

Los derechos voluntarios de adquisición en el Código civil de Cataluña: clases y funcionamiento

ANTONIO MONSERRAT VALERO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Barcelona

RESUMEN

El Código civil catalán regula dentro del título dedicado a los derechos reales limitados los derechos voluntarios de adquisición opción, tanteo y retracto. El presente trabajo se centra sólo en algunos aspectos de su regulación, en concreto trata de explicar el funcionamiento de los derechos de adquisición una vez se han ejercido, es decir, qué efectos jurídicos obligacionales resultan de su ejercicio y cómo adquiere su titular la propiedad del bien sobre el que recaen tales derechos. Asimismo estudia la solución dada por el legislador catalán al problema del momento del ejercicio del tanteo y del retracto. Finalmente trata de encontrar una justificación a la doctrina del Tribunal Supremo que, en el caso de que se ejercite la acción de retracto cuando hay subadquirentes posteriores al primer comprador, exige que se demande no sólo al último adquirente, sino también a todos los anteriores.

PALABRAS CLAVE

Derechos reales limitados. Derechos de adquisición. Opción. Tanteo. Retracto. Subrogación. Adquisición de la propiedad. Legitimación pasiva. Litisconsorcio pasivo necesario.

ABSTRACT

The Catalan Civil Code includes the regulation of options to buy, rights of first refusal and repurchase options within the book dedicated to property rights. This paper focuses on certain aspects of this regulation. It aims to explain how these rights operate once they have been exercised, i.e. what obligations derive from them and how conveyance takes place. The paper also analyses the solution that the Catalan legislator provides regarding the timeframe of exercise. Finally, it endeavours to justify the Supreme Court's

doctrine according to which, when there are subsequent title holders, the claim must be filed not only against the last purchaser, but also against all the previous ones.

KEYWORDS

Property rights. Options to buy. Rights of first refusal. Repurchase options. Subrogation. Acquisition of property rights. Standing to be sued. Compulsory joinder of parties.

1. INTRODUCCIÓN

El libro V del Código civil de Cataluña (CCC), relativo a los derechos reales, regula dentro del título VI, de los derechos reales limitados, en el capítulo VIII, los derechos de adquisición. Dentro de este capítulo regula los derechos voluntarios de adquisición y dos derechos legales de adquisición: el retracto de colindantes y el retracto gentilicio del Valle de Arán, denominado derecho de tornería, desligados de tanteo previo. El legislador catalán, pues, ante la cuestión polémica de si los derechos de adquisición son verdaderos derechos reales, opta por la respuesta afirmativa.

El CCC no da una definición genérica de los derechos de adquisición, pero sí define cada uno de los tipos de derecho de adquisición, opción, tanteo y retracto (art. 568-1) y la nota común a las tres definiciones es que facultan a su titular a adquirir un bien, definición que coincide con la que la doctrina ya había adoptado¹.

En el presente trabajo, para no hacerlo demasiado extenso, nos limitaremos a exponer las clases de derechos de adquisición, haremos una breve referencia a los derechos de adquisición personales y nos ocuparemos, principalmente, de lo que denominamos funcionamiento de los derechos reales de adquisición. En este apartado se explica en qué momento el titular del derecho de adquisición puede ejercer su derecho, qué es lo que exactamente está facultado a exigir según el tipo de derecho, los efectos del ejercicio del derecho, cómo se adquiere la propiedad. Hemos tratado con detenimiento el supuesto de que antes del ejercicio del retracto el comprador haya enajenado el bien a un tercero, motivados por encontrar justificación a la doctrina del TS según al cual, en estos casos, el

¹ ALBALADEJO (*Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Madrid, 2004, p. 799): *son aquellos que facultan a su titular para, concurriendo ciertos requisitos, convertirse en propietario de la cosa sobre que recaen*. SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil de LACRUZ III-2. Derechos Reales*, Barcelona, 1991, p. 431): *su eficacia radica en conferir a su titular la facultad de convertirse en propietario del bien objeto de su derecho*.

retrayente ha de demandar a todos los adquirentes sucesivos. No tratamos otras cuestiones como la constitución de los derechos, los plazos de duración y de ejercicio, las clases de negocios que ponen en acto el tanteo y el retracto, el ejercicio judicial y extrajudicial del derecho, si es necesario para ejercer el derecho el pago del precio.

2. CLASIFICACIÓN

2.1 Clasificación por su contenido

El 568-1.1 CCC enumera tres clases o tipos de derechos de adquisición voluntaria: la opción, el tanteo y el retracto. Podemos distinguir entre derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) y de adquisición directa (opción). Los primeros facultan a su titular, en caso de que el propietario del bien desee enajenarlo, a adquirirlo con preferencia a otros posibles adquirentes, en las mismas condiciones que el propietario del bien pactó con estos². Es decir, el titular del derecho de adquisición, sólo podrá ejercerlo si el propietario del bien sobre el que recae quiere enajenarlo. El derecho de adquisición directa, que recibe el nombre de opción, en cambio, faculta a su titular a adquirir el bien objeto del derecho aunque el propietario no quiera enajenarlo. Por supuesto el propietario del bien habrá tenido antes que consentir en la constitución del derecho de opción (a no ser que se trate de un derecho de opción legal, lo cual es excepcional), pero, una vez constituido, el propietario del bien no puede evitar que el titular del derecho de opción, si lo desea, adquiera el bien sobre el que recae.

Dentro de los derechos de adquisición preferente se distingue entre el tanteo y el retracto. Según el art. 568-1.1 b) CCC, el tanteo faculta a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mis-

² En este sentido se pronuncia SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, p. 431, nota 1): *Algunos autores los denominan derechos de adquisición preferente; mas el uso genérico de tal calificativo me parece inadecuado: conviene, sí, al tanteo y al retracto, pero no a la opción que ocasiona una adquisición, más que preferente (término que parece predicar concurso y elección) determinada y excluyente.* También DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 384): *los derechos de tanteo y retracto, más que como derechos de adquisición, deben calificarse como derechos de preferente adquisición. No son derechos de adquisición hasta que el concedente tiene la intención de vender...* DIEZ-PICAZO Y GULLON (*Sistema de Derecho Civil III. Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 2005, p. 511) aunque titulan el tema 49 los derechos de adquisición preferente, tratan en dos epígrafes distintos el derecho de tanteo y retracto, por un lado, y el derecho de opción, por otro. Y titulan el epígrafe I, en que tratan del tanteo y retracto, *concepto y naturaleza de los derechos de adquisición preferente*, mientras que tratan en epígrafe aparte, el II, la opción, y el título de tal epígrafe es simplemente *la opción: concepto y características*.

mas condiciones pactadas con otro adquirente. Es decir, el tanteo faculta a su titular a adquirir una cosa antes que otro y por el tanto –de ahí su nombre– que ofrece éste. Para que el titular del tanteo pueda adquirir antes que otro es necesario que el propietario del bien le notifique la futura adquisición del tercero antes de que ésta se lleve a cabo. Esta notificación pertenece a la esencia del tanteo. Lo que presenta problemas –lo veremos más adelante– es si para que actúe el tanteo basta que haya un mero proyecto de negocio de enajenación del bien a un tercero o es necesario que el negocio de enajenación con el tercero ya se haya celebrado, pero no se haya consumado mediante la entrega del bien, es decir, no se haya transmitido la propiedad al tercero. Según el art. 568-1.1 c) CCC, el retracto faculta a su titular para subrogarse en el lugar del adquirente en las mismas condiciones convenidas en un negocio jurídico oneroso una vez haya tenido lugar la transmisión. El retracto actúa, pues, una vez que el propietario del bien lo transmite a un tercero. La cuestión está en si por transmisión hemos de entender el mero contrato de enajenación o la transmisión de la propiedad, es decir, el contrato de enajenación seguido de la tradición. En el primer caso, el tanteo operará cuando haya un mero proyecto de contrato de enajenación y el retracto cuando el contrato de enajenación con el tercero ya se haya celebrado, contrato que ha podido o no ir seguido de la tradición. En el segundo caso, el tanteo operará cuando haya un contrato ya perfeccionado de enajenación, pero sin que se haya producido la tradición y, por tanto, sin que se haya producido la transmisión de la propiedad al tercero, y el retracto cuando ya se haya producido la tradición a favor del tercero. No es de esencia del derecho de retracto que una vez realizada la adquisición que lo pone en acto se notifique ésta al titular del retracto. En los retractos legales de colindantes y gentilicio del Valle de Arán, regulados en el CCC en sede de los derechos de adquisición, no se prevé dicha notificación. Sí se prevé para el retracto arrendaticio urbano (art. 25. 3, al final, LAU 1994).

El 568-1.2 CCC prevé que los derechos de tanteo y retracto también pueden ser legales, pero no dice nada respecto del derecho de opción, como si tal derecho sólo pudiese constituirse por voluntad de los interesados. El CCC no concede ningún derecho de opción legal. En principio no parece haber motivos suficientes para que la ley obligue al propietario de un bien a venderlo si no quiere hacerlo. Puede haber razones de utilidad pública, pero entonces nos encontramos ante una expropiación forzosa³.

³ Alguno podría pensar que en la regulación de la accesión se contiene un derecho de opción legal. En efecto, el propietario del suelo en el que un tercero planta cultiva o

Sin embargo, en leyes especiales sí podemos encontrar derechos de opción de compra legales. Así la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 (arts. 98, 99 y disposición transitoria primera 3^a) concedía unos derechos de adquisición forzosa, en determinados arrendamientos, a favor del arrendatario. No se trataba de un derecho de tanteo o retracto de adquirir la finca arrendada con preferencia a otros si el propietario la quería vender, sino de adquirir la finca aunque el propietario no la quisiera vender. En la actualidad ya no tiene aplicación, pues la Ley fijó un plazo, que ya se ha extinguido, para el ejercicio de tal derecho⁴. Roca i Trias⁵ ponía como ejemplo de opción de compra legal el derecho de adquisición, denominado opción en el texto legal, que la Ley catalana 24/1991 de 29 de noviembre sobre la vivienda (art. 50) concedía a la Generalitat en los casos de viviendas de protección oficial de promoción privada, pero, a pesar del nombre, más bien se asemejaba a un derecho de tanteo⁶. La anterior ley fue derogada por la Ley 18/2007 de 28 de diciembre sobre el derecho a la vivienda que igualmente regula un derecho de opción legal de la Administración, pero que, a pesar del nombre, es un verdadero derecho de tanteo, como se desprende de la regulación legal con más claridad aún que de la regulación de la ley de 1991⁷.

edifica puede hacer suya la plantación (542-5 CCC), la cosecha (542-6) o la edificación (542-7) u obligar al que plantó a dejar la finca en el estado anterior o a quien sembró a pagarle el equivalente a la renta hasta que acabe la cosecha o al que construyó a adquirir la parte del suelo invadida. Esta alternativa que concede la ley al propietario del suelo reviste el ejercicio de su decisión de adquirir la propiedad de un aspecto externo de ejercicio de un derecho de opción legal. Mas contra esto se puede argumentar que la adquisición de la propiedad se produce no en virtud de un derecho de opción legal, sino en virtud de la accesión y que el propietario del suelo opta no por adquirir la propiedad, sino por que opere la accesión.

⁴ La Ley 1/1987 de 12 febrero prorrogó los plazos y, posteriormente, la Ley 1/1992 de 10 febrero volvió a prorrogarlos hasta el 31 diciembre 1997.

⁵ *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. IV. *Drets reals* (PUIG I FERRIOL-ROCA I TRIAS), Valencia, 2007, p. 702.

⁶ En efecto, según el art. 51 el promotor, antes de iniciar la promoción, había de presentar, al solicitar la calificación provisional, la oferta económica a la Generalitat para que en el plazo de un mes a contar desde la concesión de la calificación provisional, la Generalitat pudiera ejercer el derecho de opción de compra. Transcurrido este plazo sin ejercerlo, el promotor podía iniciar libremente la promoción de venta. Es decir, el promotor había de ofrecer las viviendas, en primer lugar, a la Generalitat y si ésta no las compraba, las podía vender libremente. Esto es más bien un derecho de tanteo.

⁷ Varios artículos inducen a pensar que no estamos ante un derecho de opción, sino ante uno de tanteo. El art. 88, titulado derecho de opción de la Administración, establece en el núm.1 que en los procesos de transmisión de viviendas de protección oficial la Administración de la Generalitat se reserva un derecho de opción legal. Obsérvese que tal derecho tiene lugar sólo en los procesos de transmisión de viviendas, es decir, si el propietario las quiere vender, mientras que la opción opera aunque el propietario del bien no lo quiera vender. El art. 89 impone el deber de notificar a la Administración la decisión de transmitir, ya se trate de la primera transmisión efectuada por el promotor, ya se trate de segundas transmisiones. Y el art. 90, titulado ejercicio del derecho de opción, en su núm. 1 nos dice que una vez recibida la notificación de la decisión de transmitir la administración debe

El CCC establece y regula varios derechos de adquisición preferente legales (recordemos que hemos denominado derechos de adquisición preferente el tanteo y el retracto) en sede de las situaciones jurídicas que les sirven de fundamento: derechos de adquisición entre comuneros (art. 552-4); a favor del nudo propietario, si el usufructuario quiere enajenar su derecho (art. 561-10); a favor del propietario si el titular de un derecho de aprovechamiento quiere enajenar su derecho (art. 563-4); a favor del censatario, en el censo enfiteútico, cuando el censalista quiere vender su derecho de censo o a favor del censalista, si así se ha pactado, cuando el censatario quiera enajenar la finca gravada (art. 565-24). En sede de derechos de adquisición el CCC sólo regula el retracto de colindantes y la tornería. Aparte de los regulados en el CCC son importantes los derechos de adquisición que las leyes arrendaticias especiales conceden al arrendatario en caso de que el arrendador enajene la finca arrendada (arts. 47 y 48 LAU de 1964 y 25 LAU 1994 y art. 84 y ss. LAR 1980 y 22 LAR 2003).

2.2 Clasificación por su naturaleza

Los derechos voluntarios de adquisición pueden ser reales o personales. Que el CCC califique de reales los derechos de adquisición voluntaria no obsta a que las partes constituyan derechos de adquisición personales, en lugar de reales. El art. 568-2.2 CCC presupone que el derecho de adquisición se constituya con carácter personal cuando establece que el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la extinción de los derechos constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real.

No hay inconveniente en constituir una opción personal o un tanteo personal, pero un retracto personal parece imposible en sí mismo. La opción personal será una promesa de venta del art. 1451 CC a las que las partes habrán puesto un plazo para su ejercicio⁸. El tanteo personal obliga al concedente a notificar la venta (proyectada o celebrada)

pronunciarse sobre el ejercicio del derecho. Lo anterior es un derecho de tanteo. Por fin, la ley de 2007 no regula el derecho de tanteo de la Administración, sino sólo el derecho de opción y el de retracto, a diferencia de la ley de 1991 que regulaba tanto la opción como el tanteo como el retracto. Si no regula el derecho de tanteo es porque tal derecho es lo que la ley llama derecho de opción.

⁸ Si no lo han fijado, entendiéndose que nos hallamos ante un precontrato, el optante podrá ejercer su derecho dentro del plazo de prescripción de las acciones. RIVERO (*Elementos de Derecho Civil* de LACRUZ, II-2.º, Barcelona, 1987, p. 277) entiende que en el caso de precontrato, el derecho a pedir el otorgamiento del contrato definitivo prescribe en el plazo genérico de las acciones personales. Pero el TS, en algunas sentencias, cuando no se ha fijado plazo de ejercicio a la opción, ha dicho que se puede ejercer dentro de un plazo razonable.

con un tercero al tanteante y concede a éste la facultad de adquirir la cosa si se encuentra en el patrimonio del concedente⁹. Sería como una promesa de venta, pero condicionada a que el promitente desee enajenar la cosa y en la que el precio no estaría ya determinado, sino que sería el acordado entre el promitente y un tercero. Si el retracto faculta al titular a adquirir la cosa después de que el concedente del derecho la haya enajenado a un tercero es imposible constituirlo como derecho personal, entendido éste como derecho exigible al concedente del retracto. El retracto se ejerce, necesariamente, frente al tercero¹⁰.

Del Pozo-Vaquero-Bosch¹¹ opinan que el derecho de tanteo aislado es siempre personal. Esto es así porque, siguiendo al legislador catalán (art. 568-15), consideran que, cuando el propietario lesiona el tanteo enajenando la cosa a un tercero, el tanteo se convierte en retracto, en lugar de entender que también es el tanteo el derecho que se ejercita para adquirir la cosa después de la enajenación al tercero. Si entendemos, como Albaladejo¹², que el derecho de tanteo, cuando se impide su forma normal de ejercicio (adquirir antes de que la cosa se enajene a otro) porque la cosa se ha enajenado a un tercero, no es que se convierta en retracto, sino que se permite utilizarlo en otra forma (adquirir después de la enajenación), que es la adecuada para que tenga efectividad el poder de adquirir la cosa, no hay dificultad en admitir un derecho de tanteo aislado de eficacia real.

3. LOS DERECHOS VOLUNTARIOS DE ADQUISICIÓN PERSONALES

3.1 Eficacia

Si los derechos de adquisición se configuran como reales, el titular del derecho podrá hacerlo valer no sólo frente a quien constituyó el

⁹ ARECHEDERRA (*Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal*, RDP 1980, p. 131) opina que el propietario de la cosa, en virtud del tanteo personal, sólo tiene la obligación de notificar la enajenación futura, pero no la de transmitir al tanteante, porque si fuera esto último no estamos ante un derecho de tanteo, sino ante una opción personal atípica. En mi opinión si se pacta un derecho de tanteo personal y no se expresa nada más me parece más correcto entender que el propietario no sólo tiene obligación de notificar la enajenación con el tercero, sino también la de transmitir al tanteante. FELIU (*El tanteo convencional*, Madrid 1997, p. 49) configura el tanteo convencional como una mera obligación del concedente a preferir mediante oportuna notificación y, en su caso, transmitir... al titular del derecho, frente a todo tercero....

¹⁰ ARECHEDERRA (*Los derechos...*, p. 128): *Un derecho de retracto convencional puede o trascender al ámbito sustantivo... porque se configure como derecho personal... no tiene eficacia real y no perjudica a terceros. Y siendo esencia... en el retracto la eficacia frente a terceros... llegamos a la conclusión que dicha hipótesis es absolutamente inverificable.* DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2008, p. 401): *El derecho de retracto es siempre real. Presupone la transmisión del bien a un tercero, y se ejercita directamente por el retrayente ante este tercero.*

¹¹ *Derecho Civil de Cataluña...*, pp. 401 y 402.

¹² *Derecho Civil...*, p. 803.

derecho, sino también frente a los terceros que, posteriormente, hayan adquirido la cosa¹³, salvo que se apliquen las normas de protección de los terceros adquirentes de buena fe¹⁴. Por tanto, tendrán eficacia frente a terceros que conozcan su existencia aunque no se inscriban en el Registro¹⁵. En cambio, si los derechos de adquisición se configuran como personales, en puridad de principios, y salvo que hayan accedido al Registro de la Propiedad (enseguida examinaremos su posibilidad de acceso al Registro), sólo podrán hacerse valer contra el concedente y, en consecuencia, no serán oponibles al tercer adquirente, aunque fuera de mala fe, y el titular del derecho sólo podrá pedir una indemnización de daños y perjuicios al concedente del mismo¹⁶. Sin embargo, esta conclusión es contradicha por la jurisprudencia¹⁷ y por

¹³ Para el derecho de opción real si el concedente de la opción transmite los bienes objeto de la opción a terceros, el art. 568-9.1 CCC prevé que los adquirentes se subrogan en las obligaciones que corresponden a los concedentes del derecho, o sea, que el titular del derecho de opción lo podrá hacer valer frente al adquirente.

¹⁴ Cuando el derecho de adquisición se constituye sobre un inmueble, si no se inscribe en el Registro no se puede hacer valer frente a terceros adquirentes a título oneroso de buena fe (art. 34 LH). Pero como el CCC exige para el nacimiento del derecho de adquisición sobre un bien inmueble la inscripción Registral, si no está inscrito, no se podrá hacer valer frente a terceros por la sencilla razón de que no ha nacido, por tanto no se podrá hacer valer frente a terceros aunque hayan adquirido a título gratuito y aunque conocieran el convenio de constitución del derecho. Si el derecho recae sobre un bien mueble sí que pueden jugar en favor del tercer adquirente las normas de protección de los terceros adquirentes de buena fe (art. 522-8).

¹⁵ Para el régimen del CC ARECHEDERRA (*Los derechos de tanteo y retracto...*, p. 127) opina lo contrario: *Entonces en virtud del carácter abierto de la disciplina hipotecaria es la inscripción lo que dota de eficacia real a lo configurado –no constituido– como real... ¿Podría tener eficacia real un derecho real atípico al margen del Registro, a nivel puramente sustantivo? No... ¿Pueden las partes configurar una preferencia adquisitiva –esencialmente eficaz frente a terceros– en virtud de un acuerdo? No. ¿Pueden las partes configurar como derecho real un derecho para que tenga acceso al Registro de la Propiedad y alcanzar así eficacia real? Sí.* Para el CCC este argumento no vale, pues los derechos reales de adquisición de origen voluntario son típicos, pero como la ley exige para su nacimiento la inscripción en el Registro, llegamos a las mismas conclusiones.

¹⁶ ALBALADEJO (*Derecho Civil...*, p. 801): *constituidos como derechos de crédito, el tanteo, retracto y opción...facultan a exigir la transmisión o preferencia sólo del obligado a ella... y si incumple, cabe pedir que se le condene a cumplir o pedirle daños y perjuicios... mientras que constituidos como derechos reales permiten obtener la transmisión de cualquiera que tenga la cosa, sea el antiguo dueño (que concedió el derecho) o cualquier otro adquirente de la misma.* FELIU (*El tanteo convencional...*, pp. 101, al final, y 102): *El tanteo convencional... se trata fundamentalmente de un derecho de crédito al comportamiento del sujeto obligado a preferir al titular de la preferencia, de concluir cierto contrato, sin transcendencia real alguna, por lo que esta obligación sólo vincula al contratante y a sus herederos, pero sin afectar a terceros de forma que el incumplimiento de dicha obligación no puede dar lugar más que a una acción indemnizatoria, en aplicación a la eficacia relativa de los contratos.* ARECHEDERRA (*Los derechos de tanteo...*, p. 131): *Si el propietario incumple habrá de responder frente al titular del tanteo pero con absoluta independencia de la enajenación realizada que seguirá su curso normal.*

¹⁷ Las SSTS 13 febrero 1997 (Aranzadi 944) y 24 octubre 1990 (Aranzadi 8045), ante sendos supuestos de opción de compra personal –en la de 1990, aunque las partes denominan al derecho concedido opción más bien es un tanteo– deciden que la opción es oponible al tercer adquirente de mala fe. La primera condena al tercer adquirente a que otorgue escritura de compraventa a favor del optante y la segunda declara nulo el contrato celebrado con tercero y obliga al concedente de la opción a vender al titular del derecho de

cierta doctrina¹⁸ que estiman que el derecho personal, aun no inscrito, perjudica al tercero de mala fe.

3.2 Inscripción en el Registro de la Propiedad

¿Son inscribibles los derechos de adquisición personales en el Registro de Propiedad? En cuanto al derecho de opción, lo permite el art. 14 RH, pero es más dudoso que se pueda inscribir un derecho de tanteo. Los derechos personales no tienen acceso al Registro de la Propiedad (art. 8 RH) salvo que la ley lo permita, como hace en el caso de la opción o del arrendamiento. El preámbulo de la LSSAD¹⁹ consideraba que sí eran inscribibles, sin distinguir entre opción y tanteo, en virtud del art. 14 RH, pero la doctrina ha puesto de relieve que en el tanteo personal no se da el requisito que exige el art. 14.2.^a RH para la inscripción: precio estipulado para la adquisición de la finca²⁰. Para la LSSAD,

opción al precio al que la vendió al tercero. Ambas argumentan que, a pesar del principio de la relatividad de los contratos, estos también obligan a los causahabientes a título particular de uno de los contratantes: *Es de observar –afirma la de 1990– que la fuerza obligatoria de los contratos, relatividad de lo acordado en ellos, afecta generalmente sólo a los contratantes y sus herederos; pero ya de antiguo (Sentencia de 14 de mayo de 1928) se declaró que también obliga el contrato al sucesor a título particular de los contratantes y en general a los adquirentes de los derechos de éstos... es de tener en cuenta que siendo admitido que tal entidad adquirió derechos de quienes allí intervinieron en concepto de propietarios del inmueble cuya opción de compra se concedió... es claro que le afecta el contrato y sus efectos, pues, como declararon las sentencias de 17 de diciembre de 1959, 9 de febrero y 5 de octubre de 1965 (Aranzadi 533 y 4263), el contratante a título particular, como lógica consecuencia de la relatividad de los contratos, ha de soportar los efectos de los que celebró con anterioridad quien le transmitió el derecho adquirido, sin que sea obstáculo dicha relatividad para que en otro aspecto pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular.* La de 1997 pone de relieve que la ejecución efectiva del referido derecho mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, que vincula y se impone a «Aridcal, S.A.» (el tercero que compró al concedente de la opción), por su actuación carente de buena fe. Hay que tener en cuenta que el TS también aplicó la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, pues quedó probado que entre DECSA (la sociedad concedente de la opción) y «Aridcal» se da coincidencia de intereses y actuación que hacen que esta última no se la repunte como tercero totalmente ajeno.

¹⁸ DIEZ SOTO (Notas sobre la nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en la ley catalana 22/2001, de 31 diciembre, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-PICAZO*, t. II, Madrid, 2003, p. 1711), comentando el art. 20, al final, de la LSSAD (Ley catalana de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente), que establecía que la oponibilidad a terceros de los derechos de adquisición (hay que entender personales) tiene lugar mediante la inscripción registral, advierte que *parece claro que la previsión legal no debe excluir la posible oponibilidad del derecho no inscrito frente al tercero que sea conecedor de la existencia anterior de un derecho de adquisición preferente.*

¹⁹ *Cualquier modalidad del derecho de adquisición puede tener dos naturalezas* (la ley sólo regula la opción y el tanteo no el retracto, por lo que dentro de cualquier modalidad no incluye el retracto): *la real... y la personal, que, a su vez, puede ser inscrita de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento hipotecario... y, por tanto, oponible a tercero o no inscrita* (Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente).

²⁰ ARECHEDERRA (Los derechos..., p. 131); FELIU (El tanteo..., p. 56).

BOSCH²¹ entendía que *tratándose de derechos personales, esta inscripción... únicamente es posible en el derecho de opción*. Las RRDGRN 6 marzo 2001²² y 19 septiembre 1974²³, en sendos casos en que el problema se plantea frontalmente, niegan que un tanteo personal pueda tener acceso al Registro²⁴ y la de 20 septiembre 1996²⁵, aunque no de forma tan contundente, da pie a entender lo mismo²⁶.

Si afirmamos que sí, desde el momento de su inscripción, en la práctica será como si se hubieran convertido en reales. Lo más coherente con el planteamiento que hemos hecho hasta ahora sería concluir negativamente. Si las partes han querido constituir un derecho de adquisición como personal lo han querido así con todas sus consecuencias y como el derecho es personal no será inscribible en el Registro, pues así lo establece la normativa hipotecaria (art. 8 RH). Sin embargo, el art. 14 RH complica las cosas al permitir la inscripción del derecho de opción y entender la jurisprudencia que el derecho de opción, aun personal, es inscribible en el Registro. Probablemente, el legislador introdujo esta norma sin entrar a dilucidar si estábamos ante un derecho personal o real, sino en aras a la protección del tráfico jurídico, en el sentido de que la eficacia del derecho del optante no quedara debilitada. Aunque se constituya un derecho personal de opción con arreglo al CCC, pienso que los Registradores aceptarán su inscripción en el Registro.

²¹ *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Madrid 2004, p. 78.

²² ADGRN pp. 208 y ss.

²³ Aranzadi 5051.

²⁴ En el supuesto considerado por la R de 2001 en un contrato denominado «Contrato de derecho de adquisición preferente» la sociedad propietaria de parte de un edificio concedía a la sociedad propietaria del resto del edificio un derecho de adquisición preferente siempre que la primera adoptase la decisión de vender. La DGRN, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia y la calificación del Registrador deniega la inscripción del contrato argumentando que *estableciéndose un derecho de tanteo convencional o análogo al mismo, para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato*. En el supuesto considerado por la R de 1974 se había inscrito un tanteo voluntario. El propietario había vendido el bien a un tercero y el Registrador suspende la inscripción de esta transmisión por no acreditarse haber realizado la notificación preceptiva al titular del tanteo. La DGRN consideró que *todo el problema se centra en la naturaleza obligacional o real del pacto y que en el presente supuesto... no parecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real... por lo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento habría de ser cancelado a instancia de parte interesada...* Sin embargo, la DG confirmó la nota del Registrador, pues, como la cuestión de la cancelación no se había planteado, hasta que no se cancele existe un *obstáculo para la inscripción derivado de los libros del Registro al producir todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el art. 1 de la Ley Hipotecaria*.

²⁵ Aranzadi 4020.

²⁶ Esta R, que fue la primera que admitió la inscripción de un derecho de tanteo voluntario, parte de que *aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real*, lo que sugiere que, quizás, no lo habría inscrito de no tener la naturaleza de real.

3.3 Constitución de un derecho de adquisición sin que conste la voluntad de constituirlo como real o personal

Cuando las partes constituyen un derecho de adquisición sin precisar si lo constituyen con carácter personal o real y sin poderse inferir cuál ha sido su voluntad al respecto, surge el problema de determinar si es real o personal. Si aplicamos el principio de libertad de cargas del dominio que aplica el TS para concluir que *en cualquier contrato en que se establezcan servidumbres u otros gravámenes que limiten el derecho de propiedad quede bien expresada la voluntad de las partes, favoreciendo en caso de duda la interpretación del propietario*²⁷, tendríamos que concluir que se trata de un derecho personal. Sin embargo, Cumella²⁸ observa que el art. 20 LSSAD disponía que los derechos de adquisición eran reales sólo cuando se les constituía como tales y el art. 24.b) exigía que el título de constitución ha de expresar la voluntad de los constituyentes de configurar el derecho con carácter real, extremos que no contiene la regulación actual, de lo cual concluye que ya no es preciso que concorra una voluntad expresa de los contratantes para atribuirle al derecho la condición de real. Argumenta, además, que de igual modo que los contratos son lo que son, y no lo que las partes manifiestan, los derechos patrimoniales deben integrarse en el subgénero de los derechos reales o en el de los derechos personales en base a su configuración objetiva, sin consideración a la voluntad declarada de los sujetos. Pero, en este caso, en que la ley, como hemos visto, permite configurar los derechos de adquisición personales, la configuración objetiva depende de lo que hayan querido las partes. Es cierto que el derecho será real o personal no porque las partes lo califiquen de una manera o de otra, pero sí según el contenido que hayan querido darle. Si han querido que el optante no tenga la facultad de adquirir el bien, en caso de que el concedente de la opción enajene el bien a un tercero o que el tanteante no tenga la facultad de adquirir el bien si el propietario del mismo lo enajena a un tercero sin antes habérselo ofrecido a él, es que han querido un derecho personal. Lo que también es cierto que en el tráfico jurídico si se concede un derecho de opción parece que la intención del optante es poder ejercerlo aunque el concedente transmita el bien a un tercero. Lo mismo cabría decir del derecho de tanteo. Estas consideraciones me llevan a entender que es más equitativo que el derecho de opción y el de tanteo sean, en principio, reales a no ser que conste la voluntad de que sean personales. Y se

²⁷ STS 18 noviembre 2003 (Aranzadi 8329).

²⁸ *Derechos Reales. Comentario al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 3, «Comentario al art. 568-22», Barcelona, 2008, p. 1667.

puede argumentar, como hace CUMELLA, el cambio de redacción del CCC en relación con la LSSAD. Y también, para el CCC, que, al existir como típicos los derechos reales voluntarios de adquisición, las partes, cuando expresan simplemente constituir un derecho de opción o tanteo, han querido referirse al derecho regulado por la ley, que es el real.

3.4 Aplicación a los derechos de adquisición personales de la regulación legal de los reales

Si las partes deciden constituir un derecho de adquisición personal, en lugar de real, que es el regulado por la ley, se podría inferir la voluntad de las partes de que no se les aplique la regulación del CCC, sino la que establezcan ellos en sus pactos. Mas, por otro lado, la aplicación del CCC puede ser útil para suplir las lagunas que han dejado en sus pactos (por ejemplo, no pactan el plazo de ejercicio del derecho).

4. FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN

4.1 Teoría tradicional

4.1.1 PRECONTRATO DE VENTA ENTRE CONCEDENTE Y OPTANTE QUE MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA OPCIÓN COBRA PLENO VIGOR

Según la tesis tradicional, la adquisición de la propiedad por parte del optante se produce a través del título y modo, contrato más tradición. Entre el optante y el concedente se ha celebrado un precontrato de venta²⁹ y el optante, al ejercer la opción, habrá dado plena eficacia al contrato de venta. En el mismo sentido, el TS³⁰

²⁹ Entendiendo el precontrato como lo entiende DE CASTRO: *Convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas... o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata de un contrato por ellas proyectado* (ADC 1950, p. 1170). Cuando habla de contrato proyectado se refiere a un contrato en que ya han quedado determinados todos los elementos necesarios para su validez:... *han de haberse convenido todos los requisitos necesarios para la posible validez del contrato... por ejemplo, en una promesa de venta será precisa la determinación de la cosa y del precio o su determinabilidad* (p. 1174).

³⁰ STS 14 noviembre 2002 (Aranzadi 9919): *Ejercitada la opción... en tiempo y forma, su efecto es el de la perfección del contrato de compraventa; así la sentencia de 22 de diciembre de 1992 (A 10642) afirma que «una vez ejercitada la opción..., dentro del plazo señalado, y comunicada al concedente... nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse con relación a éste, el concurso del consentimiento exigido por la Ley, sin que el... concedente pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues como acaba de decirse, y se repite, basta para la perfección de la compraventa con que el optante le haya comunicado su voluntad de ejercer su derecho de opción» y, en el mismo sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 1993 (A, 9179) dice que «una vez*

entiende que cuando el optante ejercita la opción, notificando al propietario de la cosa la declaración de voluntad de ejercerlo, desde ese momento se entiende perfeccionado (quizás hubiera sido más preciso decir cobra plena eficacia) el contrato de compraventa sin necesidad de que el concedente de la opción emita ninguna declaración de voluntad.

El derecho de opción no sería otra cosa que la facultad de poner en vigor el precontrato de venta. Sería un derecho personal cuando la facultad sólo se pudiera exigir frente al concedente de la opción y real cuando se pudiera ejercer frente a los terceros a quienes el concedente de la opción hubiera transmitido el bien. Cuando el concedente ha transmitido el bien a un tercero surge un problema, pues si el bien ha salido del patrimonio del concedente, no parece que la adquisición del optante se puede explicar como consecuencia de haber puesto en vigor el precontrato celebrado con el concedente. Trataremos esta cuestión más adelante.

El optante no pide al concedente que celebre con él un contrato de venta³¹, sino que, una vez ejercida la opción, nos encontraremos ante un contrato de venta plenamente eficaz al que se aplicará su régimen propio y, en consecuencia, el concedente tendrá la obligación de entregar la cosa –y cuando se haya producido la *traditio* el optante adquirirá la propiedad–³² y el optante tendrá la obligación

que el optante ejercita la opción de compra... nace y se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa (sentencias de 6 de abril de 1987, A 2494, 23 de diciembre de 1991, A 9482, 22 de diciembre de 1992, A 10642, y 17 de marzo, A 3801, y 21 de julio de 1993, A 6105) (Aranzadi 9919).

³¹ Según la STS 14 febrero 1995 (Aranzadi 837) *la opción de compra obliga al concedente a realizar la venta en favor del optante si éste usa dentro del plazo pactado, su derecho de opción (Sentencias 21 octubre 1974, Aranzadi 3898, y 4 julio 1980, Aranzadi 3083)*. Pensamos que esto no es exacto, pues, como veremos, el TS nos dice que la venta queda perfeccionada con el ejercicio del derecho de opción. Posiblemente lo que el TS quiere decir es que el concedente queda obligado a otorgar escritura pública (que propiamente no podrá calificarse de compraventa) para que el optante pueda inscribir su adquisición en el Registro.

³² STS 18 julio 2006 (Aranzadi 4949): Se había arrendado un local comercial con opción de compra. El arrendatario optante ejerció la acción de compra, pero como el arrendador concedente le discutió si había procedido según lo acordado, el primero interpuso demanda judicial que le fue estimada en primera instancia condenando al concedente a otorgar escritura pública de compraventa y al optante a pagar el precio de la opción. La sentencia fue confirmada por la Audiencia y por el TS. Durante este procedimiento el arrendador concedente de la opción enajenó la finca a unos terceros que inscribieron su adquisición en el Registro de la Propiedad. El optante interpuso demanda solicitando, entre otras cosas, la nulidad de la venta. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda basando su fallo en que nos encontrábamos ante un supuesto de doble venta: la primera, la realizada por el arrendador concedente de la opción al optante y la segunda la realizada por el arrendador a los terceros. Y, con base en el art. 1473, es preferido el comprador que primero inscriba su adquisición en el Registro, que fueron los terceros. El optante alegó que no se trataba de un supuesto de doble venta, sino de venta de cosa ajena, pues en el momento de realizarse la segunda venta él ya había adquirido la propiedad por *traditio brevi manu*. El TS rechaza que esta tuviera lugar, pues para que opere la *traditio brevi manu* es necesario un acuerdo, lo que no sucedió y como no se otorgó la escritura pública de compraventa

de entregar el precio³³. Por eso, el TS entiende que, salvo que se haya pactado otra cosa, no es requisito para el derecho de opción el pago del precio³⁴. Es cierto que el CCC (art. 568-12.1) establece que los optantes, para ejercer el derecho de opción, han de pagar el precio, pero esto no es obstáculo para configurar la opción como facultad de exigir la puesta en vigor de un precontrato de venta. Al legislador le ha parecido oportuno establecer esta exigencia para garantizar la seriedad de la intención del optante, pero el mismo legislador prevé que se pacte lo contrario, de la misma manera que el TS, partiendo de la norma general contraria, no necesita del pago del precio para el ejercicio de la opción, admite que se pacte lo contrario.

4.1.2 INSCRIPCIÓN DEL DOMINIO A NOMBRE DEL OPTANTE

Tratándose de un bien inmueble, para que el optante inscriba el dominio a su favor en el Registro de la Propiedad, si el concedente de la opción se aviene, en la práctica, éste y optante otorgan una escritura de compraventa³⁵. Si no se aviene a ello, vemos cómo en

a favor del optante, pues éste no pagó el precio de venta —alegaba que tenía derecho a la restitución de las rentas que pagó desde el momento que ejerció la opción y que dicho derecho se compensaba con su obligación de pago del precio—, tampoco se dio la *traditio* instrumental ni ninguna otra clase de *traditio*. Parece que en el TS también influyó el hecho de que el optante no pagó el precio de la cosa, pues afirma: Entender la *traditio brevi manu* como el recurrente lleva a la consecuencia absurda de que el concesionario de la opción pierde la propiedad por el solo ejercicio de aquella por el optante, es decir, que se hace automático para él el cumplimiento de unas obligaciones que de la compraventa nacen (entrega de la cosa) si aquél tiene la posesión de la cosa, siendo así que no ha cumplido su obligación de pago del precio.

³³ STS 6 julio 2001 (Aranzadi 4996): *Dentro de los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitado el contrato de compraventa, éste queda sometido a su propia regulación (arts. 1445 y ss. del CC), en la que figura el 1450, que mantiene desde luego la perfección del contrato, aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como así lo corrobora en caso de opción la doctrina de esta Sala (SS. entre otras, de 3 febrero 1922, Aranzadi 815), al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma (y no otra es la hipótesis ahora contemplada), la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada».*

³⁴ STS 6 julio 2001 (Aranzadi 4996): *Y esta misma sentencia (22 diciembre 1992, Aranzadi 10642), al examinar en concreto el requisito del pago o consignación del precio, se remite a la de 2 de febrero de 1992 para declarar que se trata de una condición no exigida «salvo que ésa sea la intención contractual de las partes, manifestada en una cláusula clara y terminante», doctrina que igualmente se expresó en las sentencias de 17 de mayo y 24 de junio de 1993 (Aranzadi 3801 y 5382).*

³⁵ La DGRN 27 octubre 1999 (Aranzadi 7773) denegó la inscripción del acta notarial que certificaba el requerimiento mediante el que los optantes ejercieron la opción. Estima que *el acta calificada, aun acompañada de la escritura... del contrato de opción, en modo alguno acredita... la... verificación del desplazamiento dominical... pues, con independencia de su posible virtualidad perfeccionadora del contrato definitivo... ni es instrumento adecuado para documentar la voluntad afirmativa del optante... ni goza de la virtualidad traditoria*. Entonces, nos podríamos plantear si en vez de presentar en el Registro el acta notarial de la notificación del ejercicio de opción, hubieran presentado una escri-

la práctica el optante pide al tribunal que condene al concedente a otorgar escritura de compraventa y si el tribunal estima la demanda, emite tal condena³⁶. En teoría no sería una escritura de venta, pues el contrato de venta ya está perfeccionado con el ejercicio de la opción. Tampoco sería la elevación a escritura pública de un contrato de venta celebrado en documento privado, pues la opción pudo constituirse en escritura pública y la declaración de voluntad del optante de ejercer la opción pudo hacerse en escritura pública. Sería la reproducción de las declaraciones de voluntad de vender y comprar, ya emitidas anteriormente, con objeto de facilitar la inscripción del dominio del optante en el Registro de la Propiedad.

Si la opción se constituye en escritura pública y el optante emite su declaración de voluntad en escritura pública (no bastaría un acta notarial de requerimiento por la que se ejerciera el derecho de opción³⁷), notificada notarialmente, cabe plantearse si el Registrador, con base en dichos documentos, puede inscribir el dominio a favor del optante. El Registrador puede comprobar que la opción se ha ejercido dentro de plazo y si es requisito para el ejercicio de la opción el pago del precio y el optante acredita que ha pagado el precio, por ejemplo, lo ha consignado judicial o notarialmente, no parece que habría obstáculo para la inscripción del dominio a favor del optante. La escritura pública que contiene la declaración de voluntad del optante de ejercer la opción, unida a la escritura pública de constitución de la opción, tendría eficacia traditoria.

Sin embargo, lo anterior no lo admite la DGRN a no ser que las partes pacten el denominado ejercicio unilateral de la opción, sin

tura pública en que el optante manifiesta su voluntad del ejercicio de opción, acompañada del acta notarial de notificación de tal ejercicio al concedente de la opción, el Registrado hubiera inscrito. La DGRN lo admite, pero sólo en caso de pacto específico entre concedente de la opción y optante. Añade la anterior RDGRN: *virtualidad traditoria... que, en caso de pacto específico al respecto, podría tener la escritura comprensiva de tal declaración afirmativa en conjunción con la originaria del contrato de opción* (cfr. Resolución 19 julio 1991).

³⁶ SSTS 3 febrero 1998 (Aranzadi 400), 23 mayo 1994 (Aranzadi 3734), 13 noviembre 1992 (Aranzadi 9398), 15 febrero 1980 (Aranzadi 935), otra de la misma fecha 15 febrero 1980 (Aranzadi 517), 2 noviembre 1979 (Aranzadi 3821).

³⁷ La DGRN 27 octubre 1999 (Aranzadi 7773) denegó la inscripción del acta notarial que certificaba el requerimiento mediante el que los optantes ejercieron la opción. Estima que *el acta calificada, aun acompañada de la escritura... del contrato de opción, en modo alguno acredita... la... verificación del desplazamiento dominical... pues, con independencia de su posible virtualidad perfeccionadora del contrato definitivo... ni es instrumento adecuado para documentar la voluntad afirmativa del optante... ni goza de la virtualidad traditoria*. Entonces, nos podríamos plantear si en vez de presentar en el Registro el acta notarial de la notificación del ejercicio de opción, hubieran presentado una escritura pública en que el optante manifiesta su voluntad del ejercicio de opción, acompañada del acta notarial de notificación de tal ejercicio al concedente de la opción, el Registrado hubiera inscrito. La DGRN lo admite, pero sólo en caso de pacto específico entre concedente de la opción y optante. Añade la anterior RDGRN.

intervención del concedente de la opción³⁸. Solución que es la que adopta el CCC (art. 568-6 b) que prevé la posibilidad de incluir en la escritura de constitución del derecho de opción el pacto de ejercicio unilateral. Por tanto, si no se incluye el pacto, el optante necesitará, para poder inscribir el dominio a su nombre, que el concedente o el propietario actual del bien otorgue escritura pública.

4.1.3 PROBLEMA QUE SE PRESENTA CUANDO EL CONCEDENTE DE LA OPCIÓN ENAJENA EL BIEN A UN TERCERO

Cuando el concedente de la opción ha enajenado la cosa a un tercero, el optante ejerce su derecho frente al tercero³⁹, pues, como propietario actual de la cosa, será quien tenga que transmitírsela al optante y será el tercero quien otorgue, de no haberse pactado el ejercicio unilateral, la correspondiente escritura. Según el 568-12.4 CCC los optantes deben notificar a los concedentes o propietarios el ejercicio del derecho, es decir, nos dice que la opción se ejerce frente a los propietarios actuales, que pueden ser personas distintas de los concedentes.

En estos casos, aparece una dificultad para explicar el funcionamiento de la opción según lo expuesto. Si con el ejercicio de la opción cobra plena eficacia el precontrato de compraventa celebrado entre concedente y optante, resulta que el vendedor sería el concedente de la opción y el comprador el optante, sin embargo quien otorga la escritura y quien transmite la propiedad no es el concedente de la opción, sino el tercero que compró al concedente. Nos encontraríamos con dos contratos de venta, uno entre concedente y

³⁸ RDGRN 19 julio 1991 (Aranzadi 5445): *Por tanto, y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar –como sucede en este recurso– ... ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.* RDGRN de 27 octubre 1999 (citada en la nota anterior): *virtualidad traditoria...que, en caso de pacto específico al respecto, podría tener la escritura comprensiva de tal declaración afirmativa en conjunción con la originaria del contrato de opción (cfr. Resolución 19 julio 1991).* RDGRN 20 mayo 2005 (Aranzadi 5378): *La jurisprudencia, la doctrina científica y la de este Centro Directivo han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho...*

³⁹ La RDGRN de 23 julio 2005 (Aranzadi 6923) considera un caso en que tras la constitución de la opción, el concedente de la opción enajenó la finca. El optante interpuso demanda contra el concedente de la opción solicitando se le condenase al otorgamiento de la escritura pública de venta. Se estimó la demanda tanto en primera como en segunda instancia y, ante la negativa del demandado de otorgar escritura pública, dicha escritura fue otorgada en su nombre por el Juez de Primera Instancia. Al ir a inscribirla al Registro, el Registrador denegó la inscripción, lo cual fue confirmado por la DGRN que afirma: *el optante ha de demandar la entrega de los bienes y el otorgamiento de la escritura al actual titular de aquéllos (algo que no ha tenido lugar en el caso que nos ocupa); sencillamente para que se pueda operar la transmisión dominical y ésta acceder al Registro.*

optante y otro entre tercero y optante. Para salvar esta dificultad habría que entender que el tercero se subroga en la posición del concedente en el precontrato que celebró con el optante.

Así, las acciones derivadas del contrato de compraventa que corresponden al comprador (saneamiento vicios ocultos o evicción, gravámenes ocultos, diferencias de cabida) las interpondrá el optante frente al tercer adquirente, pues es el vendedor propietario de la cosa. Es cierto que el concedente de la opción fue el que desencadenó la venta, al conceder la opción, pero también es cierto que el tercero compró el bien sujeto a opción, por lo que no resulta infundado que sea él quien responda ante el optante.

En el caso de que el concedente de la opción, después de celebrar una venta, seguida de tradición, con un tercero, conserve el bien en su poder⁴⁰ y no lo quiera entregar voluntariamente al optante que ha ejercido su derecho, la construcción expuesta del funcionamiento del derecho de opción puede resultar insatisfactoria para resolver este problema. Según lo expuesto, el optante tendrá que dirigirse contra su vendedor, el tercero, pidiéndole la entrega de la cosa, pero, como éste no la tiene, no se la podrá entregar. Entonces, el tercero tendrá que accionar contra el concedente pidiéndole la entrega del bien para así poderlo entregar, a su vez, al optante. Pero el tercero no tendrá ningún interés en demandar al concedente. Si no lo hace, no hay ninguna norma que legitime al optante a accionar en sustitución del tercero. ¿Se podría condenar al tercero a que interponga una acción pidiendo al concedente de la opción la entrega de la cosa? Ciertamente que el art. 708 LEC admite que se condene a emitir una declaración de voluntad y se podría entender que interponer una acción es una declaración de voluntad, pero las declaraciones de voluntad a las que se refiere dicha norma son las declaraciones de voluntad dirigidas a celebrar un negocio jurídico, como se deriva de la distinción que hace entre que estén o no predeterminados los elementos esenciales del negocio o contrato. Si el optante hubiera adquirido la propiedad del bien a través de la tradición instrumental operada entre él y el tercero, el problema se solucionaría, pues podría interponer la reivindicatoria contra el concedente de la opción que aún conserva el bien en su poder. La dificultad está en que el TS⁴¹ no admite la tradición instrumental cuando el *tradens* no tiene ningún tipo de posesión (ni la inmediata ni la mediata), ya que no se puede transmitir una posesión que no se tiene. La única solución que veo es acudir a la doctrina del TS según la cual el principio de relatividad de los contratos

⁴⁰ Este supuesto es posible, pues la tradición ha podido ser instrumental y el concedente de la opción ha podido conservar la cosa en su poder.

⁴¹ STS 9 octubre 1997 (Aranzadi 7065).

(art. 1257, párr. 1.º CC) no es tan absoluto, como para que no pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título particular, de forma que el optante podrá exigir al concedente de la opción la entrega de la cosa aunque finalmente el contrato de compraventa no cobró plena eficacia frente a él, sino frente al tercero, ya que es causahabiente a título singular del tercero y es como si éste le hubiera transmitido su derecho a exigir la entrega de la cosa que le corresponde como comprador del concedente⁴².

⁴² Tiene especial interés para el caso que nos ocupa la STS 31 diciembre 2001 (Aranzadi 2002/3098), pues en este caso, como en el que nos planteamos, para que el derecho del comprador devenga eficaz se ha de dirigir contra el vendedor de su vendedor. En esta sentencia el segundo comprador demanda al que vendió a su comprador en documento privado (también demanda a su vendedor) solicitando que otorgue escritura pública de la primera compraventa con el fin de reanudar el tracto sucesivo y poder inscribir su adquisición. El TS considera que se ha de estimar la demanda y argumenta: *en aras de la protección de los derechos de los adquirentes... la regla de la eficacia relativa de los contratos... no impiden que estos reclamen al vendedor, en su condición de causahabientes a título singular y por actos «inter vivos» del mismo, así como de otro litigante conectado contractualmente con aquél en la calidad de vendedor del después vendedor, la elevación a escritura pública de un ... documento privado de compraventa suscrito por los últimos, de cuya omisión formal... deriva un daño a los recurrentes....* La STS 2 noviembre 1981 (Aranzadi 4412) estima que los subadquirentes de unas viviendas de protección oficial se pueden dirigir contra el promotor pidiéndole indemnización de daños y perjuicios por el no funcionamiento del ascensor a través del que se accedía a los garajes. Ante la argumentación del recurrente de falta de legitimación activa en virtud de la aplicación del art. 1257, párr. 1.º CC) contesta: *habiendo de mantenerse... que como ya expresó la sentencia de... 5 octubre 1975 (Aranzadi 4263), la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos...» no es obstáculo para que en otro aspecto el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, cuando se adquiere por uno de los contratantes por un acto inter vivos, cual la venta.*

El TS también aplica esta doctrina, como hemos visto al tratar de los derechos de adquisición personales, para justificar que el tercero de mala fe, que adquiere el bien objeto del derecho de adquisición, queda afectado por el contrato que realizó su transmitente constituyendo el derecho.

Otro campo en que el TS aplica esta doctrina es en la responsabilidad del art. 1591 CC en el contrato de ejecución de obra. La STS 1 abril 1977 (Aranzadi 1510), con base en este principio, admite que aunque quien adquiere una vivienda del promotor no es parte en el contrato de ejecución de obra entre promotor y constructor, puede pedir al constructor la responsabilidad del art. 1591: *Que el principio de la relatividad de los contratos... es mucho más complicado de lo que su formulación aparenta, puesto que la palabra tercero adolece de gran imprecisión, ya que no sólo excluye a los contratantes mismos y a las personas representadas por ellos, sino... también a los herederos..., es decir, a los causahabientes, bien a título universal, bien a título singular –legado, compraventa, donación– por lo que... el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido. Que esta Sala tuvo que enfrentarse... con el sugestivo problema que hoy se plantea... consistente en determinar si tiene o no acción contra el constructor... el comprador que adquiere un piso cuando ya la construcción se había terminado, y que, por tanto no fue parte en el contrato de ejecución de obra, resolviéndolo en sentido afirmativo, entre otras... la de 5 mayo 1961 en la que declaró que «el comprador... recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que está revestido de la acción que le concede el art. 1101 del CC, con carácter general, y específicamente el 1591, al señalar la responsabilidad del Arquitecto y del contratista en caso de ruina...*

Pienso que la subrogación del tercero que adquiere del concedente de la opción en el lugar de éste no encuentra apoyo en el art. 568-9.1 CCC, según el cual los adquirentes se subrogan en las obligaciones que, si procede, corresponden a los concedentes del derecho, pues habla de subrogación en las obligaciones, no en los derechos, y precisa que la subrogación no es siempre, sino si procede. Aunque no nos interesa entrar a ver a qué se refiere dicha norma, quizás se refiera al supuesto en que el concedente, antes de transmitir el bien al tercero, quede obligado frente al optante por haber causado con culpa o dolo un deterioro en el bien objeto de la opción. En este caso, si el concedente no ha hecho efectiva la indemnización correspondiente, el tercer adquirente se subroga en dicha obligación. No creo que se refiera a las obligaciones de conservar la cosa o de permitir inspeccionar el bien que tiene el optante (568-10), pues dichas obligaciones las impone el CCC al propietario del bien.

4.2 Teoría de la adquisición automática de la propiedad

El ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaban en el momento de la constitución, así como la extinción de los derechos incompatibles constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria (art. 568-2.2 CCC). En la primera frase de esta norma, *el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien*, se apoyan Del Pozo-Vaquero-Bosch para mantener que el ejercicio de la opción⁴³ conlleva la adquisición inmediata de la propiedad, sin la colaboración del propietario. El propietario –continúan los autores anteriores– habrá de entregar la posesión de la cosa, pero esta entrega no tendrá el significado de la tradición que se requiere para transmitir la propiedad. También habrá de formalizar la transmisión (salvo en el caso de opción en que se haya pactado el ejercicio unilateral) que consistirá en el otorgamiento de escritura pública en el caso de que se trate un bien inmueble para que pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Aunque el CCC sigue el sistema tradicional de adquisición de los derechos reales mediante el título y la tradición, es cierto que el legislador podría haber excepcionado de este sistema a la adquisición en virtud de un derecho real de adquisición. Pero no es seguro que lo haya hecho, pues no se puede aislar el inciso *el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien* de la frase de la que forma parte. Considerando la frase en su

⁴³ *La consecuencia esencial del ejercicio de la opción de naturaleza real es la adquisición inmediata de la propiedad de la cosa por el optante (Derecho Civil..., p. 395).*

conjunto no parece que el propósito del legislador sea establecer que el ejercicio de los derechos de adquisición conlleva la adquisición automática de la propiedad, sino establecer que el ejercicio supone la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba en el momento de la constitución del derecho de adquisición, sin que le afecten los actos posteriores realizados por el titular del bien.

Para la LSSAD, Bosch⁴⁴ consideraba que el art. 29.1, similar al 568-2.2 CCC, y el párrafo 26 del preámbulo de la ley (*la naturaleza real o personal... no es un criterio tipificador. La naturaleza determina la eficacia adquisitiva*) establecían la adquisición automática de la propiedad, aunque reconocía que lo hacía de manera no muy clara. También se podía aducir otro argumento: según el art. 29.3, el titular del derecho de adquisición podía requerir judicialmente al propietario actual de la cosa en caso de negarse a formalizar la transmisión. No se decía que le podía requerir para exigirle la transmisión, como lo establecía el art. 30.2 para los derechos de adquisición personales. Luego se podía deducir que la transmisión ya se había efectuado y por eso el titular sólo exige la formalización de la misma, no su realización. Añadía BOSCH que si en el CCC existiese un precepto equivalente al 609 CC en la enumeración de los modos de adquirir deberían incluirse el ejercicio de un derecho real de adquisición y en los artículos posteriores regularse el mismo⁴⁵. Cuando BOSCH escribía esto todavía no se había promulgado el libro V del CCC relativo a los derechos reales. Una vez publicado es verdad que no existe un artículo como el 609 del CCC, pero sí existe el capítulo I del título III que regula la adquisición y transmisión de los derechos reales y en él no se hace ninguna referencia a los derechos de adquisición y si mediante el ejercicio del derecho de adquisición se adquiere automáticamente el derecho real quizás el legislador lo hubiera mencionado en dicho capítulo, aunque regulase los derechos de adquisición donde los regula ahora, ya que no por ello dejan de ser derechos reales limitados. Pero también hay que admitir que la falta de mención tampoco es argumento definitivo para negar el efecto de la adquisición automática de la propiedad. El 531-1 establece, como disposición general del capítulo, que para transmitir y adquirir bienes es preciso siempre el título de adquisición y, si procede, la tradición o actos o formalidades establecidos por las leyes. Y posteriormente regula, en sendas secciones, la tradición, la donación y la usucapión. La tradición no es título según el 531-1. Sí lo son la donación (no se plantea problema) y la usucapión, pues según el 531-23 la usucapión es el título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio

⁴⁴ *Opción...*, p. 210.

⁴⁵ *Opción...*, p. 212.

basado en la posesión del bien. El derecho real, según la tesis de la adquisición automática, sería título de adquisición. Y como título de adquisición ya estaría comprendido en el título del que nos habla el 531-1 y no haría falta una mención especial. Mas si el legislador catalán hubiera añadido una sección quinta titulada los derechos de adquisición, aunque se hubiera remitido a la regulación de los derechos de adquisición en sede de los derechos reales limitados, nos hubiera hecho salir de dudas. Por otro lado ha desaparecido del CCC la norma del 29.3 de la LSSAD que, según hemos visto, también podría fundamentar la adquisición automática de la propiedad.

La tesis de la adquisición automática parece una construcción formal. El concedente y el optante lo que quieren es vender y comprar, respectivamente, pero no lo quieren hacer ya, sino en el caso de que el optante desee hacerlo dentro del plazo pactado de ejercicio de la opción. Decir que se concede un derecho real de adquisición en virtud del cual el optante adquirirá automáticamente la propiedad si lo ejerce, sin necesidad de tradición, pues la adquisición de la propiedad no se fundamenta en un contrato, cuando sí ha habido un acuerdo de voluntades previo cuyo contenido es la compraventa de un bien, parece una construcción formal. Roca i Trias⁴⁶, en contra de la opinión de Del Pozo-Vaquer-Bosch, mantiene la tesis tradicional.

En coherencia con su tesis, Del Pozo-Vaquer-Bosch⁴⁷ opinan que mientras que la opción de naturaleza personal debe enmarcarse en la figura del precontrato, no sucede lo mismo con la de naturaleza real. En ésta una vez el negocio jurídico constitutivo crea el derecho de opción, este derecho adquiere autonomía y vida propia y relega al negocio originario creador. Mas tanto la opción personal como la real faculta al optante a poner en vigor un precontrato, lo único que sucede es que en la opción personal esa facultad sólo se puede hacer valer frente al optante y en la opción real también se puede hacer valer frente a los terceros a quienes el optante transmita el bien.

Para esta tesis, aunque la adquisición del optante no sea vía contractual, Bosch explica que el concedente estará obligado al saneamiento por evicción o defectos o gravámenes ocultos, pues estamos ante una adquisición onerosa y es ésta la que determina la obligación de saneamiento. En el caso de que se haya pactado el ejercicio de la opción sin necesidad de pagar el precio Bosch también opina que, aunque el supuesto no encaje estrictamente en el art. 1124 debe permitirse la resolución de la transmisión, pues esta se permite en virtud del cumplimiento de la obligación de pagar el precio⁴⁸.

⁴⁶ *Instituciones...*, p. 709.

⁴⁷ *Derecho civil...*, p. 386.

⁴⁸ *Opción...*, p. 213.

5. FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO DE RETRACTO

5.1 Momento del ejercicio del retracto

5.1.1 LA CUESTIÓN EN EL RÉGIMEN DEL CC

Para unos⁴⁹ el retracto actúa ya cuando el propietario del bien ha vendido la cosa a un tercero, aunque no haya tenido lugar la tradición⁵⁰. Para otros⁵¹, el retracto sólo actúa cuando la venta se

⁴⁹ SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, p. 441): *El momento que separa al tanteo del retracto es la perfección del contrato adquisitivo... El tanteo supone un acuerdo de voluntades en potencia... En cambio, el retracto requiere perfección contractual... a la que puede haber seguido tradición.* Obsérvese que dice a la que puede haber seguido tradición, es decir, también puede no haber seguido. DIEZ SOTO (*Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*, Madrid, 2000): *Celebrado el contrato de finalidad transmisiva, por tanto, queda abierta la puerta al ejercicio del retracto* (p. 72). *El tanteo... responde al designio de hacer posible que el impulso transmisivo encarnado en la decisión del propietario actual del bien de enajenarlo en determinadas condiciones tenga por destinatario, en primer término, al titular de la preferencia adquisitiva, de tal manera que, si éste, tras recibir la correspondiente oferta-notificación, opta por aceptarla, se habrá obtenido la posibilidad perseguida por el legislador... mientras que, en caso contrario, el propietario quedará en libertad para enajenar a un tercero en las mismas condiciones que... fueron ofrecidas a aquél* (p. 205). FELIU (*El tanteo voluntario...*, p. 19): *Este último (tanteo) opera antes de la enajenación proyectada, mientras el retracto faculta para adquirir la cosa después de enajenada de manos del tercer adquirente (independientemente de la discusión doctrinal sobre el mecanismo resolutorio o subrogatorio), es decir, una vez celebrado el contrato traslativo, haya mediado o no traditio.* LETE DEL RIO (*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. O'CALLAGHAN, Madrid, 1995, p.319): *El supuesto que da lugar al posible ejercicio del derecho de tanteo es el proyecto de venta de la vivienda o, como dice el precepto legal, «la decisión (del arrendador) de vender la finca arrendada».* *Por consiguiente, deberá existir una oferta, precontrato u opción de compra... entre el arrendador y un tercero, o un convenio condicionado a la potestad del inquilino de anteponerse a su perfección... (sentencia de 23 de enero de 1957), o simplemente el mero proyecto (propósito o intención) o decisión de vender, aunque de momento no exista posible comprador (así lo revela el dato de que entre las menciones de la notificación no se incluya la del nombre, domicilio y circunstancias del comprador), pero no un contrato perfecto y definitivo, pues en tal caso procedería el derecho de retracto y no el de tanteo.*

⁵⁰ Lógicamente también actuará después de haber tenido lugar la tradición.

⁵¹ ALBALADEJO (*Derecho Civil...*, p. 805): *En el tercero (retracto) el derecho de adquisición funciona después del contrato de compraventa y después también de la transmisión –mediante su entrega– de la cosa al comprador...;* DÍEZ PICAZO-GULLÓN (*Sistema...*, p. 512): *Mientras que el tanteo opera antes de la enajenación proyectada, el retracto faculta para adquirir la cosa después de enajenada, y de manos del adquirente.* Aunque, al hablar de enajenación proyectada, podría pensarse que se refieren al contrato de enajenación como dicen que el retracto faculta a adquirir la cosa de manos del adquirente es que presuponen que ya ha habido tradición. GARCÍA CANTERO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1980, p. 492): *En el retracto se da una preferencia condicionada a la venta y transmisión efectiva de la cosa a un tercero...;* ARECHEDERRA (*Los derechos de tanteo y retracto...*, p. 129): *la perfección del negocio jurídico sustentador de la enajenación no impide el ejercicio del tanteo* (por tanto si ante un negocio perfeccionado se ejercita el tanteo, el retracto se ejercerá ante un negocio no sólo perfeccionado, sino consumado por la tradición). *Por el momento en el cual opera el tanteo –en contraste con el retracto que se enfrenta a un tercero ya adquirente...;* COCA (*Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, pp. 37 y 38) en un epígrafe que titula «*La perfecta delimitación entre el tanteo y el retracto, en el Proyecto de Código civil de 1836*», al comentar su art. 1153 (*También podrá usar el trayente del derecho de tanteo al tiempo de celebrarse la venta con otro...*), dice:

ha consumado mediante la tradición. Antes de la tradición, una vez perfeccionado el contrato, se ejerce el tanteo. Actualmente parece que la última opinión es la mayoritaria.

Como expone DÍEZ SOTO, de la regulación del retracto en el CC no se puede extraer un argumento legal en favor de la tesis mayoritaria⁵² (tampoco en favor de la otra, en mi opinión). Pero el mismo autor⁵³ pone de relieve que el legislador, al regular el derecho de tanteo y retracto en la enfiteusis y en las leyes especiales, dice que el propietario ha de notificar al tanteante la decisión de vender, o su propósito de enajenar, o que trata de enajenar⁵⁴, no la venta ya celebrada (parece forzado entender el propósito de enajenar o tratar de enajenar como propósito o tratar de realizar la tradi-

Lo importante del artículo... es que fija el momento de actuación del tanteo en la «celebración» de la compraventa, es decir antes de la transmisión de la titularidad dominical... A contrario, el retracto... actuará... una vez producida la transmisión...; COCA y MUNAR (Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. LASARTE, Madrid, 1996, p. 674): el tanteo preadquisitivo debe actuarse tras la celebración del contrato y antes de la consumación producida con la entrega de la cosa... En el tanteo postadquisitivo, actúa tras la adquisición, es decir, una vez consumado el contrato. GONZALEZ PACANOWSKA (Retrato de origen voluntario en Homenaje al profesor Juan ROCA JUAN, Murcia, 1989 p. 324): En efecto, según la opinión más extendida, el tanteo procede antes de la consumación de una venta proyectada o ya perfecta... mientras... que el retracto sólo puede tener lugar una vez consumada la venta; RODRÍGUEZ MORATA (Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, Elcano (Navarra, 2001): el derecho de retracto arrendaticio se desenvuelve como un verdadero tanteo postadquisitivo... y como quiera que sin consumación contractual no se opera la adquisición de derecho alguno, aquél debe ser el momento decisivo para el nacimiento o puesta en ejercicio del retracto arrendaticio.

⁵² Expone que un argumento a favor de la tesis mayoritaria es que conforme al art. 1521 el retracto es el derecho a subrogarse en lugar del que adquiere y para ser adquirente ha de haberse producido la tradición. Pero este argumento no es decisivo porque: a) hay otros preceptos (art. 1523, art. 1067) que conceden el retracto cuando se vende; b) el que adquiere podría interpretarse en el sentido de haber celebrado un contrato con finalidad transmisiva; c) el art. 1521 es trasunto del art. 1450 del Proyecto isabelino que aceptaba el sistema francés de transmisión de la propiedad por el mero contrato por lo que en él se identificaban comprador y adquirente y pudiera ser que el legislador del CC, aunque tuviera en mente que el retracto se pudiera ejercitar ya con la celebración de la venta, hubiera conservado la expresión *del que adquiere* para emplear un término comprensivo de la venta y dación en pago (*Ejercicios y efectos...*, pp. 22 y 23).

⁵³ *Ejercicios y efectos...*, pp. 44 y 45.

⁵⁴ Art. 25.2 LAU 1994: *el arrendatario podrá ejercer un derecho de tanteo... a contar desde el día siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión.* Art. 22.2 LAR 2003: *el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato.* Art. 47.1 LAU 1964: *En los casos de ventas por pisos... podrá el inquilino... utilizar el derecho de tanteo... en el plazo de... a contar del siguiente al en que se le notifique... la decisión de vender o ceder solutoriamente...* Art. 35 LAU 1964: *se reconoce al arrendador de local de negocio el derecho de tanteo, que podrá utilizar dentro de los treinta días, a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar...* Art. 87 LAR 1980: *El transmitente notificará... al arrendatario su propósito de enajenar...*

El 1637, párr. 1.º, CC establece que *el que trate de enajenar el dominio de una finca enfiteútica deberá avisarlo al otro condueño*, no dice el que haya enajenado ya el dominio. Y el párr. 2.º dice que si el otro condueño no hace uso del derecho de tanteo podrá llevarse a efecto la enajenación, es decir, todavía no se había producido el negocio de enajenación.

ción), por lo que el tanteo tiene lugar antes de la celebración del contrato y, por tanto, el retracto tendrá lugar después, aunque no se haya producido la tradición⁵⁵. También aduce en favor de la tesis minoritaria el art. 25.3 LAU 1994 según el cual el plazo de ejercicio de retracto comienza el día «siguiente a la notificación... de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o *documento en que fuere formalizada*»: *se deduce la posibilidad de que se ponga en marcha el plazo de caducidad del retracto acompañando... un documento carente de valor traditorio... lo que... supone excluir... la tradición... como presupuesto de ejercicio del retracto*⁵⁶.

Más allá de los argumentos legales, para los casos en que el retracto no va precedido de un tanteo previo, se puede aducir a favor de la tesis minoritaria que no tiene sentido que el retrayente se haya de esperar a la consumación del contrato mediante la tradición para poder ejercitar su preferencia, pues desde el momento de la venta su derecho ya ha sido lesionado⁵⁷.

La jurisprudencia reciente del TS considera que el retracto no se pone en acto hasta que se realice la tradición, pues afirma que la acción de retracto no nace hasta que se consume la venta⁵⁸, aunque hay excepciones⁵⁹. También afirma el TS, desde antiguo, que el

⁵⁵ Advierto que la conclusión es mía, pues Díez Soto no la establece expresamente. Parece que no puede sostenerse que si no se ha producido la notificación y el propietario ha vendido, pero no se ha efectuado la tradición, el titular del derecho de adquisición lo que deberá ejercer es el tanteo y no el retracto, pues en caso de falta de notificación la ley dice que procede el retracto.

⁵⁶ *Ejercicios y efectos...*, p. 46.

⁵⁷ Ya lo puso de relieve CLEMENTE DE DIEGO (*Del derecho de retracto: ¿desde cuándo ha de empezar a contarse el plazo de nueve días que para su ejercicio conceden las leyes?Cuál sea el verdadero momento inicial del dicho plazo*, RDP 1919, pp. 340 y 343).

⁵⁸ STS 20 febrero 1978 (Aranzadi 586): *el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se transmite la propiedad de la finca, haya sido consumado, y así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala –sentencias, entre otras de 2 junio 1950, A. 1160, 5 febrero 1952, A. 477, y 1 abril 1962, al decir que la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica... STS 17 junio 1997 (Aranzadi 5413): ... el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada... STS 14 noviembre 2002 (Aranzadi 9919): De esta doctrina jurisprudencial se pone de manifiesto que el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisivo de dominio, no de su perfección.*

⁵⁹ STS 31 octubre 1988 (Aranzadi 7780): *... una doctrina, ahora bien discutible, que exige la consumación de la venta... criterio restrictivo que no sólo pugna con la amplitud con que... la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos establece las modalidades de acceso a la propiedad de los arrendatarios... –derechos de tanteo, retracto y de adquisición preferente–... sino que, definido el retracto legal por el artículo 1521 del Código Civil como el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago es oportuno plantear si, legalmente la subrogación tiene lugar en la mera posición contractual del tercero, tema que...merece ser traído también aquí para concluir... que el ejercicio del derecho de retracto rústico ha de admitirse en toda enajenación onerosa en que la subrogación sea posible, sin que su ejercicio pueda ser tachado de prematuro desde el momento, en que, en el negocio *inter vivos*, la sustitución del comprador por el retrayente pueda producirse...*

inicio del cómputo del plazo para ejercer la acción de retracto no corre desde la perfección de la venta, sino desde la consumación⁶⁰. De las sentencias examinadas que afirman que la acción de retracto no nace hasta que se consume la venta sólo en la STS 14 noviembre 2002 tal afirmación constituye la *ratio decidendi*, pues desestima la acción de retracto, en un caso en que ya se había perfeccionado la venta, por no haberse producido la tradición⁶¹. La afirmación

STS 14 octubre 1993 (Aranzadi 7518): *El derecho a retraer nace en el momento de celebrarse el contrato de venta o dación en pago.*

⁶⁰ STS 10 octubre 1901 (JC, t. 92, núm. 73, p. 251), refiriéndose al retracto de colindantes: *no apareciendo consumada la venta hasta el otorgamiento de la escritura, desde la fecha de ésta hay que empezar a contar el término legal concedido al retrayente.* STS 19 junio 1920 (JC, núm. 104, p. 642), refiriéndose al retracto de comuneros: *ha de partirse no del momento... de la perfección de una venta... sino que ha de atenderse al de la consumación del contrato de compraventa, cuando da origen a la acción de retracto...* STS 20 mayo 1943 (Aranzadi 572), en un caso de retracto de colindantes: *la más extendida y reciente doctrina legal remite el punto de partida para el cómputo de los nueve días al conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta por tradición real o ficta de la cosa vendida... porque la consumación lesiona en forma más viva y eficaz que la perfección el derecho de preferencia del retrayente... el agravio efectivo y firme no se produce mientras el comprador es sólo titular de un derecho personal, aunque con vocación al dominio de la finca, sino que la lesión definitiva se causa al adquirir el comprador la cualidad de dueño por la concurrencia en su favor del título y del modo...* La STS 27 noviembre 1947 (Aranzadi 622) presupone que el cómputo del plazo no empieza hasta la consumación y en el caso se discutía cuándo se había producido ésta. STS 24 junio 1949 (Aranzadi 736): *desconoce... el recurrente que el contrato queda consumado únicamente por el cumplimiento de todas las obligaciones... que en la compraventa... es... también la entrega de la cosa, y ésta no tiene lugar... en los casos en que como el presente no hay una entrega especial de posesión, más que por la tradición ficta que se efectúa... con el otorgamiento de la escritura... y por consiguiente desde ese momento es desde el que debe contarse el plazo para ejercer la acción de retracto...* STS 6 junio 1988 (Aranzadi 4820): *Que el conocimiento sea cabal y completo, referido a todos los pactos y condiciones de la venta, en el momento de su consumación, no en el de su perfección...* STS 14 noviembre 2002 (Aranzadi 9919), en un caso de retracto arrendaticio rústico: *ahora bien, este conocimiento ha de referirse a una compraventa ya consumada en que la transmisión del dominio ha sido realizado mediante la tradición no siendo suficiente la simple perfección del contrato... De esta doctrina jurisprudencial se pone de manifiesto que el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección...*

⁶¹ Se trataba de un retracto arrendaticio rústico. El propietario había constituido una opción de compra con un tercero que éste ejerció a través de notificación notarial el 1 de julio de 1980. Ante la oposición del concedente el optante tuvo que interponer demanda y por STSJC 24 julio 1995 se declaró válido el contrato de opción, perfeccionada la venta y se condenaba al demandado a otorgar escritura pública. El 7 octubre 1995 el arrendatario interpuso demanda de retracto. El TS, repitiendo su doctrina de que el efecto del ejercicio de la opción es la perfección del contrato, considera que en ese momento se había perfeccionado el contrato de venta entre el propietario y el tercero. Pero, continúa el TS, como no se había transmitido al optante el dominio de las fincas mediante el otorgamiento de escritura pública (ni por otra clase de tradición, se supone), situación que persistía el día en que se formalizó la demanda de retracto, se está ante un supuesto de ejercicio de una acción todavía no nacida. El Juzgado había estimado la demanda y la Audiencia había desestimado el recurso de apelación. El TS casa la sentencia de la Audiencia y desestima la acción. No se cuestiona si la acción había sido ejercida en plazo. Entonces, ¿tenía que haber interpuesto el arrendatario la acción de tanteo en lugar de la de retracto? El problema es que el art. 88 LAR 1980 sólo prevé el ejercicio de tanteo ante la notificación del arrendador y en defecto de notificación se concede el retracto dentro del plazo de sesenta días a partir de la fecha en que el arrendatario conociera la transmisión. Si ante la falta de notificación del

de las sentencias recientes de que para ejercer el retracto basta la perfección del negocio constituye un *obiter dicta*⁶². En las sentencias que afirman que el cómputo del plazo de la acción no corre sino desde la consumación, la afirmación de que el retracto no se puede ejercer hasta la consumación del contrato sí constituye la *ratio decidendi*, pues no cabe imaginar que se pueda ejercer una acción antes de empezar a correr el plazo de ejercicio⁶³. Sin embargo, jurisprudencia más antigua afirma que el retracto se puede ejercer a partir de la celebración del contrato de enajenación⁶⁴, constituyendo tal afirmación la *ratio decidendi*, «o casi», sólo en una de las sentencias examinadas⁶⁵, no en las otras, en que ya se había producido la tradición. Curiosamente esta última jurisprudencia coincide en el tiempo con la otra, contradictoria, que afirma que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de retracto no corre sino desde la consumación. También curiosamente la jurisprudencia vigente que exige la consumación para el ejercicio del retracto coexiste con la jurisprudencia asimismo vigente, y contradictoria

contrato ya celebrado no se puede ejercer el retracto porque todavía no ha habido tradición y tampoco se puede ejercer el tanteo porque no ha habido notificación, el arrendatario, como titular de un derecho de adquisición preferente, queda desprotegido.

⁶² En el caso considerado por la de 31 octubre 1988 se había celebrado la venta pero no había sido seguida de la tradición. Pero no discutía si procedía el retracto (arrendaticio rústico) por no haber tradición, pues había conformidad de los interesados en que la falta de tradición no obstaculizaba el retracto, sino, como se había pactado un aplazamiento en el pago del precio, se discutía si la cantidad consignada por el retrayente era la correcta. La Audiencia, sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, desestima la acción con base en la doctrina jurisprudencia que exige para el ejercicio del retracto la consumación de la venta. El TS entiende que ha de entrar en el fondo de la cuestión planteada y para ello se justifica argumentando como hemos visto antes. Finalmente desestima la acción de retracto, pues considera que la cantidad consignada por el retrayente no es la correcta. En el caso considerado por la de 14 octubre 1993 la propietaria, que sólo había comprado en documento privado, arrienda un local de negocio. Después de celebrado el arrendamiento, la propietaria y su vendedor elevan a escritura pública la compraventa en documento privado. La arrendataria ejerce el retracto y el TS lo desestima pues la enajenación fue anterior al arrendamiento.

⁶³ Es difícil mantener que esta jurisprudencia no rechaza que la acción de retracto pueda ejercerse antes de la consumación del contrato, sino que, dado el breve plazo de ejercicio del retracto del 1524 del CC, nueve días, lo único que pretende es alargar el plazo, a partir de la perfección de la venta, durante el que el retrayente puede ejercer su derecho.

⁶⁴ STS 12 octubre 1912 (JC, t. 125, núm. 20, p. 79), referente a un retracto de comuneros: *el derecho a retraer nace en el momento mismo de celebrarse el contrato de venta o de dación en pago...* STS 26 febrero 1916 (JC t. 135, núm. 118, p. 593): *el derecho de retracto nace desde el momento en que se realiza la venta.* STS 27 octubre 1933 (Aranzadi 416): *naciendo el derecho de retraer en el momento mismo de celebrarse el contrato...* STS 12 junio 1951 (Aranzadi 1652): *Que, como ha declarado reiteradamente esta Sala (sentencias de 13 de abril de 1896, 12 de octubre de 1912, 26 de febrero de 1916, entre otras), el derecho de retracto nace en el momento de celebrarse el contrato de compraventa...* STS 2 abril 1956 (Aranzadi 1923): *habiendo nacido el derecho de los demandantes al retracto tan pronto como se perfeccionó ese contrato...*

⁶⁵ En la STS 27 octubre 1933 el propietario vende en documento privado a un tercero y el retrayente interpone la correspondiente acción. El TS afirma que como hubo venta perfecta procede el retracto sin necesidad de investigar si hubo o no consumación o tradición. Digo en el texto que *casi* es la *ratio decidendi* porque no consta que no se hubiese producido la tradición.

de la anterior, que admite el tanteo cuando el propietario del bien notifica al tanteante su propósito o intención de enajenar⁶⁶, no el contrato de enajenación ya celebrado (hay algunas excepciones⁶⁷), de lo que deriva que el tanteo se ejerce ante un contrato de enajenación proyectado, no celebrado, lo que implica que el retracto se ejercerá cuando el propietario haya celebrado el contrato de enajenación con un tercero, aunque no se haya consumado⁶⁸, lesionando así el derecho del tanteante⁶⁹.

Partiendo de que el retracto sólo se puede ejercer ante una venta seguida de tradición, si existe tanteo previo al retracto, aunque no

⁶⁶ STS 20 mayo 2008 (Aranzadi 3157): *La cuestión es... si el derecho de tanteo se mantiene o si desaparece cuando la anunciada compraventa no se llega a perfeccionar; en otras palabras, si la notificación al tanteante es una oferta vinculante... o bien es sólo la notificación de la prevista compraventa que, si no se celebra, no nace el derecho de tanteo.* Lo subrayado deja bien claro que lo que pone en acto el derecho de tanteo no es una compraventa ya celebrada, sino una compraventa que el propietario pretende celebrar con un tercero. STS 30 mayo 2000 (Aranzadi 3585), para el derecho de tanteo del arrendador de local de negocio: *el arrendador del local de negocio puede utilizar el derecho de tanteo dentro de los treinta días a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar*, no el convenio de traspaso ya celebrado. La STS 19 noviembre 1991 (Aranzadi 9408) refiriéndose al tanteo arrendaticio, lo presenta *como una oferta legal de venta, que no aflora por la decisión del propietario, sino sólo cuando pretende enajenar (no cuando ya ha enajenado) el bien dado en arriendo...*; y más adelante dice que el tanteo no puede quedar sin efecto *en el caso de que abdicaran de la compra los designados como posibles adquirentes*, es decir entiende que al notificar el tanteo sólo hay posibles adquirentes, lo cual indica que aún no se ha celebrado el contrato de adquisición. Esta doctrina es recogida por la SAP Madrid 13 noviembre 2007 (BDA JUR 2008/39723).

⁶⁷ La STS 23 enero 1957 (Aranzadi 364), para el tanteo arrendaticio urbano, afirma que *constituye premisa inexcusable para su formación... la existencia del negocio en que se le da trato de preferencia... el derecho no nace del propósito de vender, porque en este caso es mera oferta obligacional, sino de la existencia de un convenio condicionado a la potestad del inquilino a anteponerse en su perfección, esto es que el negocio no está ultimado, sino sujeto a condición...* Tal afirmación tendría mayor valor, quizás, si el supuesto de hecho fuera el de una venta meramente proyectada, pero con un tercero determinado y no sin existir este tercero, que esto último lo que sucede en el caso de la sentencia.. Aunque de todas formas la afirmación es clara y exige la existencia del negocio y no se limita a exigir, como otras sentencias que se precisa la existencia del tercero que ofrezca un precio determinado. En la STS 22 septiembre 1993 (Aranzadi 6664), tal como transcribe el TS la notificación del propietario al tanteante (*que tiene concertada con la Sociedad... la venta de la referida propiedad* –FD 1.º, al principio) pudiera deducirse que le notifica la venta ya celebrada con la sociedad, pero más adelante (FD 7.º, al final), el TS dice que lo que se notificó fue la intención de vender la finca. En la jurisprudencia de las Audiencias, la SAP Teruel 29 septiembre 1993 (AC 1618), sobre tanteo a favor del arrendador por traspaso del local de negocio, en que el arrendatario había formalizado con un tercero un precontrato de traspaso plasmado en un documento del que se dio traslado al arrendador. En el caso de la SAP de Toledo 15 febrero 2007 (BDA JUR 239066), aunque la Audiencia dice que el arrendatario ejerce su derecho de tanteo cuando el propietario tiene concertado un precontrato de transmisión, no se había celebrado el precontrato, pues lo que notificó el arrendador fue su intención de vender, no la celebración de ningún precontrato.

⁶⁸ No tendría sentido que el retrayente tuviera que esperar a que se hubiera realizado la tradición, pues si el titular del derecho de tanteo y retracto puede ejercer su preferencia antes de celebrarse el contrato, con más razón podrá ejercerla después de celebrado, aunque no se haya producido la tradición.

⁶⁹ Lo lesionará cuando no le haya notificado su propósito de transmitir al tercero o haya transmitido antes de transcurrir el plazo durante el que el tanteante pueda ejercer su derecho o haya transmitido al tercero en condiciones diferentes a las notificadas.

se haya producido la tradición, el titular del derecho de adquisición, puede ejercer el tanteo. Pero si sólo hay retracto desligado de un derecho de tanteo previo, el titular del derecho de adquisición tendrá que esperar a la tradición para hacer valer su preferencia. El peligro que tiene el titular del derecho de adquisición es que el propietario de la cosa le notifique que ha celebrado un contrato de enajenación, todavía no seguido por la tradición, con un tercero, y entienda que procede el retracto y no el tanteo, sujetándose, por tanto, al plazo de ejercicio del retracto que puede ser superior al plazo de ejercicio del tanteo⁷⁰, y ejerza su preferencia cuando ya ha transcurrido el plazo de ejercicio de este último.

5.1.2 LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS VOLUNTARIOS DE ADQUISICIÓN DEL CCC

Parece que la solución adoptada por el legislador catalán para los derechos de adquisición voluntaria es que el retracto sólo se puede ejercer una vez realizada la tradición.

Las definiciones legales de retracto y de tanteo dan pie para mantener esta tesis. Según el 568-1.1.c), el retracto faculta a subrogarse en el lugar del adquirente una vez ha tenido lugar la transmisión. Parece que se refiere a la transmisión del derecho. Según el 568-1.1.b), el tanteo faculta a adquirir un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente, es decir, el propietario del bien ya ha pactado con otro adquirente, pacto que es el contrato de enajenación; según el 568-14.4 y 568-15.1 el propietario ha de notificar al tanteante el acuerdo transmisivo, es decir el contrato de enajenación ya celebrado. De lo anterior deriva que el tanteo se ejerce cuando el contrato ya se ha celebrado, por lo que el retracto habrá de ejercerse después de la consumación del contrato mediante la tradición. Así lo entiende la doctrina⁷¹. Refuerza esto que la

⁷⁰ Sucede en los derechos de adquisición legales del CCC en que el plazo de ejercicio del tanteo es de un mes y el de retracto de tres meses (art.552-4, comuneros, art. 561-10, nudo propietario, art. 565-24, censatario) y puede suceder en los derechos de adquisición voluntario (si no se pacta el plazo de ejercicio el del tanteo es de dos meses -568-14.4- y el de retracto, tres -568-15.2).

⁷¹ DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho civil...*, pp. 400, al final, y 401): *Los derechos de tanteo y de retracto... se distinguen en función del momento en que operan: antes o después de haberse producido la adquisición, respectivamente. En el derecho de tanteo, el concedente, una vez ha llegado a un acuerdo transmisivo con un tercero, debe poner en conocimiento del tanteante los términos de dicho acuerdo, para darle la posibilidad de igualar las condiciones. Conforme establece el art. 568-1.b) CCCat, el tanteo «faculta a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente». En cambio, el retracto opera una vez se ha producido ya la transmisión a un tercero... ROCA I TRIAS (*Institucions...*, pp. 702, al final, y 703): *El tanteo requiere un contrato transmisivo perfeccionado... El retracto, según el artículo 568-1.1.c) faculta «a su titular a subrogarse en el lugar del adquirente con las misas**

anterior regulación catalana de los derechos de adquisición voluntaria (LSSDA⁷²) adoptaba esta solución: el retracto tenía lugar cuando se producía la tradición, lo cual derivaba, no de la definición de retracto (inexistente), sino del preámbulo de la ley⁷³ y de la regulación del tanteo según la cual el propietario del bien había de notificar el acuerdo transmisivo (arts. 33 y 34) lo cual sugería la notificación de un contrato ya celebrado que sería el que daría lugar al ejercicio del tanteo, por lo que el retracto se había ejercer ante un contrato celebrado después de la consumación y así lo entendió la doctrina⁷⁴.

Se podría entender que el legislador catalán, al decir que el retracto actúa una vez ha tenido lugar la transmisión, se ha querido referir al contrato de transmisión. En otros artículos con el término transmisión se refiere no a la transmisión del derecho, sino al contrato de transmisión: Para los derechos de adquisición voluntarios, el art. 568-15.1 CCC establece que *el derecho real de tanteo implica el de retracto si falta la notificación fehaciente de los elementos esenciales del acuerdo de transmisión o si la transmisión se ha hecho en condiciones diferentes de las que constaban en la notificación o antes de vencer el plazo para ejercer el tanteo*. En la frase *si la transmisión se ha hecho en condiciones diferentes de las que constaban en la notificación* está claro que la transmisión significa el contrato de enajenación y no la tradición, pues lo que hay que notificar son las condiciones del contrato de enajenación. El art. 568-13 dice que el derecho real de tanteo puede constituirse por tiempo indefinido

*condiciones convenidas en un negocio jurídico onerosos una vez ha tenido lugar la transmisión». En esta última frase se encuentra la diferencia esencial con el tanteo, y que el retracto concede, no una preferencia en la adquisición como el tanteo, sino una facultad para sustituir a uno de los contratantes una vez ha tenido lugar la transmisión. CUMELLA («Comentarios al art. 568-1» en *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 3, Barcelona, 2008, p. 1664) no es tan explícito: la diferencia esencial entre ambos derechos es que el retracto opera cuando ha tenido lugar la transmisión, mientras que en el tanteo existe un simple «acuerdo transmisivo» o «una transmisión proyectada».*

⁷² Ley 22/2001, de 31 diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente.

⁷³ *La Ley establece la regulación de dos derechos de adquisición diferentes opción y tanteo, mientras que el denominado derecho de retracto se configura como una manifestación del derecho de tanteo de naturaleza real, después que... ha tenido lugar el negocio transmisivo oneroso, consumado, con un tercero.*

⁷⁴ DIEZ SOTO (*Notas sobre la nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en la ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DIEZ-PICAZO*, t. II, Madrid 2003, pp. 1706 y 1707). BOSCH (*Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Madrid-Barcelona 2004, p. 61): *se puede apuntar de entrada que, conforme a los arts. 33 y 34 LSSDA, parece claro que el retracto opera cuando ha tenido lugar la transmisión, mientras que en el tanteo existe un simple «acuerdo transmisivo» o una «transmisión proyectada».*

para la primera transmisión y por un máximo de diez años si se ha pactado su ejercicio en segundas y posteriores transmisiones. Si hablamos de derecho de tanteo y partimos de que éste actúa ante una venta celebrada no consumada, transmisión quiere decir contrato transmisivo. Por eso Roca i Trias⁷⁵ advierte que se ha de interpretar conjuntamente el artículo 568-1.1, b) que lo define, con las disposiciones reguladoras del tanteo, es decir, los artículos 568-13 y 568-15.

Quizás, para no dejar ninguna duda acerca de que el retracto sólo actúa después de la tradición, hubiera podido el legislador sustituir la expresión *una vez ha tenido lugar la transmisión* por la de *una vez el tercero ha adquirido derecho*. Ciertamente que si empleamos correctamente el término transmisión mi sugerencia es inútil, pues la venta no seguida de tradición no es una transmisión, ya que no transmite el derecho. Sin embargo, hemos visto cómo el mismo legislador emplea el término transmisión en el sentido de negocio transmisivo.

5.1.3 LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS LEGALES DE ADQUISICIÓN DEL CCC

El CCC, al regular los distintos supuestos de derechos legales de tanteo seguido de retracto, exige que el titular del bien que pretende hacer la transmisión o se propongan transmitir comunique al titular del derecho de tanteo la decisión de enajenar, o su propósito de transmitir⁷⁶, no que se notifique el acuerdo transmisivo. Este cambio de formulación legal autoriza a pensar que los tanteos legales del CCC se pueden ejercer sin necesidad de que el propietario del bien haya celebrado el contrato con el tercero. Es suficiente con que exista una venta proyectada. Para el CCC parece que esta es la postura de Rivero en relación con el derecho de tanteo del nudo propietario⁷⁷ y de Mirambell y de Giner

⁷⁵ *Institucions...*, pp. 702, al final, y 703.

⁷⁶ Para el derecho de tanteo de comuneros: *los cotitulares que pretenden hacer la transmisión deben notificar a los demás cotitulares, fehacientemente, la decisión de enajenar y las circunstancias de la transmisión...* (art. 552-4.2). Para el tanteo del nudo propietario: *Los usufructuarios que se proponen transmitir su derecho... deben notificarlo fehacientemente a los nudos propietarios, indicando el nombre de los adquirentes, el precio convenido, en caso de transmisión onerosa, o el valor que se da al derecho, en caso de transmisión gratuita, y las demás circunstancias relevantes de la enajenación* (art. 561-10.1). Para el tanteo del censatario: *El tanteo puede ejercerse, por razón del derecho de fadiga, en el plazo de un mes contado desde la notificación fehaciente de la decisión de enajenar, de la identidad del adquirente, del precio y de las demás circunstancias de la transmisión* (art. 565-24).

⁷⁷ *Se requiere que el usufructuario haya ofrecido a un tercero esa enajenación y que la notifique al nudo propietario*. Dice haya ofrecido esa enajenación a un tercero, no que haya

en relación con el derecho de tanteo en el censo⁷⁸. Como ya hemos dicho parece forzado entender la pretensión o decisión de enajenar como pretensión o decisión de realizar la tradición después de haber celebrado el contrato. Y, si esto es así, el retracto se ejercerá después de celebrada la venta aunque no haya sido consumada.

No veo ninguna la razón para que el legislador establezca el momento de ejercicio del tanteo y retracto en una fase distinta según se trate de los legales o de los voluntarios.

5.1.4 LA IMPOSIBILIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO VOLUNTARIO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE ANTES DE QUE EL PROPIETARIO HAYA CELEBRADO EL CONTRATO CON EL TERCERO

Según el CCC el titular del tanteo no podrá ejercerlo hasta que el propietario del bien haya celebrado un contrato con el tercero. Sería más lógico que el propietario del bien, antes de celebrar el negocio con el tercero, se lo ofreciera al tanteante por si quiere adquirirlo y así al tercero no se le haría celebrar un contrato que puede devenir ineficaz para él. Al tercero lo que le perjudica no es el mero hecho de la celebración del contrato, pues la mera emisión de la declaración de voluntad contractual no requiere especial esfuerzo, sino el haber realizado unas negociaciones previas, con los consiguientes gastos de dinero y tiempo, para nada o para que se beneficie de los esfuerzos empleados en conseguir unas buenas condiciones el tanteante, si decide ejercer su derecho. Sería preferible que el tanteo se pudiera ejercer cuando el tanteante tuviera la intención de vender el bien, pero sin que se requiera la existencia de un tercero determinado dispuesto a comprar el bien en caso de que el tanteante no ejerciera su derecho, pues, de exigir su existencia, los inconvenientes persisten ya que con ese tercero se habrán tenido que realizar unas negociaciones⁷⁹. Es decir, el propietario

celebrado una enajenación con el tercero (*Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 2, Barcelona, 2008, «Comentario al art. 561-10», p. 1176).

⁷⁸ *La notificación debe referirse a la decisión de enajenar y, por tanto, no a la transmisión ya realizada, la cual, al no establecerse nada al respecto, podrá ser inscrita en el Registro de la propiedad sin necesidad de acreditar la notificación previa* (*Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 3, Barcelona, 2008, «Comentario al art. 565-24», p. 1521). Cuando hablan de transmisión realizada parecen referirse al contrato de enajenación y no a la tradición, pues lo que se inscribe en el Registro es el contrato de enajenación. Por lo tanto el tanteo actúa previamente a la celebración del contrato de enajenación, ante una venta proyectada.

⁷⁹ DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho civil de Cataluña...*, p. 402): *los posibles adquirentes del bien deberán empezar unas negociaciones y concluir unos acuerdos, con los consiguientes gastos de tiempo y dinero que ello implica, sabiendo que*

tendrá que ofrecer el bien al tanteante en unas determinadas condiciones y si este no quiere comprarlo, quedará libre para venderlo a un tercero, mas en esas condiciones, pues si lo vende en otras, el tanteante podrá ejercer el retracto. Del Pozo-Vaquero-Bosch señalan que el precio se habría de fijar de antemano o conforme a criterios objetivos. Con esto se evita que el propietario del bien lo ofreciera al tanteante a un precio notablemente superior al de mercado previendo que el tanteante no ejercerá su derecho, que con el paso del tiempo el bien subirá de valor y en el futuro podrá contar un comprador que no se verá afectado por el tanteo, pues el tanteante no ejerció su derecho.

En los derechos voluntarios de adquisición no se da el obstáculo que aparece en los derechos legales de adquisición (al menos, en algunos) para admitir esta construcción. En los casos de tanteos legales que derivan de una relación jurídica entre el propietario del bien objeto del tanteo y el tanteante, éste tiene interés en conocer el tercero que adquirirá el bien si él no lo adquiere para decidir si ejercita el tanteo o no, pues, de no adquirirlo, cambiará la persona con la que tiene la relación jurídica y puede ser que no le sea indiferente⁸⁰. Por eso la ley exige que el propietario del

existe un tercero con un poder de exclusión que podrá hacer inútiles tales gastos y esfuerzos; el tercero habrá estado luchando por conseguir unas buenas condiciones contractuales, de las que puede que no se beneficie él, sino el tanteante si decide ejercer el derecho de tanteo. Para evitar este inconveniente sugieren admitir una preferencia condicionada no a la existencia de un acuerdo con un tercero, sino a la intención de enajenar del propietario; podría ser el caso en que el concedente, una vez tomada la decisión de enajenar y antes de entrar en negociaciones con terceros, estuviese obligado a ofrecer la cosa al titular de la preferencia, a cambio de una contraprestación previamente estipulada, o fijada conforme a criterios objetivos. Díez SOTO (Notas..., p. 1707): El planteamiento legal prescinde... de atribuir un contenido propio al derecho de tanteo en la fase previa al momento en que el propietario actual del bien... contrata... con un tercero... lo que equivale a configurar como hipótesis... del ejercicio del tanteo aquella en la que el titular de éste sólo puede obtener la satisfacción... de su derecho en forma específica desplazando a un tercero, como mínimo, de los derechos inherentes a su condición de comprador. Tal solución no parece demasiado lógica, como tampoco lo es que venga a quedar fuera del funcionamiento natural de la preferencia adquisitiva aquel supuesto en que el propietario actual notifique al titular del tanteo su intención de enajenar en determinadas condiciones, con el fin de que éste decida si le interesa aceptarlas... quedando así en libertad el propietario para contratar con un tercero en las mismas condiciones...

⁸⁰ En el caso del tanteo a favor de comuneros, de nudo propietarios, de propietarios gravados con un derecho de aprovechamiento parcial esto es más evidente que en el caso de tanteo a favor de censatarios. En efecto, en los primeros las relaciones derivadas de las respectivas situaciones jurídicas son más estrechas que en el último, pues la relación jurídica que une al censatario con el censalista es como la de un deudor con su acreedor y al censatario le dará igual tener un acreedor que otro. Si el derecho de adquisición es a favor del censalista (exige pacto), como la transmisión de la finca supone el cambio de deudor de la pensión, el tanteante puede estar interesado en conocer la identidad del tercero. También era importante en el tanteo arrendaticio de la LAU 1964 (el art. 47.1 exige que se notifique al tanteante nombre, domicilio y circunstancias del comprador), pues, como explica Díez SOTO (*Ejercicios y efectos...*, p. 224), si el arrendatario no ejercía el tanteo podría encontrarse con que el nuevo propietario arrendador estuviera

bien notifique al tanteante el nombre de los adquirentes⁸¹. En cambio, en los derechos voluntarios de adquisición el tanteante está interesado en la adquisición del bien en si mismo considerado y le es indiferente la identidad de la persona que adquirirá el bien si él no ejerce su derecho.

Sólo veo un inconveniente en un derecho de tanteo tal como resulta de la configuración últimamente propuesta. Puede ser que su titular sólo esté dispuesto a adquirir el bien en el caso de que si no lo adquiere él lo vaya a adquirir otra persona y según esta configuración el tanteante no tiene la certeza de si el propietario encontrará o no comprador.

5.2 Efectos del retracto

Tradicionalmente hay dos posturas: una que entiende que el retraído ha de transmitir el bien al retrayente y, por tanto, ha de celebrar un contrato de venta con él; otra que entiende que no es necesario que se celebre otro nuevo contrato, pues el retrayente se subroga en el contrato celebrado entre propietario y comprador retraído. Últimamente ha aparecido en la doctrina catalana, como hemos visto al hablar de la opción, una nueva postura que, aunque entiende que el retrayente adquiere del tercero retraído, esta adquisición se produce automáticamente y no vía contrato más tradición. Examinaremos la primera y última postura bajo el epígrafe común el retrayente adquiere del retraído y la segunda, bajo el epígrafe el retrayente se subroga en el lugar del retraído.

en una situación que le permitiera la denegación de la prórroga forzosa y considera razonable que la LAU 1994 haya suprimido del contenido de la notificación al tanteante la identidad del tercer posible adquirente, pues en la nueva Ley ha desaparecido el régimen de prórroga forzosa de la anterior.

⁸¹ Para el tanteo del nudo propietario: *Los usufructuarios que se proponen transmitir su derecho... deben notificarlo fehacientemente a los nudos propietarios, indicando el nombre de los adquirentes, el precio convenido, en caso de transmisión onerosa, o el valor que se da al derecho, en caso de transmisión gratuita, y las demás circunstancias relevantes de la enajenación* (art. 561-10.1). Para el tanteo del censatario: *El tanteo puede ejercerse, por razón del derecho de fatiga, en el plazo de un mes contado desde la notificación fehaciente de la decisión de enajenar, de la identidad del adquirente, del precio y de las demás circunstancias de la transmisión* (art. 565-24). Para el derecho de tanteo de comuneros, el art. 552-4.2 CCC no exige expresamente que se notifique la identidad de los adquirentes (*los cotitulares que pretenden hacer la transmisión deben notificar a los demás cotitulares, fehacientemente, la decisión de enajenar y las circunstancias de la transmisión...*), pero podemos considerar implícita tal exigencia en la de notificar las circunstancias de la transmisión. Así lo entiende LARRONDO (*Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 1, Barcelona, 2008, p. 685).

5.2.1 EL RETRAYENTE ADQUIERE DEL RETRAÍDO

a) *Entre retrayente y retraído se celebra un contrato de venta*

Si el retracto actúa ante una venta consumada, la doctrina⁸², probablemente mayoritaria en la actualidad, y la jurisprudencia, también mayoritaria, entienden que el retracto faculta al retrayente a exigir al tercero que ha adquirido la propiedad del bien objeto de retracto que se la transmita a él. Así, la jurisprudencia, de forma casi unánime, en las sentencias en que admite el retracto, condena al tercero a otorgar escritura pública de venta a favor del retrayente, aunque hay que tener en cuenta que esto era lo pedido por el actor en la demanda⁸³. Sin embargo, encontramos algunas sentencias que de algún modo afirman que no hay un contrato de venta entre el retraído y el retrayente, sentencias que examinaremos al tratar de la tesis de la subrogación.

Una consecuencia de entender que el retrayente adquiere del retraído es que el primero ha de plantear las acciones derivadas del contrato de compraventa frente al segundo y no frente al propietario del bien, pero no he encontrado jurisprudencia del TS que se pronuncie sobre el tema, pues cuando podía haberse pronunciado (compraventa con precio aplazado en que el retrayente puede ejercer el retracto pagando sólo el precio pagado hasta el momento por el retraído y se plantea si el precio pendiente de pago lo puede exi-

⁸² ALBALADEJO (*Derecho Civil...*, p. 802): *El retracto faculta para adquirir una cosa después que fue transferida a otro... Por ejemplo, A vendió la finca a B, y se la entregó; pero C tiene derecho (de retracto) a que B se la transmita...*; Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, p. 512): *lo cierto es que el que retrae adquiere siempre del comprador; COCA (Tanteo y retracto..., p. 54): el retracto, al actuar sobre el comprador-propietario, le fuerza a una transmisión del bien imprevista, no proyectada, y además no deseada en ninguna dirección; BELLO JANEIRO [El retracto de comuneros y colindantes del Código civil, Elcano (Navarra), 2002, p. 164]: la admisión del retracto implica una suerte, si no de subrogación del actor, sí al menos de enajenación forzosa para el comprador como ha señalado la mejor doctrina.*

⁸³ Para el retracto arrendaticio urbano: SSTS 15 octubre 2008 (Aranzadi 6915), 2 noviembre 2006 (Aranzadi 8264), 6 julio 2006 (Aranzadi 4620), STS 18 mayo 2006 (Aranzadi 2366), 15 diciembre 2005 (Aranzadi 2006/61), 14 mayo 2004 (Aranzadi 2758), 22 septiembre 2003 (Aranzadi 6430), 12 julio 2000 (Aranzadi 6685), 8 abril 2000 (Aranzadi 2474), 20 febrero 1992 (Aranzadi 1418), 28 junio 1991 (Aranzadi 4640), 7 mayo 1985 (Aranzadi 2262).

Para el retracto arrendaticio rústico: SSTS 17 octubre 2007 (Aranzadi 7301), 27 julio 2006 (Aranzadi 6145), 28 junio 2003 (Aranzadi 4267), 13 octubre 2001 (Aranzadi 2002/3942), 14 noviembre 2000 (Aranzadi 8984), 2 diciembre 1999 (Aranzadi 8972), 31 julio 1996 (Aranzadi 6081), 13 marzo 1992 (Aranzadi 1837), 7 julio 1990 (Aranzadi 5781), 9 junio 1990 (Aranzadi 4749), 17 marzo 1989 (Aranzadi 2158), 29 abril 1986 (Aranzadi 2066).

Para el retracto de comuneros: SSTS 22 octubre 2007 (Aranzadi 8457), 25 mayo 2007 (Aranzadi 3127), 1 marzo 2005 (Aranzadi 4733), 17 mayo 2002 (Aranzadi 5341), 27 junio 2000 (Aranzadi 5740), 28 octubre 1999 (Aranzadi 7404), 8 junio 1995 (Aranzadi 4909), 24 enero 1986 (Aranzadi 117).

Para el retracto de colindantes: SSTS 29 mayo 2009 (BDA JUR 2009/288569), 6 junio 1988 (Aranzadi 4820).

gir el propietario originario del retrayente o retraído) no lo ha hecho ya que no era el problema discutido.

Otra consecuencia es que, como mantiene la jurisprudencia, la acción de retracto se ha de dirigir exclusivamente contra el tercero, pues en nada afecta a la venta realizada por el propietario del bien al tercero retraído⁸⁴. Obsérvese que al tercero le afecta la acción de retracto no sólo en cuanto se ve privado de la cosa, sino también en cuanto se ha de determinar el precio que se le ha de abonar y, en su caso, se ha de decidir sobre el abono de los gastos y mejoras a que se refiere el art. 1518 CC (según el CCC el retracto sólo exige el pago del precio, no el abono de gastos y mejoras, lo cual se decidirá por las reglas de liquidación de la posesión). Sólo se habrá de demandar también al propietario del bien en el supuesto en que éste y el tercero hayan simulado un negocio de enajenación que no permite el ejercicio de retracto encubriendo una venta y el retrayente pretenda que se declare la nulidad del negocio simulado y la validez de la venta, pues esta declaración sólo podrá hacerse frente a ambas partes del negocio⁸⁵. En las SSTs 26 mayo 1992⁸⁶, 24 enero 1986⁸⁷ y 5 marzo 1964⁸⁸ –que admiten el retracto ante ventas encubiertas por donación, escritura de accesión invertida y permuta, respectivamente– el retrayente había demandado no sólo al adquirente, sino al propietario transmitente. La STS 25 octubre 1969⁸⁹, aunque el supuesto de hecho no es el anterior⁹⁰, estima que como la acción se había dirigido contra todos los que figuraban como partes en el acto de disposición fingido, la relación jurídico-

⁸⁴ STS 30 enero 1989 (Aranzadi 158): *Esta acción real se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa, pero ni la ley ni la jurisprudencia exigen que sean traídos al proceso el vendedor o vendedores a quienes no ha de trascender la resolución judicial.* STS 17 junio 1997 (Aranzadi 5413): *el sujeto pasivo de dicho derecho es el que adquiere, sin que el vendedor... tenga ningún papel jurídico que desempeñar en las relaciones entre el retrayente y adquirente, ni contra él tenga que dirigirse la acción de retracto.* Sin embargo las anteriores sentencias difieren en cuanto al funcionamiento del retracto. Según la primera, si prospera el retracto, se colocarán los demandantes, comuneros y retrayentes, en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar nuevo contrato puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador. En cambio, según la segunda, hay una nueva transmisión (subrogación en la terminología del Código Civil) del adquirente en favor del retrayente.

⁸⁵ En este sentido Díez Soto (*Ejercicio y efectos...*, p. 128): *Igualmente, el interés del vendedor se verá directamente implicado en el caso de que, en el procedimiento, hayan de dilucidarse cuestiones relativas, por ejemplo, a la validez y eficacia del contrato transmisivo, su posible simulación (p. ej., cuando el retrayente alegue la existencia de una verdadera compraventa disimulada tras la donación realizada)...*

⁸⁶ Aranzadi 4382.

⁸⁷ Aranzadi 117.

⁸⁸ Aranzadi 1332.

⁸⁹ Aranzadi 4982.

⁹⁰ El retrayente (colindante) interpone la demanda contra el comprador. Este simula un convenio conciliatorio fingiendo una venta al arrendatario de la finca. El retrayente amplía la demanda al arrendatario pretendiendo la simulación de la transmisión.

procesal quedó constituida regularmente. En las SSTs 17 julio 1991⁹¹ y 22 enero 1991⁹² el supuesto también es algo diferente: el retraído alegaba que la venta encubría una donación y, por tanto, no procedía el retracto y en ambas se demanda sólo al comprador. En la primera de ellas el TS estima el retracto y argumenta que no puede declarar la nulidad de la escritura de venta afirmando que contiene una donación sin intervención de la que en el documento figura como vendedora, mientras que en la segunda desestima la acción afirmando que hay una donación remuneratoria, sin que suponga obstáculo para ello el que sólo se hubiera demandado al comprador. En cambio, no se ha de demandar también al propietario vendedor cuando lo que se discute es la simulación del precio, bien sea que el retraído alegue que el precio realmente pagado fue superior al escriturado, bien sea que el retrayente alegue que se escrituró un precio superior al real para dificultar el ejercicio del retracto. Pensamos que no se ha de demandar, pues no se discute sobre la simulación de una relación jurídica de la que es parte el vendedor, sino sobre la simulación de un elemento fáctico, el precio, en unos términos, la cuantía del mismo, que no afectan a la constitución de la relación jurídica (ésta existirá sea una u otra la cuantía del precio)⁹³.

Si partimos de la tesis jurisprudencial de que el retrayente adquiere del tercero que ha adquirido el bien objeto de retracto del propietario del mismo, parece acertada la opinión de Díez-Picazo y Gullón⁹⁴ según la cual más apropiado que pensar en la subrogación de la que habla ley sería hacerlo en que el retrayente tiene una facultad de opción para adquirir el bien en las mismas condiciones en que se transmitió al retraído. Del Pozo-Vaquero-Bosch⁹⁵ opinan lo mismo. En el caso de los retractos legales esta facultad de opción la concedería la ley. En el caso de los retractos voluntarios, el propietario del bien. En estos últimos la asimilación entre opción y retracto se da en cuanto a que en ambos existe la facultad de adquirir la propiedad de un bien, aunque su propietario no desee enaje-

⁹¹ Aranzadi 1992/1545.

⁹² Aranzadi 306.

⁹³ En las SSTs 15 octubre 1991 (Aranzadi 7451), 28 junio 1991 (Aranzadi 4640), 10 octubre 1988 (Aranzadi 7402), 20 septiembre 1988 (Aranzadi 6843), 12 junio 1984 (Aranzadi 3232) en que se discute cuál fue el precio real, si el escriturado u otro, se demanda sólo al comprador sin que el TS se plantee que se habría de haber demandado también al propietario vendedor. En el caso de la STS 12 junio 1984, el Juez de Primera Instancia desestimó la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto por falta de litis consorcio pasivo necesario, pero la Audiencia revocó la sentencia y estimó la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

⁹⁴ *Sistema de Derecho Civil III*, Madrid, 2005, p. 512.

⁹⁵ *A partir de la transmisión del bien al tercero, el derecho de retracto funciona igual que la opción de naturaleza real... el retrayente adquirirá la cosa del tercero (Derecho Civil..., p. 401).*

narlo, pero no en cuanto al negocio constitutivo de dicha facultad de opción. En la opción podemos hablar de un precontrato de venta entre concedente y optante y, para que no quede frustrada la facultad de opción por la venta del bien a un tercero, éste se subroga en el lugar del vendedor en el precontrato de venta. Pero en el retracto voluntario no podemos configurar el negocio constitutivo como un precontrato de venta que sólo se puede poner en vigor por el retrayente cuando el propietario del bien lo ha enajenado a un tercero, pues no tiene sentido decir que se vende una cosa sólo para el caso de que se haya enajenado a un tercero.

b) *El retrayente adquiere la propiedad del retraído de forma automática no vía contrato más tradición*

Del Pozo-Vaquero-Bosch entienden que, como en la opción, el retrayente adquiere la propiedad del retraído automáticamente, sin necesidad de contrato ni tradición⁹⁶, dada la asimilación del retracto a la opción. Al hablar de la opción ya expusimos que aunque el legislador catalán podía haberlo establecido así, no es claro que lo haya establecido. Si se parte de que el retrayente adquiere del retraído parece que entre retrayente y retraído habrá de celebrarse el correspondiente contrato de enajenación y, cuando se haya producido la tradición, el retrayente adquirirá la propiedad. En el caso del retracto no podemos hacer a la tesis de la adquisición automática de la propiedad la crítica de que hacíamos en el caso de la opción de ser una construcción formal, pues el negocio de constitución del retracto voluntario no puede calificarse como precontrato de venta. Obsérvese que como admiten que el retrayente adquiere del retraído deberá ejercer contra él y no contra el propietario del bien, las acciones de saneamiento.

5.2.2 EL RETRAYENTE NO CELEBRA UN NUEVO CONTRATO CON EL RETRAÍDO, SINO QUE SE SUBROGA EN LA POSICIÓN CONTRACTUAL DE ÉSTE EN RELACIÓN CON EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE COMPRADOR RETRAÍDO Y VENDEDOR

a) *La formulación legal*

Tanto el Código civil catalán como el español dicen que el retrayente se subroga en el lugar del adquirente. Según el primero (art. 568-1.c), el retracto faculta a su titular para subrogarse en el

⁹⁶ *Una vez ejercitados,....el retracto funcionará(n) como una opción de naturaleza... real (Derecho Civil..., p. 407).*

lugar del adquirente en las mismas condiciones convenidas en un negocio jurídico oneroso una vez haya tenido lugar la transmisión. Y según el segundo (art. 1521), refiriéndose al retracto legal de comuneros y colindantes, el retracto es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere la cosa por compra o dación en pago.

b) *Consecuencias de la subrogación*

Si entendemos que hay subrogación, las acciones derivadas del contrato de venta que asisten al comprador frente al vendedor, las ejercerá el retrayente frente al propietario originario que vendió al retraído (acción de saneamiento por vicios ocultos y evicción, de saneamiento por gravámenes ocultos, las derivadas de diferencias de cabida y calidad). Si la subrogación no opera con efectos retroactivos nos podemos plantear si las acciones de saneamiento por vicios ocultos o gravámenes ocultos o defectos de cabida no las podrá también interponer el retraído contra el vendedor, pues la subrogación no borra su cualidad de comprador. Un comprador que vende no por eso deja de ser comprador. Si adquirió por 100 un bien que valía 90, por tener un gravamen oculto, y tuvo que vender el bien por 95, a consecuencia del gravamen, parece que podrá interponer la acción de saneamiento por gravámenes ocultos contra su vendedor. Si lo vendió a 100, porque el gravamen continuaba inadvertido, nos podemos plantear si puede accionar contra su vendedor, pues no ha sufrido ningún perjuicio. Podemos responder afirmativamente, pues corre el riesgo de que su comprador le reclame. Pero si su comprador ya no le puede reclamar porque ha transcurrido el plazo de ejercicio de la acción, parece que la respuesta tendría que ser negativa, aunque el primer comprador todavía pudiera interponer la acción contra su vendedor por haber interrumpido el plazo de prescripción⁹⁷. Pero en el caso de retracto, si

⁹⁷ El art. 1483 CC, párr. 1º, ante los gravámenes ocultos, concede al comprador dos remedios alternativos: o la rescisión del contrato (si la carga es de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido) o una indemnización (aunque no se de el requisito anterior). El párrafo 2º establece que durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura (léase celebración del contrato), podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria o solicitar la indemnización. Y el párrafo 3º acaba de regular lo referente al plazo: transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre. Es decir, aunque haya transcurrido un año desde la celebración del contrato, el comprador podrá reclamar la indemnización siempre que nos encontremos dentro de un año a contar desde el día en que haya descubierto la carga. La STS 11 mayo 1966 (Aranzadi 2419) dice que el plazo es de caducidad. En el caso considerado por la sentencia se trataba del ejercicio de la acción rescisoria, pero, en mi opinión el plazo de ejercicio de la acción indemnizatoria es de prescripción. El que el plazo de la acción rescisoria sea de caducidad tiene sentido, pues si fuera de prescripción, mediante la interrupción de la pres-

el comprador retraído adquirió por 100 algo que valía 90, el retrayente le tendrá que abonar 100 no 90, por lo que no tendría sentido conceder al primer comprador la acción de saneamiento por gravámenes ocultos contra su vendedor.

El problema está en las acciones que asisten al vendedor contra el comprador, por ejemplo, la acción para pedir el pago del precio, si se pactó un aplazamiento. Pothier opinaba que el deudor frente al vendedor era el retraído y no el retrayente, pero como excepción al principio de la subrogación, pues no veía que se pudiera cambiar el deudor sin consentimiento del acreedor⁹⁸. En este sentido doctrina francesa más reciente precisa que el retrayente se subroga en los derechos del retraído, no en las obligaciones de éste frente al vendedor⁹⁹. Se podría pensar que la ley sí puede cambiar el deudor y que eso es lo que hace imponiendo la subrogación y que la concesión de un derecho de retracto implica de alguna manera imponer un deudor. Sin embargo, en cuanto a esto último, si para el ejercicio del retracto es necesario el pago o consignación del precio, no se puede decir que la ley imponga un deudor, pues el retrayente en ningún momento devendrá deudor de nadie. Mas cuando el retracto se ejerce ante una venta con precio aplazado, el TS admite el retracto consintiendo que el retrayente sólo tenga que pagar la parte efectivamente desembolsada por el comprador retraído hasta la fecha, pues el retrayente se subroga en las mismas condiciones que el comprador y si éste gozaba del beneficio del plazo, también ha de gozar de él el retrayente, pues de lo contrario no se subrogaría en las mismas condiciones, sino en otras más onerosas. Aun estimando que no hay subrogación en la obligación del comprador de pagar el precio pendiente, la ley impone un deudor al retraído, el retrayente. Por lo tanto también se podría argumentar que la ley puede imponer al vendedor que el retrayente sea su deudor en lugar del comprador. La jurisprudencia del TS que he examinado, que admite el retracto en caso de venta con precio aplazado, no entra en el problema de si el vendedor ha de exigir el precio aplazado al comprador retraído o al retrayente, pues el problema que se plantea es si el retrayente, para ejercer el retracto, ha de pagar todo el precio

cripción, el comprador estaría indefinidamente en condiciones de rescindir el contrato, lo cual es contrario a la seguridad jurídica. No pasa lo mismo con la acción indemnizatoria que entiendo es un plazo de prescripción. Por tanto el primer comprador ha podido interrumpir la prescripción.

⁹⁸ *Il y en a qui pense que le retrait subrogeant le retrayant au marché de l'acheteur, il doit être subrogé a ces obligations qui en résultent, et qu'en conséquence le vendeur peut être obligé à l'accepter pour débiteur... Le vendeur n peut être forcé à cela, par la règle générale que personne n'est tenu de changer de débiteur malgré lui (Œuvres, t. XV, Paris 1825, p. 190).*

⁹⁹ *Traité Pratique de Droit Civil Français de PLANIOL-RIPERT, t. IV, Successions avec le concours de MAURY-VIALLETON, Paris, 1956, p. 791.*

estipulado o sólo la parte efectivamente desembolsada por el comprador hasta la fecha, decidiéndose, como hemos visto, por esto último¹⁰⁰. Tan sólo la STS de 20 mayo 1991 dice que los vendedores han de ser reintegrados del resto que aún no habían cobrado, pero no precisa por quién. En la jurisprudencia de las Audiencias hay dos sentencias cuyas afirmaciones sobre el problema –hay que advertir que son de pasada– parecen contradictorias: la SAP Girona 20 septiembre 2004 a favor de que el comprador ha de pagar al vendedor el resto del precio y el retrayente reembolsárselo al primero¹⁰¹ y la SAP Zaragoza 25 abril 2006 a favor de que el retrayente ha de satisfacer al vendedor el precio pendiente¹⁰². En la doctrina encontramos opiniones favorables a que el retrayente sea el

¹⁰⁰ SSTS 20 mayo 1991 (Aranzadi 3773) para el retracto de comuneros, 31 octubre 1988 (Aranzadi 7780) para el retracto arrendaticio rústico, 20 marzo 1959 (Aranzadi 1518) para el retracto arrendaticio urbano y 11 diciembre 1944 (Aranzadi 1282) para el retracto de censo enfiteútico. En el supuesto de la STS 17 abril 1958 (Aranzadi 1484) no se plantea el problema, pues el retrayente consignó no sólo el precio pagado por el comprador en la fecha de ejercicio del retracto, sino también el pendiente de pago. En el supuesto de la STS 12 mayo 1945 (Aranzadi 576), en que también se había pactado el aplazamiento de parte del precio, se discute el momento en que el retrayente tuvo conocimiento de la venta y de sus condiciones a efectos de determinar si el retracto había sido ejercido dentro del plazo legal (la demanda de retracto fue desestimada en la instancia y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación). Parece que el TS presupone que cabe el retracto ante una venta con precio aplazado, pues de no admitirlo, aunque la acción de retracto ya se podía desestimar por la razón antedicha, a mayor abundamiento, habría alegado ésta.

Se puede considerar excepcional la STS 24 mayo 1966 (Aranzadi 2737) que en un supuesto en que el comprador había pagado una parte del precio y había aceptado una letra de cambio para pagar el resto y el retrayente consigna la cantidad pagada por el comprador y entrega al vendedor una letra cambio para satisfacer el resto, considera correcto desestimar la acción de retracto, como ya había sido desestimada en primera y segunda instancia. Por un lado, el TS parece exigir que el retrayente tenía que haber desembolsado todo el precio, incluso el pendiente de pago, pues afirma: *con la entrega de una letra de cambio por parte del retrayente para hacer efectivo el retracto, ni se paga ni se desembolsa el precio de la venta*. Por otro, emplea el argumento ya conocido expuesto por Pothier: *la admisión por los vendedores de una letra de cambio en garantía del precio aplazado se hizo en consideración a la persona del deudor, que no puede ser modificado sin consentimiento del acreedor...*

¹⁰¹ *Que se afirme que no es necesario consignar junto a la demanda la totalidad del precio no implica que, de abonar posteriormente el comprador la parte aplazada del mismo, no venga el retrayente obligado a reembolsarla* (BDA JUR 2004/287065). Propiamente la sentencia no dice que sea el comprador el obligado a pagar el precio pendiente, sino que si lo paga, el vendedor debe reembolsárselo. Pero presupone la obligación del comprador de pagar. Cuando se expresa en los términos de abonar posteriormente el comprador la parte aplazada no quiere decir que no esté obligado a hacerlo y pueda o no hacerlo, sino quiere decir de cumplir el comprador con su obligación de pagar la parte aplazada.

¹⁰² *Que constituye un presupuesto material o sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, sin el cual no puede consumarse la adquisición del derecho objeto del retracto por parte del retrayente... quien deberá pagar a la mercantil... las cantidades efectivamente abonadas por esta última a los vendedores como precio... en el momento en que se produzca la subrogación al hacer valer el derecho de retraer que le ha sido reconocido, satisfaciendo así mismo a los vendedores las cantidades pendientes de pago en tal momento...* (BDA JUR 2006/272626).

obligado frente al vendedor a pagar el precio pendiente¹⁰³; opiniones que, desde un punto de vista práctico, admiten que el retrayente se subroga en la deuda, pero prestando garantía¹⁰⁴; opiniones que, desde un punto de vista teórico, niegan la posibilidad del retracto en los supuestos de compraventa con precio aplazado¹⁰⁵.

Otra consecuencia de entender que hay subrogación afecta a la legitimación pasiva de la acción de retracto. El retracto, como hemos dicho al exponer la tesis anterior, indudablemente afecta al

¹⁰³ DÍEZ SOTO (*Ejercicio y efectos...*, pp. 193, al final, y 194): *La fórmula utilizada por el legislador no implica... que el ejercicio del retracto determine la subrogación del retrayente en la posición deudora del retraído, sino sólo la asunción por aquél de una posición sustancialmente equivalente a la de éste; fenómeno éste que, a nuestro juicio, sólo puede explicarse si se entiende que el ejercicio del retracto supone una verdadera novación de las obligaciones asumidas por el retraído que se verán sustituidas por las que haya de asumir el retrayente al ejercitar su derecho. En efecto, el ejercicio del retracto supone para el comprador retraído, correlativamente a la pérdida de sus derechos y acciones, la extinción de sus obligaciones, con sus garantías y accesorios, quedando excluido así de forma absoluta y definitiva de la relación contractual que le vinculaba con el vendedor. Por su parte, el retrayente... en la medida en que quedaran obligaciones pendientes de cumplimiento, deberá asumir, además, una posición deudora equivalente a la que hubiera correspondido al retraído...* DÍEZ SOTO no habla de subrogación, sino de novación, pero el resultado en cuanto al sujeto pasivo de la obligación es el mismo. BELLO JANEIRO (*El retracto de comuneros...*) también admite que el deudor del precio aplazado es el retrayente. Por un lado dice: *había de consignar el precio de venta que, en este caso, se circunscribiría exactamente a la misma cantidad desembolsada por el adquirente, en cuya posición se subrogaría* (p. 38). Y más adelante: *a pesar de la indudable admisión de tal posibilidad por nuestra jurisprudencia... manifestamos nuestra reserva a la misma, estribando la dificultad de su estimación en que supone una verdadera y clara novación respecto del vendedor en posible contravención de la disposición contenida en el artículo 1205 CC al ser posible que se verifique sin su consentimiento* (p. 197).

¹⁰⁴ BARBER CARCAMO (*El retracto gentilicio*, Madrid 1991, p. 138): *el retracto procede ante las ventas con precio aplazado, cuyo pago habrá de garantizarse al vendedor por distintos medios, atendiendo a las circunstancias del caso*. MANRESA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. VI, Madrid, 1895, p. 94): *si la venta se hubiere hecho a plazos, cumplirá el retrayente con consignar el plazo satisfecho, y dar fianza para responder de lo demás con iguales garantías que el vendedor hubiere pactado con el comprador*. Se plantea la duda de si MANRESA exige la prestación de garantía en todo caso o sólo cuando el comprador la hubiere prestado.

¹⁰⁵ FIGA FAURA (*El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, RDP 1948, pp. 880 y ss.). Como conclusión al comentario de la STS 11 diciembre 1944, que admite el retracto enfiteútico en un caso en que se vendió el dominio útil pactándose un aplazamiento en el pago del precio, garantizado con una hipoteca sobre la finca objeto de retracto, dice: *en ella no se da, aun caso muy concreto, más que una solución de esta naturaleza perfectamente justificable en el terreno práctico, ya que no en el teórico, por cuanto el riesgo a que somete al vendedor resulta, estadísticamente, despreciable* (p. 888). Intentando resumir su razonamiento, parece que FIGA FAURA, partiendo de que el retracto supone una subrogación, entiende que el retrayente no puede subrogarse en la obligación del comprador de pagar el precio pendiente porque *la transmisión pasiva de las obligaciones a título singular no es admitida... si no concurre el acreedor prestando su consentimiento. Sólo cabría esta solución... de sostener... una transmisión operada ex lege. Y a la vista de nuestro ordenamiento positivo esta solución no es viable* (p. 884). Más adelante añade: *Si la cuantía y naturaleza del patrimonio responsable es principalmente el motivo que impide la fungibilidad del deudor podría pensarse que siempre que exista caución suficiente debería ser admitida la sustitución del deudor; pero no es así: la hipoteca, prenda o la fianza son refuerzos que se ponen a disposición del acreedor; pero no pierden su cualidad de elementos accesorios ni su existencia impide que pueda cambiar totalmente, con el cambio de deudor, la situación del acreedor* (p. 885).

retraído, pues se le priva de la propiedad del bien, por lo que se le ha de demandar, pero esto es así, exista o no subrogación. Igualmente le afecta, haya o no subrogación, porque la sentencia habrá de determinar el precio que ha de pagar el retrayente al retraído y habrá de pronunciarse sobre el abono de gastos a que tiene derecho el retraído. Si hay subrogación, nos podemos plantear si también se le ha de demandar porque, como consecuencia de la subrogación, se le priva de la posición contractual de comprador. Si se le excluye y la subrogación opera con efectos retroactivos, no podrá ejercer contra el vendedor las acciones de saneamiento, pues se entiende que nunca ha sido comprador. En teoría, entonces, se le habrá de demandar. Pero en la práctica, no se ve en qué afecta al retraído que se le prive de poder exigir el saneamiento al propietario originario, pues él recibirá el precio que pagó por la cosa, aunque la cosa valiera menos por tener gravámenes ocultos. Si el retrayente, al ejercer su derecho, se subroga en el contrato celebrado entre el propietario del bien y el comprador retraído, como la subrogación afecta al propietario originario del bien objeto de retracto, pues pasa de tener un comprador a tener otro, nos podemos plantear si el retrayente debería dirigir la acción no sólo contra el retraído, sino contra el propietario originario del bien. Quizás se pueda argumentar que al propietario del bien le sea indiferente ser demandado por el retraído o por el retrayente y, entonces, el ejercicio del retracto no le afecta y, por tanto, no se le ha de demandar. Pero si admitimos que de las obligaciones del comprador retraído frente al propietario del bien deviene deudor el retrayente y en el caso concreto hay obligaciones pendientes, entonces, para mí, siguiendo a Díez Soto¹⁰⁶, es claro que se debería demandar conjuntamente al retraído y al propietario del bien. Las sentencias que hablan, sin más de subrogación, admiten que se demande sólo al retraído, aunque hay que tener en cuenta que en los supuestos de hecho considerados no se daba la circunstancias que hemos expuesto (que el retrayente devenga deudor del propietario del bien)¹⁰⁷. En la única sentencia

¹⁰⁶ *El interés del vendedor se puede ver directamente afectado en el caso de que las obligaciones asumidas en su día por el comprador estén todavía pendientes de cumplimiento, ya que... el ejercicio del retracto habrá de suponer para el vendedor un cambio en la persona de su deudor... lo cual, en nuestra opinión, sólo podrá hacerse con su consentimiento o, en su defecto, en virtud de una decisión judicial dictada con sujeción a las exigencias del principio de audiencia (Ejercicio y efectos..., pp. 127, al final, y 128).*

¹⁰⁷ La STS 30 enero 1989 (Aranzadi 1158) que, como obiter dicta, afirma que *si prospera el retracto se colocarán los demandantes en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar un nuevo contrato puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de persona del comprador*, dice también que *la acción se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa, pero ni la ley ni la jurisprudencia exigen que sean traídos al proceso el vendedor o vendedores a quienes no ha de trascender la resolución judicial*. En la STS 1 octubre 2007 (Aranzadi 5312), cuyo fallo no condena al retraído a otorgar escritura de compraventa a

que he encontrado que afirma, aunque *obiter dicta*, que el precio aplazado lo ha de pagar al vendedor el retrayente y no el retraído la demanda se dirige sólo contra el comprador sin que la Audiencia se plantease que se haya de demandar también al vendedor¹⁰⁸.

c) *Inconvenientes que plantea la subrogación*

Como hemos dicho, al haber subrogación, el retrayente, en caso de vicios ocultos o gravámenes ocultos, o defectos de cabida, habrá de interponer las acciones correspondientes frente al vendedor y no frente al comprador retraído. Las acciones anteriores tienen un plazo de ejercicio breve (6 meses, vicios ocultos –art. 1490 CC– y defectos de cabida –art. 1472 CC–, un año, gravámenes ocultos –art. 1483 CC) cuyo inicio es a partir de la entrega de la cosa –vicios ocultos y defectos de cabida– o de la celebración del contrato –gravámenes ocultos. Puede ser que el retrayente ejerza el retracto pasado este plazo, pues no conoció la venta que pone en acto el retracto hasta pasado dicho plazo. Si el comprador retraído no las interpuso en plazo, el retrayente, siendo coherentes, no podrá interponerlas, pues no tiene más derechos que el comprador retraído. El resultado no es equitativo para el retrayente. Para llegar a un resultado equitativo se habrá de introducir una excepción a la subrogación y considerar que esas acciones comienzan a contar desde que se entregó la cosa al retrayente (vicios ocultos y defectos de cabida) o desde que éste ejerció el derecho de retracto (gravámenes ocultos).

Si hay subrogación, el retrayente debería ejercitar la acción de entrega de la cosa frente a su vendedor, el propietario originario, pero éste ya no tendrá la cosa en su poder, al menos en la mayoría de los casos¹⁰⁹. Esta dificultad me parece salvable a través de dos vías: a) podemos considerar que una de las facultades que el retracto concede a su titular es la de exigir la entrega de la cosa al retraído; b) si la subrogación, también en la titularidad del bien, como veremos, se produce automáticamente por el ejercicio del retracto, el retrayente, como propietario, podrá interponer la acción reivindicatoria contra el retraído. Considero preferible la primera solu-

favor del retrayente, sino se limita a declarar el derecho de retracto de éste, subrogándose en el lugar de los compradores demandados, el retrayente había demandado exclusivamente a los compradores y el TS no se planteó la cuestión de si debía haber demandado también a los vendedores. En la STS 24 abril 1951 (Aranzadi 1614) en que se condena al retraído a otorgar escritura de subrogación tampoco se demanda a los vendedores.

¹⁰⁸ SAP Zaragoza 25 abril 2006 (BDA JUR 2006/272626).

¹⁰⁹ Puede haberse producido la tradición instrumental y continuar el vendedor en la posesión real de la cosa.

ción, pues con el mero ejercicio de la acción de retracto, sin necesidad de interponer una reivindicatoria, se resuelve el problema.

d) *Argumentos no legales en contra de la subrogación*

Díez-Picazo y Gullón¹¹⁰ y Coca¹¹¹ afirman que una vez que haya pasado el dominio al comprador, ya no hay posibilidad de subrogación. Coca¹¹² argumenta que la subrogación actúa sobre posiciones obligatorias y no sobre posiciones reales. Pero ¿por qué el retrayente no se puede subrogar en la posición contractual del comprador, aunque éste ya haya adquirido el bien mediante la tradición? Díez-Picazo y Gullón, al afirmar que una vez adquirido el dominio por el comprador ya no hay posibilidad de subrogación, son coherentes con la postura que mantienen, en relación con la cesión del contrato, de que no cabe ésta si las prestaciones ya se han ejecutado¹¹³. Albaladejo¹¹⁴ explica esta imposibilidad de cesión diciendo que en este caso no habrá ningún derecho que transmitir. El efecto de la cesión es el mismo que el de la subrogación, el cesionario y el que se subroga se colocan en la posición contractual del co-contratante cedente o del que se ve subrogado, respectivamente. Por tanto, quien niegue la posibilidad de ceder un contrato con prestaciones ya ejecutadas, es lógico que niegue la subrogación en un contrato en que la prestación del vendedor ya se ha consumado mediante la tradición.

e) *Argumentos no legales a favor de que es posible hablar de subrogación*

1) *Argumento jurídico*. Lacruz¹¹⁵ argumenta que en los contratos ya consumados es cierto que no podrá cederse el derecho a la prestación, pues ya no existe, pero no hay inconveniente en que el comprador que ya ha recibido la cosa comprada ceda la

¹¹⁰ No está exenta de dificultades una subrogación semejante, pues no parece casar bien con la reiterada exigencia jurisprudencial de que la venta ha de estar consumada para poder ejercer el retracto... Entendiendo por consumada que haya pasado al dominio del comprador, ya no hay posibilidad de subrogación (Sistema..., p. 512).

¹¹¹ Podría argumentarse así: la previsión de que el retrayente se subroga en la posición del comprador, muestra que la compraventa... no debe haberse consumado, pues es sabido que la subrogación actúa sobre posiciones obligatorias y no sobre posiciones reales. Este razonamiento es cierto, pero no lo es menos que el transcrito artículo (se refiere al 1172 del Proyecto de 1836)... nos manifiesta una utilización no técnica de la palabra subrogación (Tanteo y retracto... p. 39).

¹¹² Tanteo y retracto..., p. 39.

¹¹³ Sistema de Derecho Civil II, Madrid, 2005, p. 245.

¹¹⁴ Derecho Civil II, Madrid, 2004, p. 482.

¹¹⁵ Elementos de Derecho Civil II-2, Barcelona, 1987, p. 339.

cosa y su posición contractual, lo cual tendría importancia en el caso de evicción. Es decir, aunque el contrato esté consumado, tiene sentido traspasar la posición contractual, pues ésta entraña una serie de derechos y potestades. Por tanto, se puede hablar de subrogación en el retracto (otra cuestión es dilucidar si tal es la solución legal) aunque el retraído haya adquirido la propiedad de la cosa, con la consecuencia de que el retrayente se podrá dirigir contra el vendedor en ejercicio de las acciones derivadas del contrato de compraventa que éste celebró con el retraído¹¹⁶. Lacruz pone el ejemplo de la evicción, pero también hay otras, como la acción de saneamiento por vicios ocultos, por gravámenes ocultos, las derivadas de las diferencias de cabida..., que se pueden transmitir. Si la cosa está en poder del comprador retraído (aunque haya habido tradición, si ésta es *ficta*, puede que no lo esté) quien tiene obligación de entregar la cosa al retrayente es el retraído y no el propietario del bien, por lo que el retrayente no se puede subrogar en el crédito a la cosa del comprador retraído contra el vendedor propietario de la misma, puesto que este crédito ya se ha extinguido. Pero si la cosa permanece en poder del propietario del bien, sí que es posible la subrogación en este punto.

Por otro lado, como expone Díez Soto para los retractos legales¹¹⁷, nuestro CC prevé la subrogación, entendida como la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de un derecho que per-

¹¹⁶ La cesión del contrato exige el consentimiento no sólo del cedente y del cesionario, sino también el del contratante cedido, pues no se le puede cambiar el sujeto de la relación jurídica derivada de la celebración del contrato sin su consentimiento. En cambio, el retrayente se subrogaría, en virtud de su derecho de retracto, en la posición contractual del retraído sin los consentimientos de éste ni del propietario del bien objeto del retracto.

¹¹⁷ *Si bien es cierto que el término subrogación se utiliza habitualmente en nuestro Derecho a propósito de los derechos de crédito (arts. 1159, 1210.3º, 1209 y ss. y 1839), los propios preceptos del CC dan pie a entender que, en un sentido amplio y descriptivo, el concepto de subrogación hace referencia a la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de un determinado derecho que permanece inalterado, con independencia de cuál sea la naturaleza de ese derecho... un ejemplo de aplicación del concepto de subrogación al ámbito de los derechos reales lo encontramos precisamente en el art. 1212, cuando dispone que «la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas». ... En definitiva, la intención del legislador parece ser la de dejar claro que la adquisición del retrayente, fundada, ciertamente, en el ejercicio de un poder de actuación otorgado por la Ley, no se produce ex lege, sino ex contractu; y que su adquisición no se produce a título originario, sino derivativo, siendo causante el vendedor y su título de adquisición el contrato celebrado por éste con el comprador... de tal manera que llegado el caso, el retrayente deberá ejercitar frente al vendedor, y no frente al comprador, las acciones de saneamiento por evicción (arts. 1475 y ss.) o por gravámenes ocultos (art. 1483) (Ejercicio y efectos..., pp. 181-183).*

RODRÍGUEZ MORATA [*Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Elcano (Navarra), 2001] aunque afirma que *el retrayente adquiere del actual propietario de la cosa, es decir, del adquirente por compra, no del vendedor* (p. 55),

manece inalterado, no sólo en los derechos de crédito, sino también en los reales, en concreto en el art. 1212 cuando dispone que *la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.*

2) *Argumento histórico.* Se cita a Pothier como uno de los causantes de que en el retracto se hable de subrogación: Sancho Rebullida¹¹⁸, como argumento de autoridad frente a la opinión dominante de que el retrayente adquiere del retraído; Coca, advirtiendo que Pothier no utiliza el término subrogación en sentido propio. En efecto, para Pothier *«le droit de retrait est de prendre le marché d'un autre, et de se rendre acheteur en sa place»*¹¹⁹. Según esta definición, es claro que para Pothier el retrayente se subroga en la posición contractual del comprador retraído. Mas Coca¹²⁰ da los siguientes argumentos a favor de que Pothier no habla de una subrogación en sentido propio: 1) Pothier matiza la definición y habla *«d'être subrogué à l'achat qu'il a fait...»*, es decir, subrogarse en la compra, no en la posición contractual del comprador, subrogación en la compra que equivale a subrogarse en la titularidad de lo comprado, lo que en modo alguno es técnicamente una subrogación, sino una transmisión de una titularidad real¹²¹. 2) Entiende Pothier que el efecto del retracto es el de extinguir la adquisición que el comprador había llevado a cabo sobre la cosa, para *«la faire passer»* de este modo al retrayente; en efecto, si hay

más adelante precisa que *no hay más que una enajenación, que es aquella en la que el derecho de retraer nace. El vendedor no recompra ni el comprador revende. Más bien el retrayente sustituye al vendedor (¿comprador?) en todos sus derechos y obligaciones. Con todo, si con ello se quiere decir que, por haber sustituido el retrayente al comprador en todos sus derechos y obligaciones, resulta causahabiente del comprador ello es cierto. Pero si se ha querido decir que, ejercitado el retracto, el sujeto retraído (adquirente) se coloca en lugar del vendedor ello es falso porque tanto valdría como prescindir del contrato que ha dado nacimiento al derecho de retraer. Y, si por último, se ha querido decir que se efectúa un nuevo contrato de venta entre el adquirente (antiguo comprador) y el retrayente, tampoco se explica correctamente el mecanismo de actuación del derecho de retracto legal (p. 76).*

¹¹⁸ SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, p. 441): *Sin embargo, los precedentes históricos... confirman claramente el sentido del «derecho a subrogarse» del art. 1521 como sustitución de un comprador por otro, en un mismo negocio jurídico o, mejor, en la relación resultante del negocio inicial. Así lo estimaba Pothier y lo subraya, cien años más tarde... Benito Gutiérrez, para quien el retracto consiste en el derecho de ciertas personas para rescindir la venta, subrogarse en lugar del comprador y, con exclusión del mismo, adquirir la finca en el precio estipulado... adquiriendo su dominio con preferencia y por el precio de otro comprador.*

¹¹⁹ *Oeuvres de POTHIER*, t. XVII, París, 1825, p. 115.

¹²⁰ *Tanteo y retracto...*, pp. 42 y 43.

¹²¹ Es cuestionable que por el mero hecho de expresar en una frase que se subroga en la compra, en vez de en lugar del comprador, Pothier haya querido matizar su concepto.

subrogación la adquisición del comprador no se extingue¹²². 3) Sostiene Pothier que tras el retracto la relación entre vendedor y comprador se sigue manteniendo en la parte no cumplida. Así, si el comprador no hubiera abonado el precio o sólo hubiera abonado una parte, seguiría éste –y no el retrayente– obligado a hacerlo, porque, decía, al ser aquél ajeno al retracto resultaría que por una acto ajeno a su voluntad de acreedor, variaría su deudor. Mas silencio Coca los textos de Pothier en que éste extrae las consecuencias de que el retrayente se subroga en la posición del comprador. Pothier reputa que el retrayente ha comprado el bien del vendedor de donde se sigue que las acciones derivadas del contrato entre el propietario del bien objeto del retracto, vendedor, y el comprador, retraído, tienen lugar entre el vendedor y el retrayente. Así el retrayente puede ejercer contra el vendedor las acciones de evicción y las redhibitorias¹²³.

3) *Argumento práctico*. Es preferible que las acciones derivadas del contrato de compraventa frente al vendedor las interponga el retrayente a que las interponga el comprador retraído, pues así se evitan dobles reclamaciones del retrayente al retraído y de éste al propietario del bien. Si no se admite la subrogación y el retrayente sufre evicción, éste tendrá que accionar contra el retraído pidiendo el saneamiento por evicción y el comprador retraído, a su vez, contra el propietario del bien a quien lo compró¹²⁴. Lo mismo si se trata de ejercer la acción de saneamiento por gravámenes ocultos o las acciones derivadas de diferencias de cabida.

f) *La solución legal*

Dada la formulación, tanto del CCC como del CC, parece que, tanto en uno como en otro, la solución legal es la subrogación.

¹²² POTHIER aclara que la extinción de la adquisición es para el comprador: *A l'égard de l'acheteur, son acquisition par le retrait venant à se résoudre...* (Oeuvres, t. XVII, ..., p. 115).

¹²³ Refiriéndose al retracto feudal dice POTHIER: *le seigneur est censé avoir acheté le fief de celui qui l'a vendu. – D'où il suit, 1° qu'il est subrogué à l'acheteur à toutes les actions qui naissent de ce contrat, telles que son l'action de garantie, même les actions rescisoires et rédhibitoires, et qu'il peut les exercer contre le vendeur, comme l'acheteur auroit pu faire. – Vice versa. Le seigneur est sujet aux actions... rescisoires du vendeur* (Oeuvres, t. XV, París, 1825, p. 193). – *Le seigneur étant subrogué, par le retrait, à l'acheteur... a donc contre le vendeur l'action empti, telle en tous les cas que l'auroit eue l'acheteur, putà, encas d'eviction... Il aura même l'action rescisoire, dans le cas où l'acheteur auroit pu l'avoir; et où il y auroit lieu à la rescision du contrat, soit par le dol du vendeur, soit par une lésion énorme dans laquelle l'acheteur auroit été engagé par ignorance* (Oeuvres, t. XI, París, 1825, p. 422).

¹²⁴ No entramos en el problema de qué clase de acción habría de interponer el comprador retraído.

En relación con el CC, García Goyena al comentar el art. 1450 del proyecto de 1851, sustancialmente igual al actual 1521¹²⁵, deja claro que el retrayente se coloca en la posición contractual del retraído: *aquí el que retrae no tiene más títulos de propiedad que los derivados del mismo comprador, en cuyo lugar, derechos y obligaciones se subroga plenamente*. La doctrina que considera que la subrogación no es posible una vez que el comprador ha adquirido la propiedad salva el obstáculo de la clara dicción legal diciendo que el legislador no emplea el término subrogación en sentido propio. Ya lo hizo Clemente de Diego¹²⁶ y en la doctrina actual podemos citar a Coca¹²⁷.

En la jurisprudencia podemos encontrar algunas sentencias que parece acogen la tesis de la subrogación. Especial relevancia tienen las STS 1 octubre 2007¹²⁸, 13 marzo 1912¹²⁹ (esta última también es muy interesante por admitir el efecto subrogatorio en el lugar del primer comprador, después de haber éste enajenado el bien y volveremos a ella cuando estudiemos este supuesto), 24 abril 1951¹³⁰. En la primera, el demandante solicitaba que el retraído otorgase escritura de compraventa a su favor. La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia, pero estimada en casación, y el TS no condena al otorgamiento de la escritura pública, sino que su fallo se limita a declarar el derecho de retracto del demandante, subrogándose en el lugar de los compradores demandados¹³¹. En la segunda, el demandante solicitaba que se condenase a los demandados a que consintieran que el demandante se subrogase en el contrato celebrado con el propietario originario y otorgasen a su favor la correspondiente escritura de compraventa. La sentencia del juez de primera instancia

¹²⁵ Art. 1450 proyecto 1851: *El retracto legal es el derecho que tiene alguno por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato.*

¹²⁶ Señala este autor que, una vez producida la tradición, sólo cabría hablar de subrogación del retrayente en un sentido lato, tratándose de una nueva venta a favor del retrayente y en las mismas condiciones estipuladas en el contrato originario (*Del derecho de retracto: ¿desde cuándo ha de empezar a contarse el plazo de nueve días que para su ejercicio conceden las leyes? Cuál sea el verdadero momento inicial del dicho plazo*, RDP 1919, p. 388).

¹²⁷ *A la hora de establecer el mecanismo de actuación de ese derecho, en lugar de hacerse eco de la «subrogación fingida» para describirlo –como hacía el Proyecto de 1836– los autores del Proyecto transcriben, casi literalmente, las palabras de Pothier... A destacar que en esta ocasión, se habla de subrogarse en lugar del que «adquiere», no como en POTHIER de subrogarse en lugar del «comprador». Tal, es otra consecuencia de la identidad de ambas situaciones (comprador-adquirente) en el sistema transmisivo del Proyecto, pero la mismo tiempo, pone de manifiesto la falacia a que queda reducida la «subrogación», pues se acaba predicando ésta de una posición de titularidad real (Tanteo y retracto..., pp. 47, al final, y 48).*

¹²⁸ Aranzadi 5312.

¹²⁹ JC, t. 123, núm 97, pp. 790 y ss.

¹³⁰ Aranzadi 1614.

¹³¹ Pagándoles, lógicamente, el precio de la venta y demás gastos señalados en la ley.

condena a los demandados a otorgar la correspondiente escritura de subrogación, no de compraventa, sentencia revocada por la Audiencia, pero el TS casa la sentencia de la Audiencia. En la tercera, el juez de primera instancia condenó al retraído a otorgar escritura de subrogación, que era lo solicitado en la demanda. También hay otras sentencias que hablan de subrogación, aunque como *obiter dicta*¹³².

Es cierto que en el CC español no cuadra la tesis de la subrogación con el hecho de que el retracto legal de comuneros y colindantes se regule dentro del capítulo titulado de la resolución de la venta cuyo art. 1506 establece que la venta se resuelve por el retracto legal (lo mismo pasaba en el proyecto de 1851), pues si hay subrogación la venta permanece, cambiando sólo la persona del comprador¹³³. Como no quiera dar a esta expresión el significado que le daba Pothier: se resuelve para el comprador, en el sentido de que para el comprador se resuelven sus derechos y, quizás, sus obligaciones¹³⁴.

En relación con el Derecho civil catalán es interesante observar la evolución de la opinión de Bosch. Este autor, al comentar la LSSDA, que no contenía un concepto de retracto, afirmaba que en el retracto la subrogación debe entenderse *latu sensu*, significando que el retrayente podrá adquirir en las mismas condiciones que aquéllas en las que ha tenido lugar la subrogación¹³⁵. Pero al comentar el art. 568-16 CCC, según el cual en virtud del retracto de colindantes sus titulares se subrogan en la posición jurídica de los adquirentes, aunque comienza dando al término subrogación el mismo significado anterior, ya no

¹³² La STS 30 enero 1989 (Aranzadi 158) afirma *obiter dicta* (se había ejercido el retracto fuera del plazo legal), que *si prospera el retracto, se colocarán los demandantes... en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar nuevo contrato puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador*. La STS 11 mayo 1965 (Aranzadi 2534) afirma, también *obiter dicta*, que *con respecto al vendedor queda subsistente el contrato con la sola modificación de subrogarse el retrayente en las obligaciones contraídas por el comprador* (curiosamente no habla de subrogación en los derechos).

¹³³ Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, p. 512): *si el retracto es un derecho a subrogarse en lugar del adquirente por compra o dación en pago y por ello es inviable la tesis de la resolución de la transmisión...*

¹³⁴ Díez SOTO (*Ejercicio y efectos...*, p.197): *Afirmado ese efecto subrogatorio, es evidente que carecería de sentido hablar de una resolución del contrato inicial en sentido técnico, creemos que la insalvable contradicción entre los artículos 1521 y 1506 CC debería resolverse a favor del primero. Con todo, y siguiendo en parte a algo de los autores... (en particular ÁLVAREZ y GARCÍA CANTERO) creemos que sí es posible hablar de un cierto efecto resolutorio del retracto... como consecuencia del ejercicio del retracto y del subsiguiente efecto subrogatorio, el comprador inicial queda... completamente excluido de la relación contractual... con el vendedor... de tal manera que, en un sentido no técnico, podría decirse que el contrato se resuelve en lo que se refiere a la persona del comprador o más exactamente, que el retracto da lugar a la resolución... del derecho del comprador retraído...*

¹³⁵ *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 65.

dice taxativamente que no existe subrogación, sino *sin que por regla general, exista una subrogación en la relación entre transmitente y tercero, relación que puede ya haberse agotado*. Pero a continuación admite la subrogación aunque no en la titularidad real, pues considera que la relación adquisitiva real se da entre tercero y retrayente y no entre este y el anterior propietario, pero sí en la posición jurídica obligacional del comprador, pues afirma que si existe un precio aplazado, el retrayente podría quedar subrogado en tal deuda y en cuanto a la acción de saneamiento por evicción o vicios ocultos que corresponde al retrayente, el legitimado pasivamente no sería el tercero, sino el primer propietario, pues se subrogaría en la acción que corresponde al comprador retraído contra el primer propietario¹³⁶.

En mi opinión, si el legislador catalán, sabedor de la discusión sobre si en el retracto hay subrogación del retrayente o no, dice claramente que el retrayente se subroga en lugar del adquirente (art. 568-1 para el retracto voluntario, art. 568-16 para el retracto de colindantes y art. 568-21 para la tornería) hay más probabilidades de que haya querido la subrogación que de que haya empleado el término de manera no técnica¹³⁷.

Díez Soto¹³⁸, para los retractos voluntarios de la LSSADD, estimaba que no había subrogación del retrayente ni asunción por

¹³⁶ *Derechos Reales. Comentarios...*, t. 3, p. 1728.

¹³⁷ ROCA I TRÍAS (*Instituciones...*) al tratar del concepto de retracto pone de manifiesto que la expresión subrogación ha producido dificultades interpretativas y cita la opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN de que si la propiedad ha pasado a manos del comprador no hay posibilidad de subrogación y la opinión de BOSCH vertida en el comentario a la LSSAD (p. 723). Al tratar de los efectos del retracto de colindantes dice que consisten fundamentalmente en la sustitución del adquirente por el retrayente, que tendrá que cumplir todos aquellos pactos que hayan acordado el vendedor y el adquirente siempre y cuando no sean personalísimos (p. 737). Y finalmente, al tratar del derecho de tornería, dice que su ejercicio produce la subrogación del pariente retrayente en el lugar del adquirente (p. 741).

DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho civil de Cataluña...*, p. 407), sin entrar en el problema que nos ocupa, al tratar de los efectos del ejercicio del derecho de tanteo y retracto, afirman que el tanteante se subrogará en el acuerdo transmisivo llevado a cabo con el tercero y si se ejercita el retracto, el retrayente adquirirá la cosa del tercero, a quien deberá pagar el precio.

¹³⁸ Copio su opinión, para que el lector pueda comprobar si la he expuesto correctamente: *Cuando se ejercita el tanteo –o retracto– voluntario, si el titular se limita a hacer valer su derecho a adquirir el bien de su propietario original en condiciones equivalentes a las que fueron negociadas o, eventualmente, acordadas por éste con el tercero; la eventual oponibilidad del tanteo-retracto frente a éste se traducirá simplemente, en que ese derecho no podrá verse perjudicado por el contrato celebrado (ineficacia relativa), y que el tercero quedará sujeto a las consecuencias de la preferencia del primero, pero sin que ello implique subrogación alguna del tanteante en la posición contractual del tercero, ni tampoco asunción por éste de la obligación de vender a aquél en las mismas condiciones en que él mismo adquirió.– Obviamente, en el caso de que el tercero no se avenga voluntariamente a acatar el derecho del tanteante-retrayente, éste habrá de dirigir contra él la correspondiente demanda judicial; pero el contenido de su pretensión no será otro que la reclamación de entrega de la cosa o, como dice el artículo 29.3 de la Ley, de que proceda a formalizar la transmisión. Ahora bien precisamente porque el tercero adquirente no se ve excluido de su posición contractual frente al vendedor como consecuencia del ejercicio del tanteo, la eventualidad de que el mismo se pueda ver privado del bien por esa causa*

el tercero de la obligación de vender al retrayente en las mismas condiciones en que adquirió. Si el tercero no se aviene voluntariamente a acatar el derecho del retrayente, éste habrá de dirigir contra él la correspondiente demandad judicial; pero el contenido de su pretensión no será otro que la reclamación de la entrega de la cosa o, como dice el art. 29.3 de la Ley, de que proceda a formalizar la transmisión. El contrato entre propietario y tercero será ineficaz frente al retrayente (ineficacia relativa), pero continuará siendo eficaz entre los primeros. Como el tercero se ve privado de la cosa estaremos ante un supuesto de evicción y el tercero podrá demandar al propietario pidiendo el saneamiento. El retrayente no tendrá que reembolsar al tercero en los términos del art. 1518 CC, sino que bastará con que pague al propietario original del bien el precio fijado en el contrato de venta, sin perjuicio de que pueda exigirse que el precio sea retenido por el retrayente (cfr. art. 1165 CC) o sea depositado en garantía del derecho del tercero, solución que encuentra acogida expresa en el art. 29.2 LSSAD¹³⁹.

Díez Soto propone la anterior solución ante un texto legal que en ningún momento hablaba de la subrogación del retrayente. Quizás no la mantenga ante la regulación vigente de los derechos de adquisición voluntaria del CCC. Por otra parte dicha solución presenta sus inconvenientes:

A) Si el tercero ya es el propietario de la cosa parece que el retrayente no sólo le ha de pedir la entrega de la cosa, sino que se la transmita. Admite que le puede exigir la formalización de la transmisión, aunque no aclara en qué consiste ésta. La formalización tendrá que consistir en una escritura de venta o en una escritura de subrogación, por lo que parece que el retrayente puede exigir algo más que la entrega de la cosa, parece que hay una asunción por el retrayente de la obligación de transmitir o subrogar al tercero. A no ser que entendamos, como Bosch, que el retrayente adquiere la propiedad auto-

vendrá a constituir, en definitiva un típico supuesto de evicción, que podrá, en su caso, fundamentar la correspondiente demanda de saneamiento frente al vendedor... si la tutela de los intereses del tercero... debe remitirse al régimen del saneamiento por evicción, parece lógico entender que el titular de la preferencia... podrá ejercitar ésta sin necesidad de reembolsar al tercero adquirente en los términos que se deduce en el artículo 1518 del CC... bastará con que pague al propietario original del bien... el precio fijado en el contrato de venta. Todo ello sin perjuicio de que, en su caso, pueda exigirse que el precio sea retenido por el tanteante-retrayente (cfr. art. 1165 CC) o sea depositado en garantía de los derechos de terceros afectados por el ejercicio del tanteo; solución esta que, en el ámbito del Derecho Común podría fundamentarse en la aplicación analógica de las normas que regulan la cancelación de inscripciones de venta sujeta a condición resolutoria (art. 177.6 RH), y que ahora encuentra una acogida expresa en el artículo 29.2 de la Ley catalana, a propósito de los derechos de adquisición de eficacia real (notas..., pp. 1728 y 1729).

¹³⁹ El precio queda íntegramente a disposición del titular del derecho de propiedad sobre la cosa o, si es el caso, de los titulares de derechos constituidos con posterioridad al derecho de adquisición.

máticamente por el ejercicio del retracto¹⁴⁰. Entonces, Bosch, presupuesto que se ha hecho constar en el Registro la notificación en virtud del cual se comunica el ejercicio del derecho (art. 31, al final, LSSAD, norma que no contiene el CCC), que el retraído ha inscrito su adquisición en el Registro, que en el Registro consta inscrito el derecho de tanteo –que con la transmisión se ha convertido en retracto–, que en el Registro constan las condiciones de la transmisión al tercero, presupuesto todo lo anterior, si el retrayente cumple los requisitos (abono de la contraprestación y demás gastos a los que estuviere obligado), podrá obtener sin intervención del propietario del bien la constancia registral de la transmisión. No lo dice, pero, para ello será necesario escritura pública en que el retrayente declare su voluntad de ejercer el retracto. Mas concluye Bosch que si el Registrador no considera suficientemente acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos para que se produzca el cambio de titularidad del bien, será precisa la formalización de la transmisión, lo que requerirá la intervención del propietario actual de la cosa, o la del Juez en su defecto¹⁴¹. No especifica en qué consiste la formalización, pero si partimos de que el retrayente ya es propietario del bien, la formalización no tendría que consistir en una escritura de venta o de subrogación, sino en una escritura en que el retrayente declare que se le han satisfecho todas las cantidades a las que tenía derecho.

B) Que el retrayente no haya de pagar el precio al retraído, sino al propietario original no resulta satisfactorio. Es contrario a toda la tradición jurídica y parece más equitativo que pague al retraído aunque, si no le paga, el retraído pueda exigir la retención del precio y la consignación a su favor. Además, el art. 29.2 LSSA dice que el precio queda íntegramente a disposición del titular del derecho de propiedad de la cosa, que es el retraído. Es cierto que no dice que se pague al retraído, sino que queda a disposición de él. Parece como si el legislador quisiera que el precio se consignase y sea el consignante quien entregue el precio al titular. Pero no se ve por qué no se puede pagar directamente al titular.

Cita Díez Soto¹⁴² la STS 3 abril 1981¹⁴³ como que al parecer se pronuncia en el sentido de que el contrato entre propietario y tercero es ineficaz relativamente. Se trataba de un derecho de retracto voluntario, en que el retrayente pide la nulidad de la compraventa entre propietario y tercero. El TS accede al retracto, pero entiende que no hay nulidad de la venta, pues en ella concurren todos los requisitos para la validez, sino que dicho contrato está supeditado en su efica-

¹⁴⁰ *Opción...*, p. 213.

¹⁴¹ *Opción...*, pp. 231, al final, y 232.

¹⁴² *Notas...*, p. 1728, nota (65).

¹⁴³ Aranzadi 1477.

cia al no ejercicio del derecho de adquisición preferente. La S sólo dice que el contrato devendrá ineficaz como consecuencia del ejercicio del retracto, pero no dice que se trate de una ineficacia relativa, puede entenderse que la considera absoluta, frente a todos. En otro pasaje dice la sentencia que la preferencia adquisitiva concedida es el medio posibilitador de sustituir el tercero a quien se da preferencia al que, en su caso, resulte comprador. Parece que alude a la subrogación que propiamente sería incompatible con que el contrato entre propietario y tercero deviene ineficaz.

g) *Modo de operar la adquisición por el retrayente si entendemos que hay subrogación*

Ciertamente que si queremos ser coherentes con la subrogación, no conviene a ésta que sea el retraído quien celebre un contrato de compraventa con el retrayente, que es lo que vemos que sucede generalmente en la jurisprudencia que condena al retraído a otorgar escritura de compraventa a favor del retrayente, pues, entonces, si el retrayente sufre evicción tendrá que dirigirse contra su vendedor, el retraído. Como dice Laurent¹⁴⁴, refiriéndose al retracto entre los coherederos del art. 841 del *Code*, el retracto no es una nueva venta que el cesionario hace al retrayente, no hay una convención entre el retrayente y el cesionario retraído. Y, en nuestra opinión –siguiendo a la de Díez Soto, ya expuesta anteriormente– el retrayente se pone en lugar del retraído sustituyéndole en la posición jurídica obligatoria derivada del contrato de compraventa, al menos en el lado activo, pero también en la titularidad del bien. Sucedería algo similar a lo que sucede en la sucesión *mortis causa*: el heredero deviene propietario de los bienes de la herencia y detenta el mismo título de propiedad que el causante; si el causante había adquirido un bien por compraventa, el heredero será comprador de ese bien y podrá dirigir contra quien vendió el bien al causante las acciones que asisten al comprador. Pothier¹⁴⁵, refiriéndose al retracto feudal, dice que se reputa que el señor ha comprado el feudo de quien lo ha vendido.

La doctrina francesa, que admite la subrogación, ha sentido la necesidad de considerar que el retraído no ha sido nunca propietario, para lo cual concede efectos retroactivos al retracto¹⁴⁶. Seguramente porque piensa que si el comprador retraído ha sido propietario no queda más remedio que decir que el retrayente adquiere del comprador retraído. También así explica que los gravámenes impuestos por

¹⁴⁴ *Principes de Droit Civil Français*, t. X, Paris-Bruxelles, 1874, p. 404.

¹⁴⁵ *Oeuvres*, t. XV, Paris, 1825, p. 193.

¹⁴⁶ LAURENT (*Principes...*, t. X, Paris-Bruxelles, 1874, p. 406): *S'il est vrai que le retrait n'est pas une mutation, il faut être logique et admettre qu'il rétroagit.*

el retraído se extinguen¹⁴⁷. Sin embargo, si admitimos la subrogación en la titularidad de la propiedad y consideramos que la extinción de los gravámenes impuestos por el retraído es consecuencia de la protección que la ley dispensa al retrayente para que su derecho sea efectivo, no es necesario acudir al expediente de la retroacción.

Si se admite que en el retracto hay subrogación, sería impropio que el demandante, al ejercer la acción de retracto, pidiera que se condenara al retraído a otorgar escritura de venta a favor del retrayente. Una posibilidad sería entender que el demandante tendría que pedir que se condenase al retraído a otorgar escritura de subrogación. Pero, como observa Díez Soto¹⁴⁸ para los retractos legales, declarada por el retrayente la voluntad de ejercitar el retracto y habiendo cumplido los requisitos legales, la subrogación se produce *ope legis*¹⁴⁹, y no en virtud de la actuación de los otros interesados en la operación, que quedan sujetos a sus consecuencias, por lo que no es correcto afirmar que el comprador está obligado a subrogar al retrayente en la finca retraída, a ceder sus derechos al retrayente o –a otorgar escritura pública de cesión o subrogación –y mucho menos de venta– a favor de éste¹⁵⁰. Desde este punto de vista, la solución adecuada es la de la ya citada STS 1 octubre 2007¹⁵¹ cuyo fallo consiste en declarar el derecho de retracto del demandante, subrogándose en el lugar de los compradores demandados. Obsérvese que, entonces, el retrayente adquirirá la propiedad automáticamente, al ejercer el retracto. Coincidimos, pues, con Del Pozo-Vaquero y Bosch en la adquisición automática de la propiedad por el retrayente, pero por diversos motivos. Para ellos porque, aunque el retrayente adquiere del retraído, esta adquisición no opera a través del sistema contrato (entre retrayente y retraído) y tradición, sino a través del ejercicio del derecho real de adquisición. Para nosotros porque el retrayente se subroga en la titularidad real del retraído.

¹⁴⁷ LAURENT (*Principes...*, t. X..., p. 406): *On admet que le retrayé est considéré comme n'ayant jamais été acheteur, et que le retrayant est considéré comme l'ayant toujours été. Voilà bien la rétroactivité. On en conclut que les droits de servitude et d'hypothèque consentis par le retrayé tombent, même abstraction faite du principe de l'article 883.* POTHIER no acude al expediente de la retroactividad y explica que no afectan al retrayente las cargas impuestas por el retraído por el hecho de que como se reputa comprador del vendedor y no del retraído no le pueden afectar las cargas impuestas por quien no es su vendedor (*Oeuvres*, t. XV, Paris, 1825, p. 194).

¹⁴⁸ *Ejercicio y efectos...*, pp. 185, al final, y 186.

¹⁴⁹ Quizás se pueda decir que la subrogación se produce en virtud de la declaración de voluntad del retrayente, pero es la ley la que, presupuesta dicha declaración de voluntad, impone dicha subrogación.

¹⁵⁰ Ya LAURENT (*Principes...*, t. X..., p. 404) explicaba que *c'est la loi qui tient lieu de contrat, en permettant à l'héritier de se mettre à la place du cessionnaire; il suffit pour cela d'une simple manifestation de volonté du retrayant; le consentement du cessionnaire n'est pas requis...*

¹⁵¹ Aranzadi 5312.

Cuestión distinta es la de la inscripción del dominio a favor del retrayente ¿Se podría inscribir con base en la sentencia de retracto? La dificultad está en que al Registrador le habría de constar que el retrayente ha pagado el precio y, en su caso, todos los demás gastos que debe abonar al retraído. La sentencia anterior advierte en el fallo que el retrayente ha de pagar el precio de la venta, los gastos del contrato u otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Si en ejecución de sentencia se procede a dicho pago y por resolución judicial se hace constar que el retrayente ha satisfecho al retraído todas las cantidades que le debía, la sentencia, acompañada de esta resolución judicial, sería documento apto para inscribir el derecho a favor del retrayente. Si el retraído se aviene voluntariamente al retracto, para inscribir el dominio a favor del retrayente sería necesario que constase en escritura pública la declaración de voluntad del retrayente de ejercer el retracto y la declaración de voluntad del retraído de estar conforme con el ejercicio del retracto. Pero, probablemente, al Registrador le habría de constar que el retracto se ha ejercido conforme a derecho por lo que le tendría que constar que el retrayente ha emitido la declaración de voluntad de ejercer el retracto dentro del plazo legal. En cuanto a la constancia de que el retrayente ha pagado el precio y abonado los gastos pertinentes, podría pensarse que basta al Registrador con la declaración de voluntad del retraído de haberlos recibido y no tendría que tener constancia de si realmente se han efectuado esos pagos: el retraído puede renunciar al cobro del precio. Pero lo que sucede es que si el retrayente no paga el precio, realmente parece que el retrayente adquiere el bien por donación simulada¹⁵² y no como consecuencia del ejercicio del retracto. Esto no tendría importancia si el retraído no ha enajenado el bien o ha impuesto algún gravamen sobre el mismo, pero si lo ha hecho, como el ejercicio del retracto afecta a esa enajenación o gravamen, el Registrador tendría que tener constancia de que el retrayente ha pagado el precio. Pero aunque delante del notario el retrayente pagara al retraído el precio, a la salida del notario el retraído puede devolver el precio al retrayente, por lo que no parece que sea útil que el Registrador compruebe que la declaración de voluntad del retraído de haber recibido el precio corresponde a la realidad.

Si el retraído se aviene al ejercicio de retracto, pienso que para inscribir la propiedad a nombre del retrayente, partiendo de que hay subrogación, que se produce *ope legis* por el ejercicio del retracto, lo propio es que el primero en escritura pública consintiese el ejercicio del retracto, mejor que otorgar escritura pública de subrogación, pues la subrogación ya se ha producido anteriormente *ope legis*. Si la adqui-

¹⁵² No vamos a entrar en el problema de la validez de esta donación.

sición del retraído consta en el Registro, en el que figurará también el precio de adquisición, si el retrayente emite su declaración de voluntad de ejercer el retracto en escritura pública, que es notificada notarialmente al retraído dentro de plazo y consigna el precio notarial o judicialmente a disposición del retraído, en el CCC, como el retracto voluntario ha de estar inscrito en el Registro y como sólo exige para el ejercicio del retracto el pago del precio y no el abono de los gastos a que se refiere el art. 1518 CC, se podría defender que, sin la colaboración del retraído, el retrayente podría inscribir el dominio a su nombre. Mas si, como hemos visto, el CCC y la DGRN sólo admiten esto para la opción si se pacta el ejercicio unilateral, tampoco será posible a no ser que se pacte el ejercicio unilateral en el retracto, pacto sólo considerado expresamente en el CCC en la opción, pero que, en mi opinión, no hay obstáculo para admitirlo también en el retracto.

5.2.3 EFECTOS DEL RETRACTO CUANDO EL PRIMER COMPRADOR, ANTES DE SU EJERCICIO, HA TRASMITIDO LA PROPIEDAD A UN SUBADQUIRENTE

No será un supuesto que en la práctica se dé con frecuencia (aunque puede darse y se da), pues, dados los breves plazos de ejercicio del retracto, al primer adquirente le será difícil encontrar un comprador en este período de tiempo. En efecto, el plazo de ejercicio del retracto voluntario es tres meses si no se ha pactado plazo (art. 568-12 CCC). En cuanto a los retractos legales, los plazos de ejercicio son de tres meses para el retracto de comuneros (522-4.2), del nudo propietario (art. 561-10.3), del propietario gravado con un derecho de aprovechamiento parcial (art. 563-4), del censatario (565-24.2); dos meses para el retracto de colindantes (568-19.1). En el caso de la tornería –el plazo de ejercicio es un año y un día (art. 568-24.1)– y en el caso de retracto voluntario en que se pacte un plazo de ejercicio amplio será más fácil que el primer adquirente encuentre un comprador.

Para el retracto voluntario, como el CCC (art. 568-2.1) exige la inscripción constitutiva de los derechos voluntarios reales de adquisición en el Registro de la Propiedad, los subadquirentes se verán afectados por el ejercicio del retracto sin que se presente una colisión con el art. 34 LH. En el caso de retractos legales, que no son inscribibles en el Registro de la Propiedad, los que adquirieron la propiedad del primer adquirente (o adquirieron un derecho real en cosa ajena) no pueden invocar la protección del art. 34 LH, pues su art. 37.3.^a permite que, excepcionalmente, las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias se den contra tercero, aunque haya inscrito su derecho, si se trata de las acciones de retracto legal. Es decir, aunque en el Registro no

conste la causa de la resolución, ésta perjudicará al tercero, pues se entiende que el retracto es un límite legal del dominio impuesto por la ley y que goza de la publicidad que le da la misma ley y, por tanto, no puede ser desconocido por terceros. En este sentido podemos citar la STS 27 septiembre 1962 para el retracto arrendaticio rústico¹⁵³ y la SAP Huesca 17 mayo 1999 para el retracto de colindantes del CC¹⁵⁴.

El legislador catalán no ha considerado este supuesto, quizás, por entender que es marginal. Sin embargo, si hubiera establecido algunas reglas, se habrían evitado los problemas que seguramente aparecerán –los veremos a continuación– cuando se dé dicho supuesto.

A) *Si estimamos que hay subrogación*

A.1) Subrogación en la primera adquisición y resolución de las adquisiciones posteriores

Siendo coherentes con el principio de la subrogación, el retrayente se subrogaría en el primer contrato, el que dio lugar al ejerci-

¹⁵³ El retraído, después de que el retrayente interpusiera la acción de retracto, enajenó las fincas objeto del retracto a terceros. El retrayente, en el juicio de retracto, obtuvo sentencia favorable. Después tuvo que iniciar otro proceso pidiendo la ineficacia de las enajenaciones realizadas por el retraído y la cancelación de las inscripciones registrales a favor de los adquirentes ya que como el juicio de retracto sólo se había seguido contra el retraído, no podían emitirse estos pronunciamientos en perjuicio de quienes no habían intervenido en el proceso. El TS afirma: *Que el retracto legal... integra una delimitación o restricción de las facultades dominicales estatuidas por la Ley... con una publicidad impuesta por la misma Ley que lo crea y de ahí que el art. 37 de la Ley Hipotecaria en su número 3.º admite puedan prosperar las demandas de retracto legal... aún frente a terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos... es decir, que en estos supuestos no por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y más adelante continúa: las transmisiones cuya resolución se acuerda en la sentencia recurrida y consiguiente nulidad de las inscripciones registrales, trae causa... de una limitación de las facultades dominicales que afecta a todos los sucesores en la titularidad y que resuelto el derecho del primer adquirente, lo es también en consecuencia el de los posteriores, pues lo contrario abriría camino para mediante sucesivas transmisiones dilatar o burlar el derecho de los arrendatarios retrayentes...* (Aranzadi 3393).

¹⁵⁴ El retraído había constituido una hipoteca y el retrayente en el juicio de retracto demanda también al acreedor hipotecario solicitando la cancelación de la hipoteca. La Audiencia estima la acción de retracto la cancelación de la hipoteca y argumenta: *como exponen las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1954 (Aranzadi 1993), 8 de junio de 1956 (Aranzadi 2475) y 27 de septiembre de 1962 (Aranzadi 3393), a diferencia de lo dispuesto para el retracto convencional, el retracto legal se desenvuelve fuera del ámbito de la Legislación hipotecaria con una publicidad impuesta por la misma Ley que la crea y de ahí que el art. 37.3.º de la Ley Hipotecaria admite que pueden prosperar las demandas de retracto legal aun frente a terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos, es decir que en estos supuestos no opera el art. 34 de la Ley Hipotecaria... De tal modo que como señala la Resolución de la Dirección General de Registros, de 29 de octubre de 1946, el derecho de retracto legal, como limitación de dominio, obra siempre con la máxima eficacia, dándose contra todo tercer adquirente, aunque no conste en el registro la causa de resolución del derecho y, en consecuencia, enerva el principio de fides pública y las enérgicas defensas que la inscripción lleva consigo para todo titular inscrito que reúna los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria. En consecuencia el Banco..., titular de la hipoteca constituida por... (el retraído) sobre la finca retraída, no tiene la consideración de tercero hipotecario, por lo que procede la eliminación de la carga hipotecaria que pesa sobre la misma (Aranzadi Civil 1379).*

cio del retracto. Así las acciones derivadas del contrato de compraventa las habrá de ejercitar el retrayente frente al vendedor propietario originario del bien, lo cual resulta equitativo, pues fue él quien provocó, con su venta a un tercero, el retracto. El problema es si los contratos posteriores quedan resueltos o no. Si no quedan resueltos, es difícil explicar cómo adquiere la propiedad el retrayente. Si quedan resueltos, el primer comprador readquiere la propiedad del bien y el retrayente se subroga también en la titularidad real. Si no quedan resueltos, ¿se podría mantener que el retrayente se subroga sólo en la titularidad real del último subadquirente? La disociación entre la subrogación obligacional (en la posición contractual del primer comprador) y la real (en la titularidad del último adquirente) no resulta satisfactoria. En el supuesto de que hubiera sólo un comprador, decíamos que el retrayente se subroga en la titularidad real y en la posición contractual del comprador, pero que adquiriría del vendedor, vía contractual, pues así es como había adquirido el comprador en cuya posición se subroga. En el supuesto de adquisiciones sucesivas, si admitimos la subrogación sólo en la posición contractual del primer comprador no en la titularidad real, que ya no tiene, pues negamos la resolución de las adquisiciones posteriores, se hace difícil explicar que el retrayente adquiera del propietario originario y si no adquiere del propietario originario parece contradictorio con que pueda dirigirse contra él ejercitando las acciones de un comprador contra su vendedor. Por eso, si se parte de la subrogación, en mi opinión, es preferible entender que los contratos posteriores con subadquirentes quedan resueltos.

La STS ya citada de 13 marzo 1912¹⁵⁵ configura los efectos del retracto como hemos expuesto en el párrafo anterior en un supuesto en que a la adquisición de los primeros compradores siguieron tres más. El retrayente interpuso demanda contra los primeros compradores y el primer subadquirente, solicitando que se condenase a los primeros compradores a que consintieran que el retrayente se subrogase en su lugar con las mismas condiciones estipuladas en el contrato que los demandados celebraron con el propietario originario y que se dejara sin efecto la enajenación efectuada al primer subadquirente y se otorgase a favor del actor la correspondiente escritura de retroventa¹⁵⁶. Posteriormente amplió la demanda al segundo y tercer subadquirentes solicitando la rescisión o resolución de su respectiva adquisición¹⁵⁷. El juez de primera instancia declaró haber lugar al retracto, condenando a los subadquirentes a dejar sin efecto sus respectivos

¹⁵⁵ C, t. 123, núm. 97, pp. 790 ss.

¹⁵⁶ Resultando 2.º, pp. 792, al final, y 793.

¹⁵⁷ Resultandos 3.º y 6.º, pp. 793 y 794, respectivamente.

contratos de adquisición y al primer comprador a otorgar la correspondiente escritura de subrogación¹⁵⁸. La Audiencia revocó la sentencia, pero el TS casó la sentencia de la Audiencia. El TS argumenta: *ejercitada la acción de retracto... no sólo contra el primitivo comprador sino también contra los sucesivos adquirentes... debía prosperar la acción, pues... tiene aquella por objeto adquirir la propiedad de una finca vendida por el primitivo dueño a un tercero, adquisición que no puede lograrse sino de quien la tenga en su poder y dirigiendo conjunta y sucesivamente la acción contra los que por enajenaciones posteriores hubiesen adquirido la finca objeto del retracto, único medio de obtener la rescisión de las sucesivas transmisiones...* También otras sentencias afirman que las ventas posteriores quedan sin efecto en virtud del retracto, aunque son afirmaciones *obiter dicta*¹⁵⁹.

Díez Soto que, como hemos visto, admite el efecto subrogatorio, en los supuestos de sucesivas adquisiciones también considera que se produce la subrogación en el lugar del primer comprador¹⁶⁰, pero entiende que *el ejercicio del retracto no afecta para nada a la validez y eficacia de los respectivos contratos y a las correspondientes posiciones contractuales de los subadquirentes que, precisamente por ello –y a diferencia de lo que sucede con el primer comprador– dispondrán de las correspondientes acciones contractuales contra sus respectivos transmitentes*¹⁶¹. Añade que el retrayente, si conoce que el propietario actual es un subadquirente, lo ha de demandar, pues *la*

¹⁵⁸ Resultando 8.º p. 796.

¹⁵⁹ STS 27 abril 1967 (Aranzadi 2034): *tales ventas posteriores no son nulas y tuvieron eficacia, aunque queden sin efecto en virtud del retracto*. En el caso considerado por esta sentencia, en un procedimiento anterior el retrayente había demandado sólo al primer comprador y había obtenido sentencia favorable de retracto (se supone que porque ignoraba las posteriores transmisiones, porque, si no, el TS hubiera estimado falta de litis consorcio pasivo necesario) y se supone que la sentencia, como es lo habitual, condenaría al demandado a otorgar escritura de venta a favor del retrayente. Pero como resultaba que los que adquirieron del primer comprador, retraído, habían inscrito sus adquisiciones en el Registro, la escritura otorgada por el retraído no era inscribible en el Registro. Entonces el retrayente inicia un nuevo proceso para resolver las adquisiciones posteriores, cancelar las correspondientes inscripciones, y, conseguir así, la inscripción de la escritura de venta del retraído a favor del retrayente en el Registro: *la resolución de las posteriores enajenaciones, que en el proceso actual se combaten, está determinada pro la ejecutoriedad de la referida sentencia, no siendo otra su finalidad que la de presupuesto el ejercicio y estimación de aquella demanda resolver los contratos posteriores y cancelar las inscripciones que causaron... y que dificultan la inscripción del título del actor...* Si el retrayente, en el juicio de retracto, hubiera demandado a todos los subadquirentes, no sabemos en que términos se hubiera pronunciado el TS. STS 9 mayo 1956 (Aranzadi 2686): *por no ser posible dejar sin efecto la segunda y sucesivas enajenaciones, en su caso, sin la concurrencia en el juicio del adquirente en cuyo poder se halla de derecho la finca que se reclama*. En el presente caso, el retrayente sólo había demandado al primer comprador y el TS desestima la acción de retracto pues cuando el demandante la ejercitó, la finca ya no era propiedad del demandado.

¹⁶⁰ El ejercicio del retracto implica la subrogación del retrayente en los derechos y acciones que del contrato original hubieran derivado a favor del primer comprador (*Ejercicios y efectos...*, p. 125).

¹⁶¹ *Ejercicios y efectos...*, p. 121.

*sentencia estimatoria de la acción de retracto viene a declarar, en favor del retrayente, una titularidad incompatible con la de quienes ostentan derechos actuales sobre la cosa*¹⁶². Pero no se plantea el problema, que acabamos de plantear, de que si el primer comprador, en cuya posición contractual se subroga, ya no es el propietario, es difícil explicar que adquiera del vendedor y por tanto que pueda interponer contra él las acciones que corresponden al comprador.

Hay que admitir que la resolución de los contratos posteriores es una solución más complicada, pues si los sucesivos adquirentes han inscrito su derecho en el Registro, se tendrá que pedir la cancelación de sus inscripciones. Mientras que si no se consideran resueltos y el retrayente adquiere del último adquirente, no se ha de pedir la cancelación de ninguna inscripción anterior.

La resolución de los contratos posteriores también presenta un inconveniente. Si se resuelven los contratos posteriores parece que se priva a los subadquirentes de la posibilidad de ejercer las acciones derivadas de su contrato de compraventa (por ejemplo, saneamiento por vicios ocultos o gravámenes ocultos). Imaginemos que hay dos subadquirentes. El primer comprador, cuya adquisición desencadenó el retracto, vende al primer subadquirente con un gravamen oculto a un precio de 75. Una vez celebrada la venta se descubre el gravamen por lo que el primer subadquirente ha de vender al segundo a un precio inferior, 70. El primer subadquirente puede demandar a su vendedor pidiendo el saneamiento por gravámenes ocultos. Pero si antes de interponer la acción, el retrayente ejerce el retracto y se considera que las adquisiciones posteriores se resuelven, nos podemos cuestionar que el primer subadquirente pueda demandar a su vendedor. La respuesta negativa parece que es la correcta si la resolución opera con efectos retroactivos, pues entonces se entiende que nunca ha sido comprador. Pero si la resolución opera *ex nunc*, no veo que no pueda demandar a su vendedor, pues ha sido y continúa siendo comprador. Si un comprador vende, no por eso queda impedido de interponer las acciones derivadas de su contrato, pues continúa siendo comprador¹⁶³. Si se considera que la resolución opera con efectos *ex tunc*, la única vía por la que el subadquirente se puede dirigir contra el primer adquirente será la del enriquecimiento injusto.

Coca objeta a la tesis de la subrogación, más exactamente, de la subrogación retroactiva, que dicha tesis no funciona en el supuesto de

¹⁶² *Ejercicios y efectos...*, p. 125.

¹⁶³ Si en el ejemplo anterior, al vender el primer subadquirente al segundo, siguiera inadvertido el gravamen oculto y el primer subadquirente hubiera podido vender a 80, en vez de a 70, y después de esta venta se hubiera descubierto el gravamen oculto, se plantea si el primer subadquirente se puede dirigir contra su comprador pidiendo el saneamiento, pues experimentaría un enriquecimiento injustificado. Se puede alegar, a favor de la afirmativa, que el primer subadquirente corre el riesgo de que le demande su comprador.

que el primer comprador haya enajenado el bien a un tercero. Estima que se acude a la teoría de la subrogación para evitar que el retracto provoque la rescisión o la anulación de un contrato y se acaba llegando a esa misma resolución o anulación respecto a todos los negocios posteriores al primero. Mas pienso que a la teoría de la subrogación no se acude por el motivo señalado por Coca, sino para permitir que el retrayente interponga las acciones derivadas de la compraventa frente al propietario vendedor y no frente al comprador retraído. Por otro lado, Coca cuestiona la utilidad de la subrogación frente a un sujeto que no tiene en su poder el objeto de la venta, situación que se produce tanto si el retraído no enajena el bien, como si lo enajena a un tercero. La utilidad de la subrogación estriba en lo que hemos dicho antes, que las acciones derivadas del contrato de compraventa se interpongan entre retrayente y propietario del bien objeto del retracto. Como también hemos dicho, el retrayente podrá exigir la entrega del bien del último adquirente, bien en virtud del derecho de retracto (dicho derecho comprende la facultad de exigir la entrega de la cosa al último adquirente), bien en su cualidad de propietario (interponiendo la reivindicatoria).

A.2) Legitimación pasiva de la acción de retracto según esta teoría

1) Subadquirente propietario actual

Está claro que la acción de retracto se habrá de dirigir contra el subadquirente, propietario actual, pues, se le priva de la propiedad de la cosa. En cuanto que se le haya de demandar por quedar ineficaz su contrato, véase lo que decimos al tratar de los subadquirentes.

2) Primer comprador

Al primer comprador también se le habrá de demandar, pues readquirirá la propiedad y como consecuencia del retracto se verá privado de la propiedad y será él quien, en su caso, haya de intervenir cuando sea necesario formalizar la adquisición a favor del retrayente. En cuanto a que se le deba demandar por quedar sustituido por el retrayente en su posición de comprador, nos remitimos a lo ya expuesto al hablar de la legitimación pasiva en el supuesto más frecuente de que no haya subadquirente.

3) Los subadquirentes por razón de que su adquisición deviene ineficaz

Que se haya de demandar a todos los subadquirentes porque su contrato quedará ineficaz (también quedará ineficaz el contrato del último subadquirente, aunque a éste ya vimos que se le había de demandar por ser el propietario actual de la cosa) es la solución que

parece correcta desde un punto de vista teórico, pues el juez no puede dejar ineficaz un contrato sin que sean parte en el juicio los contratantes. Pero nos podemos preguntar en qué les afecta en la práctica que su contrato quede ineficaz. Al subadquirente propietario actual lo que le afecta es verse privado de la cosa, que se declare ineficaz o no el contrato de compraventa por el que adquirió no parece que le afecte. Igualmente si hay dos subadquirentes, al primero parece que en la práctica no le afecta que se declare ineficaz su contrato. El ya compró y ya vendió. Pero, como hemos dicho antes, sí les afecta prácticamente que su contrato se declare ineficaz en un aspecto: si se dice que la ineficacia opera *ex tunc* (en nuestra opinión la ineficacia opera *ex nunc*) se les priva de ejercitar las acciones que corresponden al comprador contra su vendedor (saneamiento, defectos de cabida). Ante la eventualidad de que el juez considere que la ineficacia opera *ex tunc*, se les ha de demandar para poder defender que opera *ex nunc*.

4) El propietario originario

En cuanto al propietario originario del bien, como también hemos dicho al tratar del supuesto normal de una sola enajenación, se le debería demandar si el retrayente deviene deudor porque el primer comprador quedó obligado frente al primero.

5) Se habrá de demandar a los anteriores en cuanto que les afecten las decisiones que ha de contener la sentencia estimatoria del retracto sobre el precio que el retrayente ha de pagar

Según lo expuesto anteriormente, ya resulta que se ha de demandar a todos los adquirentes (primer comprador, cuya adquisición provocó el ejercicio del retracto, y subadquirentes), pero si las decisiones que la sentencia estimatoria del retracto ha de contener sobre el precio del retracto, afectan a los adquirentes sucesivos, habrá otro motivo para demandarles, aunque la búsqueda de un motivo adicional para demandarles sea una cuestión teórica. Trataremos esta cuestión más adelante.

B) Si estimamos que el último adquirente ha de transmitir la propiedad al retrayente

B.1) El ejercicio del retracto no resuelve ninguna adquisición y el retrayente ejerce su derecho frente al último subadquirente

Las adquisiciones posteriores, también la del primer comprador, quedan incólumes y fundamentan que el retrayente ejerza su derecho

frente al último subadquirente. Esta es la postura mayoritaria de la jurisprudencia, mantenida por algunos autores¹⁶⁴, aunque otros opinan que el ejercicio del retracto resuelve las adquisiciones posteriores¹⁶⁵. La STS 27 febrero 1954, en un supuesto en que el primer comprador había enajenado la cosa a un subadquirente y en el que el retrayente había demandado a ambos, condenó al segundo a que otorgara la escritura de compraventa a favor del retrayente, no declaró ineficaz la segunda enajenación ni condenó, en consecuencia, a otorgar la escritura al primer adquirente¹⁶⁶. La jurisprudencia exige dirigir la acción de retracto contra el propietario actual (también exige que se dirija contra los adquirentes anteriores, como veremos) porque la acción de retracto es una acción real que se dirige contra quien tenga la cosa ya que ha de ser éste quien otorgue la escritura a favor del retrayente, pues el primer adquirente perdió la propiedad de aquella y, por tanto, no puede transmitírsela¹⁶⁷. Si la acción de retracto resolviera las enajenaciones ulteriores, el último adquirente dejaría de ser propietario de la cosa y el primer adquirente la readquiriría, con la consecuencia de que no sería el último adquirente quien tendría que otorgar escritura a favor del retrayente, sino el primero.

B.2) Legitimación pasiva según el TS

El TS entiende que no sólo se ha de demandar al último adquirente, sino también a todos los anteriores¹⁶⁸ y cuando no se hace

¹⁶⁴ Ya vimos que Díez SOTO, aunque mantiene la subrogación en el lugar del primer comprador, opina que los contratos de los subadquirentes no se resuelven (*Ejercicios y efectos...*, p. 121).

¹⁶⁵ GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, p. 588): *En los casos normales en que sólo ha habido una única transmisión, no parece que puede hablarse propiamente de resolución de la c.v.; otra cosa sucede cuando el adquirente la enajenó a su vez... en estos casos, los ulteriores adquirentes no sólo pierden la cosa sino que ven resuelto el contrato que habían celebrado con el primer adquirente.*

¹⁶⁶ Se trataba de un retracto de colindantes. Por escritura pública de 27 mayo 1947 otorgada por el Juez, como consecuencia de un juicio ejecutivo CCM adquirió una finca. TMG, colindante, ejercitó acción de retracto contra el adquirente (Resultando 1.º). Posteriormente, amplió la demanda contra FRD que por escritura de permuta del mismo día 27 de mayo había adquirido la finca de CCM (Resultando 2.º). La Audiencia condena a los demandados a que reconozcan el derecho de retracto del demandante y a FRD a que otorgue escritura de venta (Resultando 5.º). El TS mantiene la condena de la Audiencia (JC, enero-febrero 1954, núm. 96, pp. 973 ss.; Aranzadi 981).

¹⁶⁷ STS 9 mayo 1956 (Aranzadi 2686): *puesto que el fin del retracto, como acción real que es... consiste en conseguir la propiedad de la finca disfrutada, ha de perseguirse ésta donde quiera que se halle, de manera que el último adquirente... sea obligado a otorgar la escritura pública de subrogación que el retracto exige...* STS 11 octubre 1905 (JC, t. 102, pp. 343 ss.); *dicha acción tiene fundamentalmente y esencialmente el carácter de real, puesto que el objeto es adquirir la propiedad de una finca vendida por el primitivo dueño a un tercero, adquisición que no puede lograrse sino de quien la tenga en su poder a título de dueño...*

¹⁶⁸ SSTS 7 julio 1995 (Aranzadi 5564), 24 mayo 1986 (Aranzadi 2821), 20 junio 1980 (Aranzadi 3079), 27 abril 1967 (Aranzadi 2034), 11 mayo 1965 (Aranzadi 2534),

así y el retrayente demanda sólo al primer adquirente, el TS aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y, sin entrar en el fondo del asunto, absuelve al demandado¹⁶⁹. La jurisprudencia, presuponiendo que se ha de demandar al primer adquirente, se ocupa de explicar por qué se ha de demandar al último adquirente, pero no explica el porqué de demandar también al primer adquirente. Partiendo de la doctrina jurisprudencial según la cual la acción de retracto sólo se ha de dirigir contra el comprador retraído, pues es el único al que afecta la acción de retracto ya que el ejercicio del retracto no afecta para nada a la venta del propietario al comprador retraído (ni se resuelve, ni en ella se subroga el retrayente en la posición de comprador), parece que el retrayente sólo habrá de demandar al subadquirente, pues la acción, en principio, no afecta al primer adquirente. Esta es la solución que entiende correcta la STS 22 marzo 1956¹⁷⁰ aunque hay que precisar que se trata de un mero *obiter dicta*¹⁷¹ y que es una sentencia aislada. La cuestión está, como digo, en por qué demandar también al primer adquirente y subadquirentes intermedios, partiendo de las premisas expuestas anteriormente. Bello¹⁷² considera que es necesario dirigir la demanda contra el primer comprador puesto que su adquisición fue la que originó el ejercicio del retracto y, por ello, sus condiciones sirven de base a la pretendida subrogación del retrayente –*rectius*–, enajenación forzosa. Parece sugerir Bello que como será necesario fijar las condiciones de la primera adquisición, por ejemplo, precio o si éste fue aplazado, se habrá de demandar al primer adquirente, pero pienso que para ello no es necesario demandar al primer comprador. Si se necesita su intervención, puede citársele como testigo o pedir al juez que le exija la entrega del documento en que conste su adquisición. Así Díez-Picazo y Gullón no consideran fundamentado el litisconsorcio pasivo necesario ya que sólo el último adquirente es quien ha de soportar el retracto y no se resuelven las adqui-

9 mayo 1956 (Aranzadi 2686), 27 febrero 1954 (Aranzadi 981), 28 abril 1953 (Aranzadi 1959), 2 febrero 1949 (Aranzadi 249), 13 marzo 1912 (JC, t. 123, pp. 790 y ss.), 8 junio 1906 (JC, t. 104, pp. 538 y ss.), 11 octubre 1905 (JC, t. 102, pp. 343 ss.), 10 mayo 1904 (JC, t. 98, pp. 303 ss).

¹⁶⁹ De las sentencias citadas en la nota anterior, es el supuesto de las de 24 mayo 1986, 9 mayo 1956, 28 abril 1953, 2 febrero 1949, 8 junio 1906, 11 octubre 1905, 10 mayo 1904.

¹⁷⁰ *Nada supone en contra de esta teoría que haya que dirigir la acción de retracto en caso de ventas sucesivas no contra el primer adquirente... sino contra el que sea poseedor al entablarse el retracto* (Aranzadi 1528).

¹⁷¹ El TS desestimó la acción de retracto (se trataba de un retracto entre copartícipes en una comunidad hereditaria) porque el primer adquirente no era extraño a la comunidad, pues, antes, había adquirido unas participaciones en la comunidad y en relación con la enajenación del primer adquirente a un segundo adquirente, porque la acción ya había caducado.

¹⁷² *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, Cizur Menor (Navarra, 2002), p. 180.

siones anteriores¹⁷³. Como expone acertadamente Díez Soto¹⁷⁴, en cuanto a los subadquirentes, *no creemos que, a efectos de considerar la relación procesal bien constituida, sea imprescindible dirigir la demanda... contra aquellos sujetos que, habiendo adquirido un derecho sobre la cosa con posterioridad a la celebración del contrato original, no tengan la condición de titulares o poseedores en el momento en que se ejercita el retracto... el ejercicio de éste no incide directamente en su posición jurídica... tales sujetos no van a ser en ningún caso los destinatarios del reembolso o consignación que haya de realizar el retrayente... carecen de titularidad o situación posesoria alguna... incompatible con el derecho del retrayente... el ejercicio del retracto no afecta nada a la subsistencia de los contratos que hayan dado lugar a las sucesivas transmisiones...* En conclusión, partiendo de la doctrina jurisprudencial según la cual la acción de retracto sólo se ha de dirigir contra el comprador retraído, pues es el único al que afecta la acción de retracto y que el ejercicio de retracto no afecta para nada a la venta del propietario al comprador retraído (ni se resuelve, ni en ella se subroga el retrayente en la posición de comprador), y aplicando dicha teoría al supuesto de que haya subadquirentes, parece que el retrayente sólo habrá de demandar al último subadquirente, pues la acción, en principio, sólo le afecta a él.

C) *Afectados por las decisiones que ha de contener la sentencia estimatoria del juicio de retracto sobre el precio del retracto*

Estudiaremos a continuación a quienes afectan las decisiones que ha de contener la sentencia estimatoria del juicio de retracto. Si afectan a todos los adquirentes (también primer comprador y subadquirentes intermedios) y partimos de que el ejercicio del retracto no conlleva la ineficacia de ninguna de las adquisiciones encontraremos un motivo que justifique la doctrina del TS que, partiendo de este presupuesto, exige que se demande a todos los adquirentes y no sólo al último. Si partimos de que el ejercicio del retracto conlleva la subrogación del retrayente en la primera adquisición y la ineficacia de las posteriores, añadiremos un motivo más para demandar a todos los adquirentes, a quienes vimos que ya se

¹⁷³ *Este litisconsorcio pasivo necesario no tiene un sólido fundamento, pues el retracto no resuelve ninguna transmisión. En puridad de principios, el último adquirente es el único que lo debe soportar como si hubiera sido el primitivo, sin perjuicio naturalmente de la evicción que le corresponda contra su transmitente. La demanda contra los anteriores no tiene objeto; no se van a resolver las transmisiones posteriores a la que causó el retracto, ni, en consecuencia, el primer adquirente va a ser el que ha de transmitir al retrayente (Sistema..., p. 515).*

¹⁷⁴ *Ejercicios y efectos...*, p. 122.

les había de demandar por otros motivos. Es cierto que si ya hemos encontrado motivos para demandar a los adquirentes sucesivos, no tiene transcendencia práctica encontrar nuevos motivos por los que se les haya de demandar.

C.1) Problemas que suscita el precio que el retrayente ha de pagar

Los problemas que suscita el precio que el retrayente ha de pagar son dos: a quién ha de pagarlo y su cuantía. En relación con el primero se suscita si ha de pagarlo al primer comprador o al último subadquirente y en relación con el segundo se suscita si ha de pagar el precio que pagó el primer comprador o el precio que pagó el último subadquirente. Y sea el que pagó el primer comprador, sea el que pagó el último subadquirente, se puede suscitarse si el precio es el expresado en el contrato o uno distinto, pues como dice la jurisprudencia se ha de pagar el precio real. En el contrato celebrado con el primer comprador se puede expresar tanto un precio inferior al real, para ahorrarse impuestos, como superior, para dificultar el retracto. En el contrato celebrado con el último subadquirente parece que sólo tiene sentido expresar un precio inferior al real, para ahorrarse impuestos.

C.2) El retrayente ha de demandar a quienes afecte la decisión de quien ha de recibir el precio del retracto, si el primer comprador o el último adquirente

Si la sentencia de retracto ha de determinar a quién ha de pagar el precio el retrayente, si al primer comprador o al último subadquirente, el retrayente, por este motivo, ha de demandar a quienes se vean afectados por esta decisión. En consecuencia estudiaremos si esta decisión afecta al primer comprador, último adquirente (los dos posibles destinatarios del precio del retracto) y si también afecta a los subadquirentes intermedios aunque no sean destinatarios del precio del retracto.

Si la ley dijera claramente, que no lo dice, quien tiene derecho de recibir el precio del retracto, por el motivo de determinar quién debe recibir el precio, me parece cuestionable que se haya de demandar a quien, según la ley, no se ha de pagar el precio. Demandar a quien la ley señalara como destinatario del precio, parece necesario, pues es dudoso que la sentencia pueda ordenar pagar el precio al designado por la ley si no ha sido parte en el juicio.

Si la ley no dice nada sobre el destinatario del precio del retracto, aunque hubiera una jurisprudencia consolidada al res-

pecto (bien en un sentido o en otro), pienso que se habría de demandar a todos los afectados por esta decisión, pues la jurisprudencia no es fuente de derecho y, por tanto, aunque mantenga hasta el momento una línea determinada, la pueda cambiar precisamente en el caso en que no se demanda a los afectados por la decisión de quién ha de recibir el precio del retracto. Por otro lado no se puede decir que haya jurisprudencia consolidada al respecto. En primer lugar, porque las sentencias que consideran el supuesto de hecho que tratamos son escasas. Y además hay contradicciones. La ya citada STS 13 marzo 1912¹⁷⁵, partiendo de que el ejercicio del retracto deja sin eficacia las subadquisiciones sucesivas, por lo que el primer comprador readquiere la propiedad, considera que éste ha de otorgar escritura a favor del retrayente y que asimismo a éste se ha de pagar el precio del retracto. Mientras que la también citada STS 27 febrero 1954¹⁷⁶, partiendo de que el ejercicio del retracto no deja ineficaz las subadquisiciones y que, por tanto, el último adquirente es quien ha de otorgar escritura a favor del retrayente, estima que es al último adquirente a quien se debe pagar el precio del retracto. Es cierto que estas dos sentencias parten de presupuestos distintos, pero el caso es que habrá pocas sentencias más en este sentido y por tanto no se puede hablar de jurisprudencia consolidada.

En nuestra opinión, partiendo de que el último adquirente ha de poder recuperar el precio que pagó, pues lo contrario sería injusto, el precio del retracto se ha de pagar a él, en lugar de al primer comprador, pues si se paga a éste, el último adquirente se verá obligado a entablar una reclamación para recuperar el precio que pagó, lo cual es contrario a la economía procesal y a la equidad.

Para determinar a quiénes afecta la decisión sobre el destinatario del precio del retracto debemos examinar previamente los reembolsos que se producen entre los adquirentes sucesivos como consecuencia del ejercicio del retracto. Los reembolsos entre los sucesivos adquirentes pueden no ser los mismos si se parte de una configuración o de otra, por lo que examinaremos las diferentes posibilidades.

1. Si el retrayente se subroga en el lugar del primer comprador y las subadquisiciones posteriores quedan ineficaces

Si se parte de la tesis de la subrogación del retrayente en el lugar del primer comprador y de la ineficacia de las subadquisiciones pos-

¹⁷⁵ JC, t. 123, núm. 97, pp. 790 ss.

¹⁷⁶ JC, enero-febrero 1954, núm. 96, pp. 973 ss.; Aranzadi 981.

teriores, parece que, como consecuencia de esta ineficacia, cada adquirente podrá pedir a su transmitente el reembolso del precio que pagó y el primer comprador, cuya adquisición desencadenó el ejercicio del retracto, recuperará el precio de su adquisición con el precio del retracto (pues el precio del retracto es el precio de su adquisición, como veremos más adelante), recibido directamente del retrayente, si se entiende que el precio del retracto se ha de pagar a él, o indirectamente, si se entiende que se ha de pagar al último adquirente. Supongamos las dos hipótesis posibles: que el precio del retracto se pague al primer comprador y que se pague al último adquirente. Si se paga al primer comprador y ha habido tres adquisiciones sucesivas, cuyos precios han sido 70 (el precio de la primer adquisición que desencadenó el ejercicio del retracto), 65, 80, el último subadquirente podrá reclamar a su transmitente, el subadquirente intermedio, 80 y éste al primer comprador 65 y el primer comprador, con el precio del retracto (que, como veremos, es el precio de la primera adquisición), 70, habrá recuperado el precio que pagó por su adquisición. Obsérvese que el segundo adquirente ha de desembolsar 80 y sólo recuperará 65, pero obtuvo un beneficio de 15 al vender por 80 el bien que compró por 65. Así los tres adquirentes se quedan en la misma situación que tendría de no haber adquirido el bien objeto del retracto. Si el precio del retracto se entrega al último adquirente, para llegar a la misma situación final, se tendrá que proceder así: el último adquirente sólo podrá reclamar a su transmitente el precio de su adquisición, menos el precio del retracto, es decir, 10. El subadquirente, de esta forma, sólo habrá de desembolsar 10, mientras que en la primera hipótesis (el precio del retracto se entrega al primer comprador) tenía que desembolsar 80, luego no podrá reclamar nada al primer adquirente. Además, en la primera hipótesis, el subadquirente tenía que desembolsar 80 para pagar al último adquirente el precio de la adquisición de éste y sólo podía recuperar 65 del primer adquirente, por lo que, al final, tenía que poner 15 de su patrimonio. Entonces, en la segunda hipótesis, el subadquirente no sólo no podrá reclamar nada al primer comprador sino que le habrá de reembolsar 5 y así, en total, tendrá que desembolsar 15, lo mismo que si el precio del retracto lo recibiese el primer comprador. El primer comprador, en la primera hipótesis, tenía que reembolsar 65 al segundo adquirente, el precio de su adquisición, y recibía 70, en concepto de precio del retracto, por lo que, al final, veía aumentado su patrimonio en 5. En la segunda hipótesis llegamos al mismo resultado, pues también ve aumentado su patrimonio en 5, pagados por el segundo adquirente. Siendo esto así, los subadquirentes (no sólo el último, sino también los intermedios) están interesados en que el precio del retracto se pague al último adquirente, pues las

cantidades que habrán de reclamar a su transmitente serán menores. Por tanto, se les habrá de demandar para que puedan alegar que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente y no al primer comprador. En el ejemplo que hemos puesto sólo hay un subadquirente intermedio, pero, en el caso de que hubiera más de un subadquirente intermedio, todos se verían afectados de la misma forma, pues, como consecuencia de quedar ineficaz su adquisición, todos pueden reclamar el precio de su adquisición a su transmitente. El primer comprador también está interesado en que el precio del retracto se le entregue a él, en lugar de al último adquirente, pues hasta que su adquirente no le reclame se puede beneficiar de los intereses y si no le llega a reclamar lo retendrá, pero estas razones no son atendibles, por lo que, por motivo de poder defender que el precio del retracto se le ha de entregar a él, me parece que no se le ha de demandar.

Si el precio del retracto es superior al de la última adquisición y se ha de entregar al primer comprador, el esquema expuesto anteriormente no varía. Supongamos que los precios de las adquisiciones son 70, 65, 60. El último subadquirente podrá pedir a su transmitente, el subadquirente intermedio, que le reembolse el precio de su adquisición, 60. Igualmente el subadquirente intermedio podrá pedir a su transmitente, el primer comprador, que le reembolse el precio de su adquisición, 65 (experimentará un beneficio de 5). Y el primer comprador recuperará con el precio del retracto el precio de su adquisición (también experimentará un beneficio de 5). Si el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente, pueden suceder dos cosas: que el juez ordene que se pague toda la cuantía al último adquirente aunque exceda del precio de su adquisición o bien que se le pague el precio del retracto en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el resto se entregue a los adquirentes anteriores. Si el juez ordena que se pague todo el precio al último adquirente, éste sólo podrá retener 60, pues, de lo contrario, se enriquecería injustamente. Como el último adquirente, con el precio del retracto, habrá recuperado el precio de su adquisición no podrá reclamar nada a su transmitente, el subadquirente intermedio. Este como no habrá de reembolsar los 60 al último adquirente, en vez de los 65 que podía reclamar a su transmitente, el primer comprador, de haber recibido éste el precio del retracto, sólo podrá reclamarle 5. Pero es más lógico que los 5 se los entregue el último adquirente con el remanente que queda del precio del retracto después de haber recuperado éste el precio de su adquisición. El primer comprador no tendrá que reembolsar nada a su adquirente, el subadquirente intermedio, y tendrá derecho a que el último subadquirente le entregue los 5 que aún quedan del remanente del precio del retracto. La otra

solución es que el juez ordene que el precio del retracto sólo se entregue al último adquirente en la cuantía necesaria para que recuperar el precio de su adquisición y el resto se entregue a los adquirentes anteriores en la medida que corresponda. Entonces los adquirentes anteriores al último están interesados en poder alegar que el juez ordene esto último, por lo que, por razón de poder defender que el precio del retracto se entregue al último adquirente sólo en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente a los adquirentes anteriores, se habrá de demandar a todos los adquirentes anteriores al último, tanto al primer comprador como a los subadquirentes intermedios. Aunque sólo se habrá de demandar, por este motivo, a los adquirentes anteriores al último que tengan derecho de recibir el remanente del precio del retracto. Si los precios de las adquisiciones fueran 70, 55, 60, el subadquirente intermedio no tendría derecho de que se le entregue ninguna parte del remanente de 10, sino que todo él iría al primer comprador que, además, podría exigir 5 al segundo adquirente.

Aquí se plantea un problema procesal que, partiendo de que el ejercicio del retracto conlleva la subrogación del retrayente en lugar del primer comprador y la ineficacia de las subadquisiciones, es teórico, porque ya vimos que se había de demandar a los adquirentes anteriores al último por razones diferentes de poder defender que la diferencia entre el precio del retracto y el precio de la última adquisición, en caso de ser el primero superior al último, se les entregue a ellos. Supongamos, como mero ejercicio intelectual, que el único motivo para demandar a los adquirentes anteriores es el expresado en el párrafo anterior. El juez, en el momento de decidir sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, en la audiencia previa al juicio, no tendrá, con seguridad, los datos suficientes para saber si el precio de la primera adquisición es superior al de la primera y, por tanto, se ha de demandar a los adquirentes anteriores al último. Puede ser que ni en la demanda ni en la contestación de la demanda consten los precios de ambas adquisiciones. Pero en el caso de que figuren y resulte que el precio de la primera adquisición no es superior al de la última, en realidad sea superior, por haberse expresado en la primera adquisición un precio inferior al real, lo cual sólo quedará claro después de la prueba, que es posterior a la audiencia previa. Entonces, el juez, ante la eventualidad de que sólo con posterioridad a la audiencia previa en la que ha de decidir si estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, aparezca claro si se había de demandar a los adquirentes anteriores al último por razón de poder alegar que, en caso de ser superior el precio de la primera

adquisición al de la última y se haya de entregar el precio del retracto al último adquirente, se entregue a éste no toda la cuantía del precio del retracto, sino la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y que el remanente se entregue a ellos, deberá apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario si no se demanda a los adquirentes anteriores al último.

2. El ejercicio del retracto no conlleva la ineficacia de ninguna de las adquisiciones

2.1 Aplicación de las normas del saneamiento por evicción

Partiendo de que el ejercicio del retracto no afecta a la eficacia de las sucesivas adquisiciones y de que el último adquirente otorga escritura a favor del retrayente, hay quien entiende que el subadquirente sufre evicción y que, por tanto, procede aplicar las normas del saneamiento por evicción¹⁷⁷. Esto parece presuponer que el precio del retracto se entrega al primer comprador. Me parece más lógico que el precio del retracto se entregue al último adquirente. De todas formas, admitamos que, aun recibiendo el precio del retracto el último adquirente, son aplicables las normas del saneamiento por evicción.

Si aplicamos las normas del saneamiento por evicción, el último subadquirente podrá reclamar el precio de su adquisición a su transmitente. Veamos las dos posibilidades, que el precio del retracto se entrega al primer comprador y que se entregue al último adquirente. Supongamos cuatro adquisiciones sucesivas, cuyos precios son 70, 75, 65, 76. Si el precio del retracto (que es el precio de la primera adquisición) se entrega al primer comprador, el último adquirente podrá reclamar 76 a su transmitente. Pero resulta injusto que éste no pueda reclamar nada. Como no se le pueden aplicar las normas del saneamiento por evicción, pues él no sufre evicción, se habrá de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto. Entonces, podrá dirigirse no contra su transmitente, sino contra el primer comprador, pues es quien, al recibir el precio del retracto, experimentaría un enriquecimiento injusto si pudiera retenerlo. ¿Pero qué cantidad podrá reclamarle? Si el primer com-

¹⁷⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, p. 515): *En puridad de principios, el último adquirente es el único que lo debe soportar como si hubiera sido el primitivo, sin perjuicio naturalmente de la evicción que le corresponda contra su transmitente.* DÍEZ SOTO (*Ejercicios y efectos...*, p. 201): *En el caso de que el subadquirente sea privado de la cosa en virtud de la reclamación del retrayente, podrá exigir a su transmitente el saneamiento por evicción...*

prador se enriquece en 70, podrá reclamarle 70. Pero así el penúltimo adquirente ha tenido que desembolsar 76 para indemnizar el último adquirente y sólo recupera 70. No es justo que el penúltimo adquirente tenga que desembolsar algo de su patrimonio, mientras que el primer comprador no. Parece más equitativo que el segundo adquirente pueda reclamar al primer comprador 73 en vez de 70 y así los dos desembolsan 3 de su patrimonio. Entonces, quien no experimenta ninguna pérdida con el ejercicio del retracto es el último adquirente. Por otro lado los subadquirentes intermedios anteriores al penúltimo, en este caso, el segundo, no se ven afectados por el ejercicio del retracto, pues nadie les puede reclamar nada ni ellos reclamar nada. Si el precio del retracto (70) se paga al último adquirente éste lógicamente no tendrá que reclamar los 76 del precio de su adquisición a su transmitente, sino sólo 6, pues los restantes los recibe del retrayente. Y el penúltimo adquirente, partiendo de que se puede repartir esos 6 con el primer adquirente, ya no tendrá que reclamarle 73, sino sólo 3. Por tanto, se ha de demandar al último adquirente y al penúltimo adquirente para que puedan alegar que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente ya que así la cuantía de las reclamaciones que pueden hacer es mucho menor que si el precio del retracto se paga al primer comprador. Encontramos, pues, una razón, para demandar al subadquirente intermedio que sea el penúltimo, aunque el ejercicio del retracto no conlleve la ineficacia de su adquisición ni de su transmisión, que justificaría la exigencia del TS de demandar a los subadquirentes intermedios, pero sólo en cuanto al subadquirente penúltimo. En cambio, aunque al primer comprador tampoco le dé igual recibir el precio del retracto y luego desembolsar lo correspondiente que no recibirlo y tener que desembolsar menos cantidad, no por este motivo se le ha de demandar, pues las razones por las que no le da igual (obtener los intereses del precio del retracto mientras que no haya de reembolsar al penúltimo adquirente o retener el precio del retracto si éste no le reclama nada) no se pueden tener en cuenta.

Si el precio del retracto es superior al de la última adquisición, se introduce una variable. Imaginemos que los precios de las adquisiciones son 80, 75, 65, 76. El último adquirente podrá reclamar 76 a su transmitente, el penúltimo adquirente, y éste podrá reclamar al primer comprador, que recibe el precio del retracto, todos los 76 que ha tenido que desembolsar para indemnizar al último adquirente, pues el precio del retracto que recibe el primer comprador es superior a dicha cuantía. El primer comprador, aun después de pagar al penúltimo adquirente, se habrá enriquecido en 4. Es discu-

tible si es el único que tiene derecho a este remanente. Si se aplican las normas de la evicción, el último adquirente sólo tendrá derecho a recuperar el precio de su adquisición y no tendrá derecho a una cuantía superior. En el caso de que el precio de la última adquisición fuera superior al del retracto vimos que el último adquirente no padecía las consecuencias negativas, sino que también recuperaba todo el precio de su adquisición, luego tampoco tiene por qué beneficiarse de las consecuencias positivas. En cambio, como el penúltimo adquirente ha de soportar las consecuencias negativas que se derivan de que el precio del retracto sea inferior al de la última adquisición, se puede defender que también él, y no sólo el primer comprador, se beneficie de las consecuencias positivas y que el remanente se reparta entre los dos. De todas formas esto no afecta a lo que hemos dicho sobre la necesidad de demandar a los adquirentes en el párrafo anterior si el precio del retracto se ha de pagar al primer comprador. Pero si se ha de pagar al último adquirente, como éste sólo tiene derecho de recuperar el precio de su adquisición, se abre la posibilidad de que el juez determine que del precio del retracto sólo se le pague al último subadquirente la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el resto se entregue al primer comprador y al penúltimo adquirente. Y, entonces, sí que encontramos una razón para demandar al primer comprador (aparte de al penúltimo adquirente), que justificaría la doctrina del TS según la cual al primer comprador también se le ha de demandar, aunque el ejercicio del retracto no conlleve la ineficacia de las adquisiciones anteriores a la última: se le ha de demandar para poder defender que, ante la eventualidad de que se decida que el precio del retracto se ha de pagar al último adquirente, sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y que parte del remanente se le entregue a él.

Aquí se plantea el problema procesal que ya hemos visto de que en el momento en que el juez ha de apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no sabrá con seguridad si el precio de la primera adquisición es superior al de la última y, por tanto se ha de demandar al primer comprador y penúltimo adquirente. Problema que es teórico si hay otros motivos para demandarlos. Si sólo hubiera motivo para demandar al primer comprador y penúltimo adquirente cuando el precio del retracto fuera superior al de la última adquisición, ya vimos que, aunque de la demanda y de la contestación de la demanda resultara que el precio el retracto es inferior al de la última adquisición, ante la eventualidad de que los precios reales de la primera y última adquisición no fueran los expresados en los contratos y, una vez fijados los precios reales, lo cual tendrá

lugar cuando se practique la prueba, momento posterior al momento en que procede pronunciarse sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, el juez debería apreciar dicha excepción si no son demandados el primer comprador y el penúltimo adquirente.

2.2 Aplicación de las normas del enriquecimiento injusto

Si aplicamos estas normas, ningún adquirente se debe enriquecer como consecuencia del ejercicio del retracto ni ninguno se debe empobrecer o todos se deben enriquecer o empobrecer en igual medida. No se trata de que los adquirentes se queden en la misma situación que tendrían de no haber adquirido el bien objeto del retracto, sino de que se queden en la misma situación que tendrían de no haberse ejercido el retracto. Si las sucesivas adquisiciones no quedan ineficaces como consecuencia del ejercicio del retracto, los sucesivos adquirentes no se han de haber afectados en el beneficio o pérdida que experimentaron al adquirir el bien objeto del retracto a un determinado precio y venderlo a otro superior o inferior. Pero esto sólo es posible cuando el precio del retracto es igual al de la última adquisición. Si el precio del retracto es inferior al de la última adquisición, habrá una diferencia negativa que se tendrá que repartir entre todos los adquirentes y si es superior, habrá una diferencia positiva que también se tendrá que repartir entre todos los adquirentes.

Supongamos cuatro adquisiciones sucesivas, cuyos precios son 70, 75, 65, 76. El último adquirente, con el precio del retracto, no podrá recuperar todo el precio de su adquisición. No es justo que sea el único que quede afectado negativamente por el ejercicio del retracto. Lo equitativo es que la diferencia entre el precio de la última adquisición y el del retracto se la repartan a partes iguales entre los cuatro adquirentes. Si el precio del retracto se paga al primer comprador, el último adquirente, para recuperar el precio de su adquisición, se tendrá que dirigir contra él, pues es quien se enriquecería injustamente si pudiera retener el precio del retracto. Le podrá reclamar 71.5 (70, del precio del retracto, más 1.5, resultado de distribuir la diferencia entre el precio de la última adquisición y el precio del retracto entre los cuatro adquirentes). Por otro lado, el último adquirente podrá reclamar 1.5 a cada uno de los subadquirentes intermedios. Si el precio del retracto se ha de pagar al último adquirente, éste sólo tendrá que reclamar 1.5 a cada uno de los adquirentes anteriores. Por tanto, en este caso, el único subadquirente que tiene interés en defender que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente y no al primer comprador es el

último adquirente y, por motivo de defender lo anterior, de entre los subadquirentes, sólo se le ha de demandar a él. A ninguno de los subadquirentes intermedios afecta que el precio del retracto se pague al primer comprador o al último adquirente y por motivo de poder defender lo pertinente al respecto, no se les ha de demandar. El primer comprador está interesado en que el precio del retracto se entregue a él, pues hasta que no se le reclame puede obtener intereses y si no se le reclama lo retendrá, pero estos motivos no son atendibles y no justifican que se le haya de demandar. De momento no encontramos una razón que justifique la doctrina del TS de que también se ha de demandar a los adquirentes anteriores al último.

Si el precio de la primera adquisición, y del retracto, es superior al de la última adquisición, se producirá una diferencia positiva que también se habrá de repartir entre todos los adquirentes. Si los precios de las adquisiciones sucesivas son 70, 65, 75, 58, el último adquirente recuperará, con el precio del retracto, el precio de su adquisición y aún quedará un remanente de 12 que se habrá de repartir entre los cuatro adquirentes. Si el precio del retracto se paga al primer comprador, vale lo expuesto en el párrafo anterior. Si se paga al último adquirente, los adquirentes anteriores pueden pretender que no se le pague todo el precio del retracto, sino sólo la parte del precio coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se entregue a ellos en la cuantía correspondiente. Por tanto a los adquirentes anteriores al último (tanto al primer comprador como a los subadquirentes) se les ha de demandar para poder defender esta solución, pues no les es igual cobrar la cantidad del remanente a la que tiene derecho directamente del precio del retracto que tener que reclamarla al último adquirente. Aquí encontramos un motivo que justifica la exigencia del TS de demandar también a los adquirentes anteriores al último.

Según lo expuesto anteriormente, sólo hay razón para demandar a los adquirentes anteriores al último cuando el precio del retracto es superior al de la última adquisición, aunque veremos más adelante que también hay razón para demandarles por motivo de que puedan alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición y, en algunos casos, de la segunda. Como ya hemos expuesto anteriormente si sólo se hubiera de demandar a los adquirentes anteriores al último cuando el precio de la primera adquisición es superior al de la última, aunque de la demanda y contestación de la demanda resultara que el precio de la primera adquisición es inferior al de la última, también se les habría de demandar, pues pudiera ser que los precios expresados en los contratos no fueran

los reales y una vez fijados estos, resulte que el precio de la primera adquisición es superior al de la última.

- C.3) El retrayente ha de demandar a quienes afecte la determinación por la sentencia de la cuantía del precio que ha de pagar el retrayente. También a quienes afecte la determinación del precio real de la última adquisición

La sentencia de retracto ha de determinar, sin duda, la cuantía del precio que ha de pagar el retrayente. Ahora trataremos de ver si la determinación del precio del retracto afecta a los adquirentes anteriores al último adquirente y por este motivo se les ha de demandar, para que puedan alegar lo oportuno sobre la cuantía del precio el retracto. Y también si afecta al último adquirente, por lo que habrá otro motivo para demandarle, aparte de por verse privado de la propiedad de la cosa.

Partimos de que el precio del retracto es el de la primera adquisición, la que desencadenó el retracto, no el de la última. Esto es así porque lo dice la ley. Tanto el CCC como el CC. Cuando el CCC [art. 568-1.1.c)] y el CC (art. 1521) nos dicen que el retracto faculta a su titular para subrogarse en el lugar del adquirente en las mismas condiciones convenidas, se están refiriendo a las condiciones de la primera adquisición, la que desencadenó el retracto, por tanto el retrayente habrá de pagar como precio del retracto el precio de la primera adquisición, no el de la última. Y así lo ha entendido el TS. En el supuesto de la ya citada S de 27 febrero 1954¹⁷⁸, que admite el ejercicio del retracto en caso de varias adquisiciones sucesivas, obliga al retrayente a pagar el precio de la primera adquisición. La de 7 julio 1995¹⁷⁹ también precisa que el precio del retracto ha de ser el de la primera adquisición, aunque, en el caso, sólo se demandó al primer comprador por desconocer el retrayente que aquél había transmitido la finca¹⁸⁰. Entonces, lo que pueden pretender no es que se fije como precio del retracto el de la primera o última

¹⁷⁸ Aranzadi 981.

¹⁷⁹ Naturalmente el precio a satisfacer ha de ser el pagado al primer adquirente, en cuya posición se subroga el retrayente, y ello aunque una Sentencia de 7 de febrero 1959 (Aranzadi 465) que por ser única no constituye jurisprudencia, hiciera referencia a que el pago, en caso de segunda transmisión, había de ser el de ésta (Aranzadi 5564).

¹⁸⁰ En el supuesto de la también citada S 13 marzo 1912 (JC, marzo 1912, núm. 97, pp. 790 ss.), que asimismo admite el retracto en caso de varias adquisiciones sucesivas, la sentencia de primera instancia, estimatoria del retracto, y al que el TS confiere validez al casar la sentencia revocatoria de la Audiencia, dice que se ha de pagar el importe del precio de la finca, sin más precisión, pero como el retrayente había consignado el importe del precio de la primera adquisición, parece que también entiende el juez que este es el precio del retracto.

adquisición, sino que, como el precio expresado de la primera adquisición puede ser distinto del real, lo que pueden pretender es que el precio real sea uno u otro.

Asimismo trataremos de ver si la fijación de la cuantía del precio real de la segunda adquisición afecta a los adquirentes anteriores al último y por este motivo se les ha de demandar, para que aleguen lo pertinente sobre el precio real de la última adquisición.

1. El ejercicio del retracto conlleva la ineficacia de las subadquisiciones

Partimos de que los reembolsos entre los sucesivos adquirentes tienen lugar según lo expuesto anteriormente. Si son así las cosas que se fije el precio real de la primera adquisición y, por tanto, el del retracto en una u otra cuantía es indiferente a todos menos al primer comprador, siempre que el precio se haya de pagar a éste. Si el precio de la segunda adquisición es 65 y el de la última 80, se fije como precio de la primera adquisición 70, 75 u 85 el último adquirente lo único que podrá hacer es recuperar de su transmitente 80 y el subadquirente intermedio recuperar del primer adquirente 65.

Si el precio se ha de pagar al último adquirente, a este ya no le es igual que se fije el precio de la primera adquisición y, por tanto, el del retracto en una cuantía u otra, pues en la medida que el precio que se fije sea mayor, la cantidad que tendrá que reclamar a su transmitente será menor e incluso no le tendrá que reclamar nada si el precio de retracto que se fija es igual o superior al de su adquisición. Al subadquirente intermedio, parece que no le es igual que se fije el precio de la primera adquisición en una cuantía u otra, pues no le resulta igual que el último adquirente le reclame una cantidad inferior o superior. Sin embargo, si ha de reembolsar al último adquirente una cantidad inferior, la cantidad que podrá recuperar de su transmitente será inferior. La diferencia entre lo que ha de desembolsar y lo que puede recuperar será la misma, por lo que, en definitiva, le será igual que se fije como precio de la primera adquisición uno u otro. En efecto, si el precio de la primera adquisición y del retracto se fija en 70 y se entrega al último adquirente, éste le podrá reclamar 10. El no podrá reclamar nada a su transmitente, el primer comprador, y le habrá de entregar 5. Si se fija en 75, sólo habrá de reembolsar 5 al último adquirente, pero habrá de entregar 10 al primer comprador. Si se fija en 85, el subadquirente intermedio no tendrá que reembolsar nada al último adquirente, pero habrá de entregar 15 al primer comprador. A éste tampoco le es indiferente que se fije el precio de su adquisición y, por tanto, del retracto en 70, 75 u 85 pues

en el primer caso recibirá 5 del subadquirente intermedio, en el segundo, 10, en el tercero, 15 y además, en el tercero, podrá reclamar 5 al último adquirente (la diferencia entre el precio del retracto y el precio de la última adquisición).

Por tanto, como la fijación del precio de la primera adquisición no afecta a los subadquirentes intermedios, sino sólo al primer adquirente y al último, sólo a estos se les ha de demandar por el motivo de que puedan alegar lo pertinente sobre la cuantía real del precio de la primera adquisición.

Es cierto que la cuestión de los reembolsos entre los sucesivos adquirentes no se ha de decidir en el juicio del retracto, pero como la cuantía de los reembolsos que se pueden exigir en un juicio posterior depende de la cuantía del precio del retracto que se haya fijado en el juicio de retracto, se habrá de demandar en el juicio de retracto a quienes resulten afectados por la fijación del precio del retracto, que es el de la primera adquisición.

La fijación del precio de la última adquisición es una cuestión que no se ha de decidir en el juicio del retracto, por lo que parece que no se habrá de demandar a ninguno por esta cuestión. La fijación del precio de la última adquisición, en principio, sólo afecta al último adquirente y a su transmitente en cuanto que este es el precio que el segundo ha de reembolsar al primero. Pero como la cuestión de los reembolsos entre los sucesivos adquirentes no se ha de dilucidar en el juicio del retracto, no es necesario demandarles en el mismo por motivo de que aleguen lo pertinente sobre la cuantía real del precio de la última adquisición. Lo mismo sucede en cuanto a las adquisiciones intermedias. Sin embargo, cuando el precio de la última adquisición es inferior al de la primera y, por tanto, al del retracto, partiendo de que el precio del retracto se ha de pagar al último adquirente, vimos que los adquirentes anteriores podían pretender que el juez ordenase que se entregase al último adquirente sólo la parte del precio del retracto coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se entregase a los adquirentes anteriores y entonces, y no es igual a los adquirentes anteriores que se fije en una cuantía o en otra el precio de la última adquisición, pues en la medida que se fije uno superior (siempre que sea inferior al precio del retracto) el remanente que hay que entregar a los adquirentes anteriores será menor. Si los precios expresados de las tres adquisiciones son 70, 65 y 60 y es dudoso si el precio real de la última adquisición es 60 ó 62 y los adquirentes anteriores al último no son demandados en el juicio del retracto y no se les da la oportunidad de alegar que el precio real de la última adquisición es 60 en vez de 62 y el juez estima que el precio real de la última adqui-

sición es 62 y que, por tanto, el último adquirente puede retener 62 del precio del retracto, y que el remanente se ha de repartir entre los dos adquirentes anteriores (4 a cada uno) (salvando la dificultad de que el juez pueda decidir que se entregue a los dos adquirentes anteriores parte del precio del retracto sin haber sido demandados), es cierto que en un juicio posterior los adquirentes anteriores al último, como esa sentencia no tendrá efectos de cosa juzgada para ellos, pues no han sido parte en el juicio, pueden pretender que, como el precio real de la última adquisición es 60 y no 62, el último adquirente les debía haber entregado 5 y no 4, por lo que ahora les tendrá que entregar 1. Pero no les es lo mismo haber recibido los 5 del retrayente que tener que reclamar al último adquirente el 1 que les falta, por lo que, aunque a primera vista no lo parezca, se les ha de demandar en el juicio de retracto por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

2. El ejercicio del retracto no conlleva la ineficacia de ninguna de las adquisiciones

2.1 Aplicación de las normas del saneamiento por evicción

Como hemos visto, los implicados en posibles reclamaciones son el primer comprador, el penúltimo subadquirente y el último adquirente. Si el precio del retracto se ha de pagar al primer comprador, al último adquirente le es indiferente que se fije como precio de la primera adquisición y, por tanto, del retracto uno u otro, pues lo único que podrá hacer es reclamar el precio de su adquisición a su transmitente, el penúltimo adquirente. Sin embargo, no le es indiferente que se fije un precio u otro ni al primer comprador ni al penúltimo adquirente. Supongamos cuatro adquisiciones cuyos precios son 70, 75, 65, 76. Se discute si el precio de la primera adquisición y, por tanto, del retracto es 70, 75 u 80. Si es 70, como ya vimos, el penúltimo adquirente podrá reclamar 73 al primer comprador (70 del precio del retracto más 3 de repartir entre ambos la diferencia entre el precio de la última adquisición y el del retracto) y los dos desembolsan 3 de su patrimonio. Si es 75, el penúltimo adquirente podrá reclamar al primer comprador 75.5 (75 del precio del retracto y 0.5 de dividir entre ambos la diferencia entre el precio de la última adquisición y el precio del retracto) y así ambos sólo han de desembolsar 0.5 de su patrimonio. Si es 80, el penúltimo adquirente podrá reclamar 78 (76 por el precio que ha tenido que reembolsar al último adquirente más 2 de dividir entre

ambos la diferencia positiva entre el precio del retracto y el precio de la última adquisición), así ambos ven incrementado su patrimonio en 2. Por tanto, el primer comprador y el penúltimo subadquirente han de ser demandados en el juicio de retracto para que pueden defender que el precio real de la primera adquisición y, por tanto, del retracto es el más alto posible.

Si el precio del retracto se entrega al último adquirente ya no son sólo el primer comprador y penúltimo adquirente los interesados en fijar el precio real de la primera adquisición en una cuantía u otra, sino también el último adquirente, pues en la medida en que reciba un precio mayor, tendrá que reclamar una cantidad inferior a su transmitente. Ante la eventualidad de que el juez determine que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente a este también siempre se le ha de demandar por motivo de que pueda alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición.

En cuanto al precio real de la segunda adquisición, si el precio del retracto se ha de entregar al primer comprador, es una cuestión que no interesa en el juicio del retracto, pues sólo afecta a la cuantía de las reclamaciones que puedan hacer el último adquirente a su transmitente y éste al primer comprador, cuestiones que no se han de dilucidar en el juicio del retracto. Pero si el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente, aunque sólo en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición, y es superior al de la última adquisición, no es indiferente ni al último adquirente ni al penúltimo ni al primer comprador que se fije un precio u otro para la última adquisición entre los posibles precios inferiores o igual al precio del retracto. Suponemos cuatro adquisiciones sucesivas cuyos precios son 70, 75, 65, 67. Que el precio real de la última adquisición se fije en 65, 67 u 70 no es indiferente a ninguno de los anteriores. Indudablemente no le es lo mismo al último adquirente recibir una cuantía u otra. En cuanto al primer comprador y penúltimo adquirente, si se fija en 65, podrán pretender que el último adquirente sólo tiene derecho a recibir 65 de los 70 del precio del retracto y que el resto, 5, se ha de entregar a ellos. Si se fija en 67, tendrán derecho a una cantidad menor, 3. Si se fija en 70, no tendrán derecho a ninguna cantidad. Si el precio del retracto es inferior a todos los posibles precios de la última adquisición, aunque se haya de entregar al retrayente, no hay que entrar a dilucidar en el juicio del retracto el precio real de la última adquisición, pues dicho precio sólo servirá para establecer la cantidad que el último adquirente puede exigir a su transmitente, cuestión que no se ha de decidir en el juicio del retracto. Ante la eventualidad de que el precio del retracto se haya de entregar al último

adquirente y que sea superior al precio de la última adquisición, se habrá de demandar al primer comprador, penúltimo adquirente y último adquirente para que puedan defender el precio real de la última adquisición.

2.2 Aplicación de las normas del enriquecimiento injusto

A ninguno de los adquirentes es indiferente que se fije en uno u otro el precio de la primera adquisición y, por tanto, el del retracto. Como vimos, todos los adquirentes tenían que distribuirse tanto la diferencia negativa entre el precio del retracto y el precio de la última adquisición como la positiva. A ninguno le dará igual que se fije como precio de la primera adquisición y, por tanto, del retracto, uno u otro, pues cuanto mayor sea el precio que se fije a la primera adquisición y, por tanto, al retracto, la diferencia negativa será menor con lo que lo que habrá de poner de su patrimonio será menor o la diferencia positiva será mayor con lo que la cuantía con que se enriquecerán será mayor. Por tanto se ha de demandar a todos los adquirentes, también al primer comprador y subadquirentes sucesivos, para que puedan defender el precio real de la primera adquisición que consideren pertinente.

La fijación del precio real de la segunda adquisición, justifica, como hemos visto anteriormente, que se demande a todos quienes, si el precio del retracto es superior al precio de la última adquisición y se ha de entregar al último adquirente sólo en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición, tengan derecho a que se les entregue el exceso y como en este caso son todos los adquirentes, por motivo de fijar el precio real de la segunda adquisición se les ha de demandar a todos.

C.4) Conclusiones sobre que se haya de demandar a todos los adquirentes por razón de que les afecten las decisiones que ha de contener la sentencia sobre el precio del retracto

1. El ejercicio del retracto conlleva la subrogación del retrayente en el lugar del primer comprador y la ineficacia de las subadquisiciones posteriores

Si se parte de que el ejercicio del retracto conlleva la subrogación del retrayente en lugar del primer comprador y la ineficacia de las subadquisiciones vimos que ya había razones para demandar a todos los adquirentes (también al primer comprador) sin necesidad de entrar a ver si las decisiones que la sen-

tencia de retracto ha de contener sobre el precio del retracto afectaban a los adquirentes y, por este motivo, también se les había de demandar. Una vez visto a quienes afectan las decisiones de la sentencia del retracto sobre el precio del retracto resulta que, por razón de verse afectados por estas decisiones, se ha de demandar:

1) Al primer comprador, por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto sea superior al de la última adquisición y de que se entregue al último adquirente, pueda defender que sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se le entregue a él en la parte a la que tenga derecho. Por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

2) A todos los subadquirentes, por razón de poder defender que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente.

3) A los subadquirentes anteriores al último, por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto sea superior al de la última adquisición y de que se entregue al último adquirente, puedan defender que sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se les entregue a cada uno de ellos en la parte a la que tengan derecho. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

4) Al último subadquirente, por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición.

2. El ejercicio del retracto no conlleva la ineficacia de ninguna de las adquisiciones sucesivas

En estos casos buscábamos una razón que justificase la exigencia del TS de demandar, aparte de al último adquirente, a los adquirentes anteriores (primer comprador y subadquirentes intermedios). Si a los reembolsos entre los sucesivos adquirentes aplicamos las normas del saneamiento por evicción, como consecuencia de verse afectados por las decisiones que la sentencia estimatoria del retracto ha de contener sobre el precio del retracto, se ha de demandar al primer comprador, penúltimo adquirente y último adquirente, pero no a los subadquirentes intermedios anteriores al último. En cam-

bio, si aplicamos las normas del enriquecimiento injusto se ha de demandar a todos los adquirentes, también al primer comprador y a todos los subadquirentes intermedios.

2.1 Aplicación de las normas del saneamiento por evicción

Se ha de demandar:

1) Al primer comprador, por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto sea superior al de la última adquisición y de que se entregue al último adquirente, pueda defender que sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se le entregue a él en la parte a la que tenga derecho. Por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente y sea superior al de la última adquisición, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

2) Al penúltimo adquirente, por motivo de poder defender que el precio del retracto se entregue al último adquirente. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto sea superior al de la última adquisición y de que se entregue al último adquirente, pueda defender que sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se le entregue a él en la parte a la que tenga derecho. Por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente y sea superior al de la última adquisición, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

3) Al último adquirente, por motivo de poder defender que el precio del retracto se entregue a él. Por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue a él. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue a él y sea superior al de la última adquisición, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

2.2 Aplicación de las normas del enriquecimiento injusto

Se ha de demandar:

1) A todos los adquirentes, por motivo de que puedan alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición y ante la

eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente, por motivo de que puedan alegar lo pertinente sobre el precio real de la última adquisición.

2) A todos los adquirentes anteriores al último, por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente y de que sea superior al de la última adquisición, puedan defender que se ha de entregar al último adquirente sólo en la parte coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se les entregue a cada uno de ellos en la cuantía correspondiente.

3) Al último adquirente, por motivo de poder defender que el precio del retracto se le ha de entregar a él.

6. DERECHO DE TANTEO

6.1 Momento del ejercicio del tanteo

Ya hemos visto, al hablar del retracto, que para el legislador catalán el tanteo voluntario se ejerce cuando el propietario del bien ya ha celebrado con un tercero un negocio de enajenación todavía no consumado y también hemos visto el inconveniente de esta solución. Si se trata de un tanteo legal esta solución también presenta ventajas, menos acusadas si el tanteo es voluntario, frente a la solución de que el tanteo actúa ante una venta meramente proyectada. Es más difícil para el propietario del bien simular un contrato con un tercero con el objeto de que el tanteante adquiera el bien, presupuesto que éste ejercerá el tanteo para evitar la adquisición del bien por el tercero, que fingir un proyecto de venta con un tercero. Ciertamente que en los tanteos legales en que se exige que se notifique al tanteante la identidad del posible adquirente, aun admitiendo que el tanteo actúe ante una venta meramente proyectada, el tanteante tiene un medio para asegurarse de que el proyecto de venta no es fingido: hablar con el tercero. Pero el tercero podría estar confabulado con el propietario del bien y fingir que existe un proyecto de venta cuando en realidad no existe. Esta confabulación es más difícil que se dé si el tanteo actúa ante un contrato ya perfecto, pues tanto el propietario como el tercero quedarán vinculados y corren el riesgo de que la otra parte le exija el cumplimiento del contrato si el tanteante no ejerce su derecho. En los tanteos legales es más relevante para el tanteante este fraude, pues, como hemos dicho, puede ser que el tanteante sólo esté dispuesto a adquirir el bien para evitar que lo adquiera otro. En cambio, en los tanteos voluntarios el tanteante está interesado en la obtención del bien y no le importa que la venta que le notifique el propietario sea

fingida, salvo que en el momento en que se le notifique no le conven-
ga, por ejemplo, por cuestiones económicas, ejercer el tanteo.

6.2 Efectos del ejercicio del tanteo

Partiendo de que el tanteo actúa ante un negocio celebrado no consumado, hay dos posibilidades: entender que el tanteante se subroga en el lugar del que ha celebrado el negocio con el propietario del bien o entender que el propietario celebra un nuevo negocio con el tanteante que deja ineficaz, al menos frente al tanteante, el negocio celebrado entre propietario y tercero.

6.2.1 SUBROGACIÓN

Del Pozo-Vaquer-Bosch¹⁸¹ entienden que cuando el tanteante ejerce su derecho se subroga en el contrato ya celebrado entre el propietario del bien y el tercero, sin que el tanteante celebre un contrato nuevo con el propietario del bien, solución que también ha sido la propugnada para el régimen del CC¹⁸². Extraña, sin embargo, que el legislador catalán, a diferencia de lo que sucede con el retracto, en ningún momento habla de la subrogación del tanteante. Si estuviera en su mente la subrogación del tanteante en el lugar del que celebra el negocio con el propietario, en vez de caracterizar el tanteo por *facultar a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente*, lo habría podido caracterizar por *facultar a su titular para subrogarse, en las mismas condiciones, en el lugar del que ha celebrado un negocio oneroso antes de que haya tenido lugar la transmisión del derecho*. Se podría pensar que el legislador sería incoherente si, después de considerar

¹⁸¹ *Efectos del ejercicio del derecho de tanteo: la subrogación del titular del derecho en el acuerdo transmisivo (Derecho civil de Cataluña... , p. 401).*

¹⁸² ALBALADEJO (*Derecho Civil...*): *A celebraríam con un tercero la compraventa de la cosa y debería notificar a B que la ha vendido, para que, si éste quiere adquirirla, ejercite su derecho de tanteo, en cuya virtud, poniéndose en el lugar del comprador, haga que en vez de a éste la cosa se le entregue o transmita a él (p. 805).*— *En el tanteo, el tanteante sí que desplaza a un tercero, con quien el dueño había celebrado ya el contrato de enajenación. Pues como el derecho actúa entre éste y la transferencia de la cosa, resulta que el tanteante ocupa el puesto (se subroga en él) de dicho tercero en aquel contrato (p. 811).* COCA (*Tanteo y retracto...*, p. 56): *Dado que el tanteo es preadquisitivo, nada obsta a que el mecanismo de actuación sea la subrogación del tanteante en la posición del comprador, con lo que el negocio de compraventa cumple su función de servir de módulo determinante de la contraprestación del tanteante de una forma absoluta: el tanteante se inmiscuye en eses contrato, convirtiéndose en el comprador.* COCA y MUNAR (*Comentarios...*, p. 674): *Técnicamente habrá una subrogación del tanteante en la posición jurídica del comprador.* RODRÍGUEZ MORATA (*Derecho de tanteo...*, p. 144): *en la notificación... existe una específica voluntad de ofrecer las condiciones del contrato... para que, en su caso, pueda subrogarse en el lugar del comprador.*

que en el retracto hay subrogación, estimase que en el tanteo no la hay. Sin embargo, veremos que quizás no sea así.

González Pacanowska¹⁸³, para el régimen del CC, admite que en el tanteo legal se hable de subrogación aunque sugiere que más correcto sería hablar de cesión de contrato, cesión impuesta por la ley. Pero para el tanteo voluntario, aun de eficacia real, opina que resulta difícil admitir esa cesión sin contar con la voluntad del comprador (presuponemos que dicha autora se apoya en que la ley no impone tal cesión en el tanteo voluntario, pues no está regulado) y concluye que la declaración de voluntad de ejercicio del tanteo puede entenderse como aceptación de la oferta que encierra la notificación hecha al tanteante por el propietario del bien. Mas no considera González Pacanowska que si el tanteante ejerce su derecho, el contrato entre el propietario y el tercero no será eficaz, al menos frente al tanteante, y también podemos argumentar, partiendo de sus premisas, que es difícil admitir esa ineficacia sin contar con la voluntad del tercero. Si se trata de un tanteo real inscrito el tercero ya sabe que su adquisición puede quedar frustrada y –partiendo de sus premisas, insisto– no sería necesario su consentimiento para que se produzcan las consecuencias del ejercicio del tanteo.

Observamos que la STS 22 septiembre 1993¹⁸⁴, en que parece que se notifica una venta celebrada, condena al propietario del bien a otorgar una escritura de venta y no de subrogación. Pero, aunque tal como transcribe el TS la notificación del propietario al tanteante (*que tiene concertada con la Sociedad... la venta de la referida propiedad*¹⁸⁵) pudiera deducirse que le notifica la venta ya celebrada con la sociedad, más adelante¹⁸⁶ el TS dice que lo que se notificó fue la intención de vender la finca.

Entender el funcionamiento del tanteo de una manera o de otra tiene sus consecuencias, al menos, en cuanto al plazo de ejercicio de las acciones que el comprador puede dirigir contra el vendedor cuyo cómputo se inicia con la celebración del contrato, como la acción para exigir la entrega de la cosa o la acción de saneamiento por gravámenes ocultos (1483 CC). Si hay subrogación, el plazo comenzará desde el momento en que el tercero celebró el contrato con el propietario del bien. Si hay nuevo contrato, desde el momento en que el propietario del bien celebró el contrato de venta con el tanteante. Nos parece más equitativo esto último, pero no vemos cómo coordinarlo con la tesis de la subrogación. Quizás, entonces, el legislador no ha aludido para nada a la subrogación del tanteante porque no ha queri-

¹⁸³ *Retracto...*, p. 330.

¹⁸⁴ Aranzadi 6654.

¹⁸⁵ FD 1.º, al principio.

¹⁸⁶ FD 7.º, al final.

do que haya subrogación para evitar este inconveniente. Es cierto que la subrogación del retrayente también presenta este inconveniente, pero, por otro lado, presenta otras ventajas como que las acciones derivadas del contrato de compraventa se ejerzan entre el propietario originario y el retrayente y no entre éste y el tercero que adquirió del bien. Y sopesando ventajas e inconvenientes el legislador ha considerado que tienen más peso las ventajas que los inconvenientes. Pero la subrogación del tanteante sólo presenta inconvenientes, pues no hay ninguna ventaja, ya que el tanteante se subroga en el contrato celebrado con el tercero o celebre un nuevo contrato con el propietario originario del bien, las acciones derivadas del contrato de compraventa se ejercerán siempre entre el tanteante y el propietario del bien.

El tanteo, como ya puso de relieve Arechederra¹⁸⁷, no es una cuestión de dos (el propietario del bien y el tanteante), sino de tres (los anteriores y el tercero), pues el tanteo afecta al tercero. Y esto no sólo si el tanteo actúa ante un contrato ya celebrado, sino también si actúa ante un contrato meramente proyectado. Si actúa ante un contrato celebrado y entendemos que hay subrogación, que es la tesis que estamos analizando, el tercero se ve excluido del contrato para ser sustituido por el tanteante. En este caso pienso que el tanteante debería dirigir la acción contra el propietario¹⁸⁸ y, siguiendo a Díez Soto¹⁸⁹, también contra el tercero. ¿Cómo puede una sentencia decir que un comprador se ve sustituido por otro en su posición contractual sin haber sido demandado el primero? Contra el propietario deberá dirigir la acción no sólo por ser propietario, sino porque como consecuencia de la subrogación le cambian el obligado a pagar el precio. Si actúa ante un contrato meramente proyectado (parece ser la solución de los tanteos legales del CCC), al tercero se le priva de la posibilidad de adquirir el bien que tenía intención de adquirir. Quizás en este caso como la sentencia no se pronuncia sobre una relación jurídica de la que sea sujeto el tercero, pues no se ha llegado a

¹⁸⁷ *Aquí el propietario no se ha desligado de la cosa aún y se encuentra compelido por una atención al tercero interesado y el debido respeto al titular del derecho de tanteo. Este esgrime indistintamente su pretensión frente al propietario y tercero (Los derechos..., p. 129).*

¹⁸⁸ Contra el propietario deberá dirigir la acción por ser el propietario. Podría pensarse que también por haber subrogación en virtud de la cual el propietario pasara de tener como deudor al tercero a tener al tanteante. Pero obsérvese que el propietario, al conceder el tanteo, de algún modo ya consintió en tener como deudor al tanteante.

¹⁸⁹ Este autor considera el retracto, pero como para él el retracto puede ejercerse ante una venta celebrada no consumada, lo que dice vale para el tanteo que se ejerce ante una venta celebrada no consumada. Afirma que *no plantea ninguna duda la legitimación pasiva del comprador y no sólo en el caso de que sea él quien tenga en su poder la cosa... sino también cuando la cosa esté todavía en poder del vendedor*. Lo justifica en que *en el curso del juicio... han de dilucidarse necesariamente cuestiones acerca de las cuales el comprador tiene siempre un interés directo (subrogación del retrayente en sus derechos y acciones... (Ejercicios y efectos..., p. 119).*

celebrar ningún contrato, se puede defender que no hay litisconsorcio pasivo necesario. Pero la sentencia no afectará al tercero que no ha sido parte en el juicio de tanteo y si estima que el mismo no se ha ejercido conforme a derecho puede interponer una demanda haciendo valer su interés en comprar el bien. La mayoría de los casos de acción de tanteo que se han planteado ante la jurisprudencia (tanteos legales arrendaticios) son casos en los que todavía el propietario no ha celebrado un contrato de venta por lo que el propietario notifica la intención de vender y la demanda se dirige sólo contra el propietario del bien¹⁹⁰. Pero también hay un caso en la jurisprudencia de las Audiencias en que el propietario había celebrado un precontrato con el tercero y el tanteante sólo demandó al propietario del bien sin que esto fuera óbice para la estimación de su demanda¹⁹¹. En la ya citada STS 22 septiembre 1993 igualmente sólo se demanda al propietario del bien, pero ya hemos visto que es dudoso que ya se hubiera celebrado la venta con el tercero.

Si hubiera subrogación, para formalizar la transmisión, se tendría que otorgar una escritura de subrogación y no una escritura de venta. Surge la cuestión de quién habrá de otorgar la escritura de subrogación. En mi opinión, lo correcto será que la otorguen los tres afectados, propietario, tanteante y también el tercero, pues no se entiende que pueda ser sustituido en la posición contractual del contrato que ha celebrado con el propietario sin expresar su consentimiento. Si no la otorga voluntariamente, igual que si no la otorga voluntariamente el propietario del bien, el tanteante tendrá que exigírselo judicialmente. Pero esta escritura de subrogación no es suficiente para que el tanteante inscriba el dominio a su favor en el Registro. Es sólo eso una escritura de subrogación. Para escribir el dominio a su favor se necesita una escritura de venta. Si el propietario hubiera vendido al tercero en escritura pública y luego se otorga escritura de subrogación, pienso que el Registrador podrá

¹⁹⁰ En supuestos de tanteo voluntarios estos se habían configurado de manera que titular del derecho tenía que notificar al tanteante su intención de vender y no la venta ya celebrada. STS 16 febrero 1973 (Aranzadi 476): *se adjudicó a su referida hermana determinado negocio, concediendo a los demás hermanos... el derecho de tanteo en el caso de que aquélla tratase de traspasar, obligándose a poner en conocimiento de los luego demandantes... la referida intención.* STS 13 diciembre 1958 (Aranzadi 4047): *si tratase de arrendar o vender el trozo de terreno... se ha de ofrecer antes al dueño que a la sazón lo sea de la casa número 5...*

¹⁹¹ En el caso de la SAP Teruel 29 septiembre 1993 (AC 1618), sobre tanteo a favor del arrendador por traspaso del local de negocio, el arrendatario había formalizado con un tercero un precontrato de traspaso plasmado en un documento del que se dio traslado al arrendador. En el caso de la SAP de Toledo 15 febrero 2007 (BDA JUR 239066), aunque la Audiencia dice que el arrendatario ejerce su derecho de tanteo cuando el propietario tiene concertado un precontrato de transmisión, no se había celebrado el precontrato, pues lo que notificó el arrendador fue su intención de vender, no la celebración de ningún precontrato.

inscribir el dominio a favor del tanteante. Pero si el propietario hubiera vendido al tercero en escritura pública ya se habría producido la tradición instrumental y, entonces, no se habría ejercido el tanteo, sino el retracto. Por lo que resulta que en la práctica lo que se hará es que el propietario otorgue escritura pública de venta a favor del tanteante¹⁹².

6.2.2 EL TANTEANTE CELEBRA UN NUEVO CONTRATO CON EL PROPIETARIO DEL BIEN Y EL CELEBRADO CON EL TERCERO DEVENDRÁ INEFICAZ

Se podría considerar que el tanteante, como consecuencia del ejercicio del tanteo, celebra un nuevo contrato con el propietario del bien¹⁹³. El problema es qué sucede con el contrato entre propietario y tercero. Si el tercero sabía de la existencia del tanteo se puede defender la existencia de una condición suspensiva, que el tanteante no ejerza su derecho por lo que si lo ejerce el contrato entre tanteante y tercero no llegará a producir efectos. Si el tercero ignora el tanteo, tal contrato seguirá siendo eficaz aunque inoponible al tanteante y al no poder cumplirlo el propietario, éste responderá de daños y perjuicios ante el tercero.

Parece aplicable a esta tesis la configuración de la notificación al tanteante como una oferta irrevocable de venta que para los tanteos legales hace el TS¹⁹⁴ y cierta doctrina¹⁹⁵, partiendo de que el tanteo se ejerce ante una venta proyectada aún no celebrada. Sin embargo, los que admiten que en el tanteo hay subrogación también hablan de oferta irrevocable, unos no precisan qué se ofre-

¹⁹² BOSCH (*Opción...*), para quien el tanteo produce una subrogación en la posición del tercero (p. 212) dice que *el ejercicio del tanteo dará lugar a la celebración del contrato que será el que se inscribirá* (p. 231). Es decir para formalizar el ejercicio del tanteo admite que se habrá de celebrar un nuevo contrato. Si hay subrogación no se habría de celebrar un nuevo contrato.

¹⁹³ Es la tesis que sostiene GONZÁLEZ PACANOWSKA (*Retracto...*, p. 330): *la tesis de la «subrogación»... no cuenta ningún apoyo legal en lo que se refiere al ámbito civil... La declaración dirigida al ejercicio de su derecho significa... que se perfecciona un contrato de compraventa entre el tanteante y dueño de la cosa... distinto del celebrado con el tercero...es la solución adoptada por el legislador alemán, pero no parece aventurado mantenerla para nuestro Derecho...*

¹⁹⁴ STS 19 diciembre 1991 (Aranzadi 9408, referida al derecho de tanteo arrendaticio urbano): *el tanteo se presenta como una oferta legal de venta, que no aflora por la decisión del propietario, sino sólo cuando pretende enajenar el bien dado en arriendo, ya que el precepto citado se lo impone como carga y obligación de notificar fehacientemente al inquilino su propósito de vender o ceder solutoriamente...* STS 22 septiembre 1993 (Aranzadi 6654, referida al derecho de tanteo arrendaticio rústico): *porque se ejercitó aquel derecho dentro de plazo –lo que de alguna manera denota aceptación por el arrendatario de la oferta implicada en la notificación inicial de 21-3-1989–...*

¹⁹⁵ DÍEZ SOTO (*Ejercicios y efectos...*, p. 218) opina que en condiciones normales en la notificación se puede considerar implícita la oferta de contratar, pero que el propietario del bien también puede dar a la notificación otro sentido.

ce¹⁹⁶, por lo que puede entenderse que se ofrece la subrogación y, entonces, considerar la notificación como oferta no es incompatible con la subrogación. Otros¹⁹⁷ hablan de oferta de contrato, lo cual si entendemos que se ofrece un contrato de subrogación, tampoco es incompatible. Pero otros¹⁹⁸ hablan, a la vez, de subrogación y oferta de contrato de venta, lo cual parece incompatible, a no ser que esta expresión la utilicen en el sentido de oferta de subrogación en contrato de venta. Si esto es así, como expone Díez Soto, el ejercicio del tanteo se concreta en la aceptación de la oferta implícita en la notificación, dando lugar con ello a que el contrato deba considerarse perfeccionado¹⁹⁹. Llevando esta construcción hasta sus últimas consecuencias, tratándose de un bien inmueble, si tanto la notificación como el ejercicio del tanteo se hubieran hecho en escritura pública, bastarían estas para que el tanteante inscribiera su adquisición en el Registro de la Propiedad (aportando, además, al Registrador los documentos necesarios para que éste pueda comprobar que el tanteo se ejerció correctamente), pero en la práctica esto no es así. En este aspecto esta construcción es similar a la del derecho de opción, pues como veremos, se entiende que cuando el optante ejercita su derecho queda perfeccionado el contrato de compraventa. Y salvo que se haya pactado otra cosa, como también veremos, el optante necesita para inscribir su derecho de la colaboración del propietario de la cosa, pues éste habrá de otorgar escritura pública. De hecho, en las sentencias que estiman el derecho de tanteo, se condena al propietario a otorgar escritura pública de venta a favor del tanteante²⁰⁰. Rigurosamente, la escritura no tendría que ser de venta, pues la venta ya está perfeccionada.

Si el propietario de bien no otorga voluntariamente la escritura, el tanteante tendrá que ejercer la acción de tanteo. Personalmente pienso que la demanda habría de dirigirse contra el propietario del bien y

¹⁹⁶ BOSCH (*Opción...*, p. 203): *La notificación del acuerdo transmisivo tiene una naturaleza similar a la de una oferta irrevocable hecha al tanteante.*

¹⁹⁷ COCA y MUNAR para el tanteo del arrendatario (*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. LASARTE, Madrid 1996, p. 695): *declaración unilateral de voluntad que constituye una oferta de contrato y que, una vez emitida, es irrevocable para el emisor –propietario arrendador–, quedando obligado a mantenerla, durante el plazo que tiene el arrendatario para ejercer su derecho de tanteo.*

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ MORATA, también para el tanteo arrendaticio [*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. BERCOVITZ, Cizur Menor (Navarra 2002), p. 597]: *La notificación prevista en el artículo 25.2 LAU tiene la naturaleza de una oferta legal de contrato de venta (STS 19 diciembre 1991), y, como tal, vincula a quien la hace, quedando obligado a mantenerla, por la obligatoriedad derivada de la doctrina de los actos propios... el arrendador no podrá revocar la oferta sin consentimiento expreso del arrendatario. Durante el plazo de caducidad de la notificación, que según el art. 25.2 es de treinta días, la oferta del contrato de venta deviene, pues, irrevocable por el arrendador.*

¹⁹⁹ *Ejercicios y efectos...*, p. 234.

²⁰⁰ STS, ya citada anteriormente de 22 septiembre 1993 (Aranzadi 6654); SAP Burgos 19 julio 2007 (BDA JUR 2008 43143).

el tercero, pues la cuestión afecta a éste ya que está interesado en adquirir el bien y si el tanteo no se ejerce conforme a derecho, se le ha de dar la oportunidad de alegarlo. Sin embargo, vemos que en los supuestos en que, según la relación de los hechos expuesta por la sentencia, se notifica la intención de enajenar, el tanteante demanda sólo al propietario del bien²⁰¹. No obstante encontramos algún supuesto en que también se demanda al tercero²⁰². Desde un punto de vista de técnica jurídica quizás no se den los requisitos para que haya litisconsorcio pasivo necesario, si entendemos que para que se de éste es necesario que haya una pluralidad de titulares en la relación jurídica discutida en el pleito y aquí el tercero todavía no está vinculado con una relación jurídica con el propietario del bien. De todas formas al tercero no le afectará la sentencia, pues no fue parte en el pleito y si el tanteante, a pesar de no reunir los requisitos legales, obtiene sentencia favorable, el tercero podrá interponer demanda haciendo valer su interés en adquirir la cosa.

Otra posible forma de entender el funcionamiento del tanteo es que la notificación del propietario de la cosa al titular del derecho no encierra una oferta de contrato, sino una invitación a que el tanteante formule la oferta de contrato al propietario de la cosa. Si el propietario tiene obligación de aceptar esta notificación, en la práctica, no hay mucha diferencia con la forma de entender el tanteo expuesta anteriormente. La única diferencia es que se retrasaría el momento de perfección del contrato. Pero la diferencia es relevante si se entiende que el propietario del bien no tiene obligación de aceptar la oferta del tanteante, sino que puede rechazarla y no enajenar el bien al tanteante, aunque tampoco podrá enajenar el bien a un tercero, pues, de hacerlo, el tanteante podrá ejercer el retracto. Esta tesis ha sido sugerida en la doctrina española²⁰³, pero es recha-

²⁰¹ SAP Burgos (BDA JUR 2008/43143). En esta sentencia los demandados son varios, pero todos ellos hermanos y como condena a los demandados al otorgamiento de la escritura pública parece lógico deducir que los demandados eran los arrendadores propietarios y entre ellos no estaba el tercero a quien tenían intención de vender las fincas. SAP Asturias 24 noviembre 2005 (Aranzadi Civil 2349). SAP Córdoba 11 septiembre 1993 (Aranzadi Civil 1612)

²⁰² SAP Soria 15 julio 2005 (BDA JUR 2006/19265): la sentencia dice explícitamente que la acción ejercitada es la de tanteo y que lo que se notificó al arrendatario fue la intención de venta de la finca, mas también dice que el propietario había celebrado la venta con el tercero y que éste había recibido la posesión.

²⁰³ PASQUAU («Comentario a la STS 22 septiembre 1993», CCJC 1993, p. 1032): *su virtualidad no alcanza a exigir al dueño, una vez practicada la notificación, la celebración del contrato... El arrendatario podrá simplemente contestar que está interesado en la adquisición de la finca en las condiciones ofrecidas al tercero, en cuyo caso el dueño deberá decidir si vende (ahora sí, al arrendatario) o no vende*. Parte de que el derecho de tanteo no es más que una fase preliminar o instrumental del derecho de retracto, que presupone un contrato ya perfeccionado (o en opinión de algunos una transmisión ya consumada), por lo que el derecho a la preferencia adquisitiva no nace con la notificación a efectos del tanteo, sino con la celebración del contrato, siendo tal notificación sólo un medio de saber si hay o

zada por el TS, que estima que la notificación vincula al propietario de forma que éste no puede evitar la adquisición del tanteante si éste decide ejercer su derecho ni en el supuesto de que abdicaran de la compra los posibles adquirentes²⁰⁴.

6.3 Simulación del negocio de enajenación celebrado con el tercero y desistimiento del mismo

Si se ejercita el tanteo y luego se demuestra que la venta celebrada era simulada por el propietario del bien y el tercero, ¿se habría de conceder al tanteante la posibilidad de pedir la ineficacia de su adquisición? En el tanteo voluntario, que es el que examinamos, el tanteante tiene interés en la adquisición del bien en sí mismo considerado²⁰⁵, por lo que, en principio, parece que habría adquirido el bien aunque hubiera conocido que la venta era fingida y, en consecuencia, no hay razón para concederle la posibilidad de pedir la ineficacia de su adquisición. Pero si el tanteante pudiera probar que en aquel momento no estaba interesado en la adquisición del bien (por ejemplo, no tenía dinero y tuvo que pedir un préstamo) y que no lo hubiera adquirido de no haber un tercero que adquirirá el bien si el no ejerce su derecho, podrá pedir la ineficacia de su adquisición. La acción que interpondrá es una acción de error o dolo.

En los tanteos legales la situación es diferente. Se puede presumir que el tanteante ejerce el tanteo para no cambiar de sujeto de la relación jurídica que lo fundamenta. Con base en esta presunción el tanteante podrá pedir la ineficacia de su adquisición si la venta con el tercero era simulada. Corresponde al propietario del bien demostrar que el tanteante hubiera ejercido su derecho aun cono-

no vía libre para contratar con el tercero. Lo justifica diciendo que puede preferir no vender que vender al arrendatario: unas condiciones favorables de venta ofrecidas por razón de amistad o a cambio de otras ventajas que el arrendatario no puede garantizar, un aplazamiento del precio concedido en función de la solvencia del tercero...

²⁰⁴ Según la ya citada STS de 19 diciembre 1991, expone que la notificación da lugar a una efectiva vinculación en cuanto el arrendador no puede desistir de su decisión, ni puede quedar sin efecto la misma, en el caso de que abdicaran de la compra los designados como posibles adquirentes (SS de 2-7-1951, Aranzadi 1896, y 19-1-1952, Aranzadi 268). Y según la también citada STS 22 septiembre 1993, *no es admisible que posteriormente se pretenda dejar sin efecto el derecho ya ejercitado... porque el propietario manifieste haber desistido de la venta, pues ha de recordarse que lo esencial para dar lugar al derecho de tanteo es que el propietario haya decidido vender la cosa... y no puede quedar al arbitrio de dicho propietario eliminar las consecuencias del tanteo ya ejercitado, con sólo desistir de la venta*. En la primera de las dos sentencias tal afirmación constituía un *obiter dictum*, pero en la segunda, una de las *ratio decidendi*.

²⁰⁵ Si se constituye el tanteo normalmente es porque el propietario no está dispuesto a vender el bien y se conviene que si cambia de opinión y decide venderlo, el tanteante tenga preferencia.

ciendo la simulación de la venta. Si el propietario del bien obró de mala fe no hay que imponer al tanteante la carga de la prueba de que no habría comprado el bien de haber conocido la existencia de la simulación.

Si después de la notificación al tanteante y antes de que éste haya ejercido su derecho, el propietario y tercero desisten de la venta que celebraron se plantea si el tanteante ve impedido su ejercicio. A favor de que el tanteante pueda ejercer su derecho podemos aducir que lo que pone en acto su derecho es la notificación, es decir, a partir de la notificación su derecho ya es puede ejercer y, por tanto, lo que suceda después no le ha de afectar. A favor de lo contrario se puede aducir que, finalmente, el propietario del bien no lo va a vender y, por tanto, falta el presupuesto de ejercicio del tanteo. Estimo preferible la primera solución, pues una vez que una persona ha adquirido un derecho no puede ser privado de él sin su consentimiento o sin que la ley lo establezca. Para el caso del tanteo arrendaticio el TS estima que el tanteo se puede ejercer aunque los terceros hayan desistido de la compra²⁰⁶.

Si el tanteante rehúsa ejercer su derecho y luego se pone de manifiesto que la venta celebrada era simulada o las partes desisten de la venta celebrada parece que no se presenta ningún problema.

²⁰⁶ STS 19 diciembre 1991 (Aranzadi 9408): *De esta manera el tanteo se presenta como una oferta legal de venta, que no aflora por la decisión del propietario, sino sólo cuando pretende enajenar el bien dado en arriendo, ya que el precepto citado se lo impone como carga y obligación de notificar fehacientemente al inquilino su propósito de vender ... dando lugar a una efectiva vinculación en cuanto el arrendador no puede desistir de su decisión, ni puede quedar sin efecto la misma, en el caso de que abdicaran de la compra los designados como posibles adquirentes [SS de 2-7-1951 (Aranzadi 1896) y 19-1-1952 (Aranzadi 268)].*

