. En definitiva, desde la promulgación de la Constitución, recogiendo las palabras del propio Tribunal Constitucional en el F. J. 3 de la STC 62/89, “la concordancia práctica entre el cumplimiento del requisito procesal, que protege a una de las partes, y el acceso a la

jurisdicción, que constituye el derecho fundamental de otra, exige una revisión de interpretaciones excesivamente rigurosas que puedan tener su fundamento en el texto de los preceptos legales, pero no en la necesaria interpretación de los mismos, a la luz del artículo 24.1 de la Constitución”, pues de otro modo, impidiendo el acceso al proceso, se entiende vulnerado el derecho constitucional a una tutela efectiva.

2. Del derecho de defensa

Junto al derecho de acceso a los Tribunales, el derecho de defensa es otra de las manifestaciones del derecho fundamental a la tutela efectiva. Hemos de precisar que el derecho de defensa puede entenderse en sentido amplio o en sentido estricto. En sentido amplio, como señala Serrano Alberca(10), el derecho de defensa se relaciona con la prohibición de indefensión y, en consecuencia, con el derecho a ser oído que deriva del principio de contradicción y, en última instancia, del de igualdad. En sentido estricto y ligado con el anterior, se concretaría en el derecho a ser asistido por un letrado para la defensa. Así, el artículo 24.1 CE contiene el derecho de defensa en sentido amplio y el 24.2 CE el sentido concreto, siendo el primero de ellos el que adquiere relevancia en la presente Sentencia.

En efecto, la parte recurrente entiende vulnerado el derecho de defensa por haber infringido la Audiencia los principios de audiencia y de rogación, impidiendo así el acceso a la jurisdicción.

No cabe duda que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos causa indefensión por cuanto el derecho a ser oído debe respetarse en cualquier procedimiento y en cualquier instancia(11) y, como destaca el Tribunal Constitucional en el F. J. 6 de la Sentencia comentada, la apreciación de oficio del cumplimiento de los presupuestos procesales, no dispensa de conceder previamente audiencia a las partes.

Finalmente, la falta de congruencia en las resoluciones judiciales supone también violación del derecho de defensa, tal y como ha constatado en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional (12). En el

(10) SERRANO ALBERCA, J. M., *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 481.

(11) Al respecto, véase la STC 109/89, de 8 de junio, (F. J. 2).

(12) Así, en el F. J. 2 de la STC 163/90, de 22 de octubre, se afirma: “Una decisión judicial que resuelve cuestiones no sometidas a debate y sobre las cuales las partes no han tenido ocasión de defendermetidas a debate y sobre las cuales las partes no han te-

caso que nos ocupa, la indefensión se hace también patente en la infracción del principio de rogación, por cuanto queda probado que la consignación fue admitida por el Juzgado de Primera Instancia sin que ello fuese objeto de recurso por ninguna de las partes. No cabe duda de que la Sentencia de la Audiencia incurre en incongruencia, faltando al principio de justicia rogada, por cuanto resuelve de oficio y “de manera sorpresiva, una cuestión no suscitada por las partes” (F. J. 6).

nido ocasión de defender sus respectivos puntos de vista no sólo es incongruente, sino directamente violatoria de la interdicción constitucional de la indefensión, noción material que exige que se haya entorpecido o dificultado sustancialmente la defensa de los derechos o intereses de una de las partes del proceso o se haya roto de manera sensible el equilibrio entre ellas.”

CRONICA

