

1.5. Obligaciones y Contratos

EL RETRACTO LEGAL EXIGE QUE EL PROPIETARIO REALICE UN ACTO DE ENAJENACIÓN DEL DOMINIO A FAVOR DE TERCERO DIFERENTE DEL TITULAR DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO

Regula el Código Civil en los artículos 1.521 y siguientes y bajo el epígrafe «Del retracto legal», lo que puede considerarse la regulación general de uno de los derechos de adquisición preferente existentes en nuestro Ordenamiento Jurídico. Mediante el retracto legal la Ley concede a su titular un derecho real sobre cosa ajena que le faculta para adquirir onerosamente su propiedad en el supuesto de que su actual propietario la enajene a tercero a través de determinados negocios jurídicos, subrogándose en la posición del adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato y mediante el reembolso a éste del precio satisfecho, así como de todos los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la adquisición, incluidos los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa objeto del retracto (arts. 1.525 y 1.518 del Código Civil). Los retractos legales son limitativos del derecho de dominio en tanto condicionan la facultad de libre disposición del titular dominical de la cosa, pues si bien es libre de enajenarla o no y en las condiciones y pactos que estime conveniente, tal facultad se ve constreñida por la necesidad de enajenarla a persona concreta, quien ostenta una preferencia legal frente a terceros adquirentes, son siempre derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos, con fundamento en el interés social y no en el beneficio particular de su titular, de interpretación restrictiva (así lo disponen las SSTs de 24 de noviembre de 1921, 9 de julio de 1958 y 3 de julio de 1959), y sometidos a unos estrictos requisitos, no sólo sustantivos, sino de ejercicio procesal, tanto en cuanto al plazo como al procedimiento.

II. NATURALEZA

El retracto legal es un derecho oponible frente a cualquier adquirente y ejercitable contra el actual titular dominical del bien, sea primer adquirente o subadquirente, cualquiera que sea el título de adquisición de éste no rigiendo para sucesivas transmisiones la limitación a compraventa o dación en pago (STS de 27 de febrero de 1954), procede, el retracto cuando la primera transmisión es por venta y la segunda por permuta. La misma STS, a la que hemos aludido de 27 de febrero de 1954, declara que siendo la acción de retracto una acción real, la declaración principal objeto de esta acción sobre la entrega de la finca y otorgamiento de la escritura debe hacerse contra el demandado que está en posesión de ella, si bien cuando hay sucesivas transmisiones debe demandarse a todos, pues el segundo adquirente por traer causa del primero ha

de alcanzarle igual que a éste las consecuencias de la resolución del primer contrato que estaba todavía afecto al derecho de retracto cuando se celebró el segundo. En realidad, la acción de retracto es de naturaleza real porque su finalidad es adquirir la propiedad de un bien vendido por el antiguo dueño a un tercero, adquisición que no puede lograrse sino de quien la tenga en su poder a título de dueño porque resultaría ineficaz el mero derecho declarado a favor del retrayente si el demandado no pudiera hacer entrega de la cosa. Así, el derecho de retracto legal, como limitación del dominio, obra siempre con la máxima eficacia frente a los adquirentes del inmueble y su ejercicio y efectividad no están subordinados a la inscripción del título en el Registro y no juega en esta materia el concepto de tercero. Ahora bien, la posibilidad de ejercitar el retracto frente a cualquiera constituye al mismo tiempo premisa indispensable para la eficacia de la acción y se exige cuando dentro del plazo para ejercitar el retracto el comprador enajenara a su vez a sucesivos adquirentes; la acción debe dirigirse contra éstos salvo que el retrayente no tenga conocimiento de la segunda transmisión hasta después de terminado el período expositivo del juicio, por no haber ya entonces términos hábiles procesales para dirigir la acción contra ambos compradores, si bien, a veces, se exige la presentación de nuevas demandas con acumulación reuniendo cada una de ellas los requisitos extrínsecos exigibles, esto es, consignación de la totalidad del nuevo precio o al menos la diferencia con lo consignado anteriormente.

Además, son evidentes las diferencias existentes entre retracto legal y retracto convencional, pues, en cuanto a los sujetos en el retracto legal son tres las personas que median: el vendedor que enajena la cosa sin propósito alguno de retraerla; el comprador que en esa inteligencia la recibe mediante el pago de su justo valor, y el retrayente a quien la ley concede el derecho de pedir preferentemente para sí la cosa vendida, siempre que el comprador no sufra mayores agravios y perjuicios que verse privado de lo que compró y pagó; mientras que en el retracto convencional intervienen el comprador y el vendedor retrayente. En el retracto legal la preferencia es una facultad adquisitiva atribuida por la ley por fines de utilidad pública a quien ninguna intervención tuvo en la compraventa básica, mientras que en el retracto convencional es una facultad de readquisición que se la reserva el vendedor de la compraventa básica.

III. OBJETO

El Código Civil se refiere a las cosas en general, en contra de la opinión de autores como SCAEVOLA y de la jurisprudencia anterior al Código Civil que le limitaban a las cosas inmuebles —en este sentido citamos las SSTs de 22 de marzo de 1877 y 6 de febrero de 1880—. La doctrina lo extiende a las cosas muebles a menos que de la propia naturaleza de las cosas se derive lo contrario (1). Para otros autores como MANRESA, siempre que se trate de una trans-

(1) El retracto legal exige que el propietario realice un acto de enajenación del dominio a favor de tercero diferente del titular del derecho de adquisición preferente. El artículo 1.521 limita estos actos de enajenación a la compraventa y a la dación en pago; en el retracto de comuneros se habla de enajenación —art. 1.522—, al igual que en el de arrendamientos rústicos —art. 86 LAR—; en el de colindantes de venta —art. 1.523—, así como en el de coherederos —art. 1.067—; en el de buques —art. 575 del Código de Comercio— y en el de arrendamientos urbanos —arts. 25 y 31 LA—.

misión del dominio cuya especial naturaleza no impida subrogación, el retracto podrá ejercerse provechosamente. La doctrina mayoritaria entiende que el retracto, como regla general, se otorga para el caso de enajenación por venta o dación en pago y que, excepcionalmente, se concede a veces para otras enajenaciones o figuras equiparadas. La jurisprudencia mantiene un criterio restrictivo en esta cuestión, salvo cuando la ley lo establece expresamente, si bien no se contenta con la denominación dada al contrato por las partes sino que atiende a su calificación según su verdadera naturaleza (2).

IV. ENAJENACIONES QUE ORIGINA EL RETRACTO

El retracto, por su propia naturaleza, exige que el propietario realice un acto de enajenación del dominio a favor de tercero diferente del titular del derecho de adquisición preferente, transmisión que en el citado artículo 1.521 del Código Civil aparece limitada a los supuestos de compraventa y dación en pago, mientras que para el retracto de comuneros se habla simplemente de enajenación al igual que en el de arrendamiento rústico; en el de colindantes devenga al igual que en el de coherederos y en el de buques o en arrendamiento urbano, lo cual plantea la cuestión de si el retracto se aplica en cualquier supuesto de enajenación, sea a título oneroso o gratuito, particular o universal o, por el contrario, está limitado sólo a concretos negocios jurídicos, teniendo en cuenta que no se puede restringir ni ampliar el retracto más allá de lo que permite el Código Civil. Pero, sin perjuicio de casos particulares expresamente previstos en algún retracto concreto, como el rústico que se admite con total amplitud, en especial donación y permuta, la regla general sentada por la jurisprudencia, a veces vacilante en este extremo, es que quedan excluidos de la aplicación del artículo 1.521 todos los actos transmisivos de dominio distintos de la compra y de la dación en pago o cesión resolutoria, y así se rechaza el retracto en los supuestos de transmisión hereditaria o por permuta; contrato de renta vitalicia; donación remuneratoria por no ser asimilable a la dación en pago o en el caso específico de aportación de un inmueble a una sociedad en constitución por ser una enajenación que por su naturaleza no permite la subrogación. Ahora bien, tales restricciones rigen para la primera transmisión, no para las segundas, pues procede el retracto cuando el subadquirente lo es por permuta y en todo caso ha de tenerse en cuenta la verdadera naturaleza jurídica del negocio transmissivo, para lo que no es suficiente la denominación dada por las partes, por lo que procede el retracto cuando aquéllas califican de permuta lo que en realidad es una venta. Por otra parte, se admite el ejercicio simultáneo de acción de simulación para demostrar que el título del adquirente, aparentemente excluido del artículo 1.521, en realidad encubre una venta, tal y como lo mantienen las SSTs de 5 de marzo de 1964 y 20 de junio de 1980, posición que es más restrictiva cuando es el demandado quien plantea reconvencción para demostrar la simulación en el título del re-

(2) Dentro de la sección dedicada al retracto legal, el Código regula el de comuneros y el de los colindantes; y de otros lugares del Código resulta la existencia de algunos más, como son: *a)* el enfiteútico o del dominio directo y útil —art. 1.636 y sigs.—; *b)* el del censo a primeras cepas —art. 1.656, regla 6.ª—; *c)* el de coherederos —art. 1.067—; *d)* el de consocios —art. 1.708—; y *e)* el de colitigantes o de créditos litigiosos. Fuera del Código Civil existen numerosos casos de retracto regulados por sus leyes específicas.

trayente en que la STS de 29 de febrero de 1960 declara que si bien en el juicio de retracto puede impugnarse su título, su eficacia sólo puede examinarse desde el punto de vista del retracto, es decir, su validez para éste únicamente, con independencia de su validez intrínseca, por lo que no cabe entrar a discutir la validez, anulabilidad o nulidad absoluta del título. Lo que sí se admite es que sea el propio demandado quien en el proceso acredite la simulación de su título, es decir, que la aparente compraventa encubre una donación simulada en cuyo caso no ha lugar al retracto, doctrina ésta que es discutible en cuanto permite invocar la simulación a quien es causa de ella y en perjuicio de tercero. Así pues, el retracto procede en los casos de enajenación de la nuda propiedad —STS de 7 de marzo de 1963—. En el caso de compraventa con precio aplazado el retracto es admitido por la STS de 11 de diciembre de 1944, y la doctrina se pronuncia positivamente y en todo caso, para el ejercicio del retracto se requiere que la enajenación esté consumada con entrega de la posesión al adquirente.

V. EFECTOS

Es cuestión muy discutida si el ejercicio del retracto legal supone la resolución de la venta —art. 1.506 del Código Civil— o sólo la subrogación del retrayente en la posición del comprador dentro del mismo contrato, pero con independencia de cuestiones conceptuales y de algún precedente jurisprudencial como la STS de 25 de febrero de 1950, en la que se exigió demanda contra vendedor y comprador, lo cierto es que la posición mayoritaria es que la acción sólo ha de dirigirse contra el comprador o sucesivos adquirentes sin que exista litis consorcio pasivo necesario respecto del vendedor, toda vez que respecto de él queda subsistente el contrato de compraventa con la única modificación de subrogarse el adquirente en las obligaciones contraídas por el comprador, teniendo por finalidad el retracto únicamente que el adquirente otorgue escritura a favor del retrayente y le entregue la posición de la cosa. En este sentido, en el retracto legal no se alcanza la plenitud de efectos hasta tanto que por la sentencia firme que lo reconoce no se opere la modificación jurídica que implica la esencia subrogatoria de tal derecho —STS de 10 de febrero de 1966— por lo que hasta entonces el adquirente sigue siendo dueño de la cosa, sin embargo, ejercitado el retracto, y a pesar de la inexistencia en el artículo 1.525 de remisión al 1.520, son oponibles al retrayente las cargas y gravámenes que el comprador hubiera constituido después de su adquisición por la naturaleza real del derecho y la inexistencia de terceros. Tanto es así que, si la esencia del retracto estriba en la adquisición onerosa realizada *ex lege* a favor del retrayente, tomando como modelo otra anterior, no hay obstáculo para acordarla en toda enajenación onerosa cuya contraprestación no sea infungible o personalísima (tal y como dispone la STS de 24 de enero de 1986). La jurisprudencia de esta Sala no ha puesto dificultad alguna, por el contrario no sólo lo permite sino que estima ser requisito previo a la acción de retracto, el que cuando para evitar o burlar el ejercicio de la correspondiente acción de retracto por parte de quien tiene derecho al mismo, se disimula la compraventa o cualquier enajenación a título oneroso que lo determina, con otra figura jurídica que no lo autoriza o no da lugar al mismo, su ataque mediante la correspondiente acción de nulidad por simulación o fraude de ley, de tal modo que quede al descubierto la verdadera figura jurídica que resulta

disimulada o el fraude de ley que con ella se pretendía, para con ello, al propio tiempo, ejercitar la correspondiente acción de retracto contra el adquirente que quiso evitarlo y únicamente se ha preocupado la doctrina jurisprudencial de que sean traídos a la litis todas aquellas personas interesadas intervinientes en ese juego para que nadie pueda ser condenado ser oído y vencido en juicio, sirviendo a estos efectos, como ejemplo la STS de 16 de mayo de 1960, y siendo indiferente a ello que se trate de primera o segunda enajenación cual es el supuesto de autos, pues la acción se ha de dirigir conjunta y sucesivamente contra los que por enajenaciones posteriores hubiesen adquirido la finca objeto de retracto y si una de ellas lo fue, como medio de evitarlo aparentando una transmisión engañosa, nada obsta para que el tiempo de ejercicio de la acción de retracto lo sea la de nulidad por fraude de ley (STS de 20 de junio de 1980). El retracto legal exige, pues, que el propietario realice un acto de enajenación de dominio a favor de tercero diferente del titular del derecho de adquisición preferente. El artículo 1.521, analizado, limita estos actos de enajenación a la compraventa y a la dación en pago y en el retracto de comuneros se habla de enajenación (art. 1.522 que más adelante estudiaremos) tal y como mantiene la STS de 17 de mayo de 2002 (3).

La acción de retracto ha de dirigirse necesariamente contra el comprador, que es quien, si triunfa, va a sufrir la subrogación en su posición de parte en el contrato a favor del retrayente, de ahí que éste necesite demandar al vendedor también para que la relación procesal se constituya debidamente, como tendría que suceder si el retracto supusiese la resolución del contrato de venta con recuperación del dominio por el enajenante, siendo éste quien habría de transmitir al retrayente —STS de 11 de mayo de 1992—.

Por su parte, el artículo 1.522 del Código Civil reconoce la condición de retrayente a quien sea copropietario de una cosa común, refiriéndose el Código a la comunidad de tipo romano regulada en los artículos 392 y siguientes, que presupone que cada condómino tiene poder de disposición sobre su cuota, no procediendo el retracto después de la división de la cosa común, pues la condición de condómino ha de tenerse no sólo cuando se efectúa el contrato de compraventa del que nace el retracto, sino también al tiempo de ejercitarse

(3) Y de ahí que las SSTs de 16 y 23 de mayo de 1960 hayan negado la posibilidad de retracto en el supuesto de permuta, la de 12 de junio de 1964 en la aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución, y la de 9 de diciembre de 1964, en el de renta vitalicia, razonando al respecto y luego de insistir en el aspecto limitativo que preside la materia y que obliga a rechazar «todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se hacen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas», ya que la renta vitalicia no autoriza el retracto, pues su naturaleza no es precisamente la de compraventa ni la de dación en pago, ya que están diferenciados en que los contratos aleatorios entre los que se incluye el de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia esta que no concurre en los segundos, que como conmutativos que son, queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración, tal y como mantiene la STS de 2 de abril de 1985.

Además, es sentir general de la doctrina y de la jurisprudencia, que cuando antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto, si se ha producido otra transmisión y ésta la conoce también, el actor retrayente puede dirigir su acción contra ambos sucesivos adquirentes (SSTs de 10 de abril de 1904, 8 de junio de 1906, 13 de marzo de 1949, 27 de mayo de 1927, entre otras), con lo cual, si prospera el retracto, se hará efectivo su derecho sin que se plantee cuestión alguna en ejecución de sentencia.

la preferencia adquisitiva. En opinión de MANRESA siempre que la naturaleza de la transmisión o enajenación permita la subrogación, que entraña el retracto legal, éste podrá tener lugar. Al contrario, la doctrina mayoritaria actual limita el término enajenación del artículo 1.522 a la venta y a la dación en pago, de acuerdo con el artículo 1.521. El retrayente ha de obligarse a no enajenar la finca durante cuatro años (art. 1.618 de la LEC); el incumplimiento de esta obligación produce la nulidad de la venta y la ineficacia del retracto a instancia del comprador vencido (art. 1.630, párr. 2.º LEC). El párrafo 2.º del artículo 1.522, objeto del presente análisis, regula la concurrencia de condóminos; el derecho de retracto se otorga a todos los condóminos, por lo que cabe su ejercicio conjunto o por separado; en este caso, la colisión entre los comuneros se resuelve por prorrateo entre los partícipes de acuerdo con sus derechos en la comunidad y si sólo se ejercita el retracto por uno de los comuneros se produce un derecho de acrecer a su favor, siendo el retracto de comuneros preferente al de colindantes.

Y es que el derecho de retracto regulado en el artículo 1.522 tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales, y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos económicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños, es decir, la función económico-social que en el supuesto de comunidad cumple el retracto es la disminución del número de partícipes y aun eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva (así lo disponen, entre otras, las SSTS de 18 de diciembre de 1963 y de 24 de enero de 1986). El retracto legal de comuneros que regula el artículo 1.522 se constituye como precepto dirigido a reducir o eliminar las cotitularidades dominicales. Tanto es así que, este derecho de adquisición voluntario-preferencial, aparte de haber sido contemplado por la doctrina más atenta, también ha sido reconocido por esta Sala del TS en la sentencia de 30 de abril de 1964, y con mayor precisión en la de 13 de diciembre de 1958, manifestando que en estos casos se contiene la prohibición de efectuar la venta a otras personas ajenas al contrato que creó la obligación en el plazo preestablecido.

El ejercicio de la acción que de dicho derecho dimana, está atribuida privativamente a todos y cada uno de los que en relación a una cosa cabe atribuirles la condición de copropietarios con la que gozan de la misma, de tal manera que a la acción va adherida dicha condición y quien no la tenga carece de toda posibilidad de ejercitarla, pues lo que no cabe entender es que el propio derecho esté unido a la persona en razón a una determinada cualidad de la misma, cuando es a la cosa a la que en verdad es, a la que está ligado, cuando ésta es de la propiedad de varios, naciendo en su favor el derecho a retraer cuando cualquiera de éstos enajena la parte que en la cosa le corresponde a un extraño, tal como mantienen las SSTS de 17 de febrero de 1981 y de 7 de marzo de 1996. Esta acción se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa, pero ni la ley ni la jurisprudencia exige que sean traídas al proceso el vendedor o vendedores a quien no ha de trascender la resolución judicial. Si prospera el retracto se colocarán los demandantes, comuneros y retrayentes, en lugar del comprador, sin necesidad de otorgar nuevo contrato, pues la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador (citamos a este respecto la STS de 30 de enero de 1989).

El retracto de comuneros se concede a quien ostente tal cualidad, para el caso de venta a un extraño de la parte de todos los demás condueños o alguno de ellos —art. 1.522—, luego la conclusión es que el retracto se da en caso de venta de porciones a extraños, pero no cuando se vende la totalidad, y es que dicho precepto no contiene ningún tipo de distinciones acerca de las modalidades de constitución del dominio y no excluye las indivisiones que pueden haberse generado como consecuencia de actuaciones de los poderes públicos. Es irrelevante a los efectos del retracto que en la escritura de enajenación del tercer adquirente, contra quien se dirige el retracto, haya adquirido otra u otras participaciones indivisas, además de la que es objeto del pleito, pues al darse lugar al retracto, el retrayente se subroga de forma indiscutible en el lugar del adquirente en lo que se refiere a la finca en la que el retrayente era titular de una participación indivisa, tal y como dispone la STS de 17 de mayo de 2002.

El artículo 1.523 regula el llamado retracto de colindantes cuya finalidad es la de facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo imposible al desarrollo de la riqueza, por ello este retracto sólo prospera cuando mediante su ejercicio se consigna la reunión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola; se trata de una finalidad protectora de un interés público que prima frente al interés particular del retrayente. Se reconoce el derecho de retracto a favor del propietario de la finca colindante de la finca vendida o entregada en concepto de dación en pago, por lo que no procede respecto a quienes ostenten derechos reales o personales sobre la finca, tales como usufructuarios, arrendatarios, etc. La condición de propietario ha de reunirse tanto al tiempo de la venta de que nace el retracto como al tiempo de su ejercicio, pues una adquisición del dominio por el retrayente por compra posterior a aquella causa del retracto no hace surgir este derecho a favor del retrayente. La jurisprudencia requiere que el retracto se ejercite por todos los condóminos, uno sólo puede ejercerlo en beneficio de la comunidad sin el consentimiento de todos. El retracto se da frente al adquirente de la finca, debiendo dirigirse la demanda contra quien sea propietario en el momento de interponerla y cabe el retracto en caso de venta de la nuda propiedad y reserva del usufructo vitalicio por el vendedor. Y para que proceda el retracto:

- La finca ha de ser rústica, sin que a tal efecto basten las manifestaciones de las partes al celebrar el contrato, no siendo tampoco suficiente lo que conste en el Registro de la Propiedad cuando se basa en meras declaraciones de las partes.
- La finca ha de tener una superficie no superior a una hectárea, y
- Las fincas han de ser colindantes, por lo que se excluye la colindancia cuando entre una y otra finca existan arroyos, acequias, barrancos y caminos y otras servidumbres aparentes, institución o limitación legal del ejercicio del derecho de propiedad, que tuvo su razón de ser, según el propio legislador, en el propósito determinado y concreto de corregir, en lo posible, la exagerada división de la propiedad rústica, allí donde este exceso pone obstáculos al desarrollo de la riqueza, propósito que aparece dominado más por el interés público que por el procedente de los particulares, así lo mantiene la STS de 10 de diciembre de 1991.

La doctrina entiende inexistente este derecho cuando concurren accidentes físicos que por sí mismos aíslan las fincas, de tal manera que no se puede hablar de contigüidad.

El Código Civil no establece la obligación de no enajenar la finca retraída en determinado plazo. Para GARCÍA CANTERO la aplicación del artículo 1618-5.º de la LEC al retracto de colindantes por razón de haber sido éste introducido *ex novo* por el Código Civil, apoyándose igualmente en la legislación especial sobre unidades mínimas de cultivo.

Por su parte, el párrafo 3.º del artículo 1.523 establece la preferencia en el supuesto de que dos o más colindantes hagan uso del derecho de retracto, de forma que sólo cuando las fincas retrayentes tengan igual cabida habrá de atenderse al tiempo en que se hace uso del derecho. A este respecto decir que la doctrina jurisprudencial de esta Sala determina que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica —minifundio—, allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de riqueza, finalidad la expresada que debe presidir la interpretación de dicho artículo 1.523 y que como todos los retractos legales, y lo es el de las fincas rústicas colindantes, sin limitaciones de tal clase de propiedad, a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general (citando a este respecto las SSTs de 22 de enero de 1991, 18 de abril de 1994, 31 de octubre de 1997 y 20 de julio de 2004, entre otras). Se añade también por la Sala que carecería de sentido admitir la procedencia del retracto por un colindante en algunos casos cuando concurre la circunstancia de la existencia de una finca intermedia que, aun considerada independiente, pertenece al mismo dueño que la retraída, al decir de la STS de 22 de enero de 1991, pues la facultad de retraer no puede estimarse concedida por extensión al poseedor de cualquier derecho limitativo del dominio, como lo es el de usufructo, tal y como manifiesta la STS de 5 de junio de 1929. Y es que la jurisprudencia califica de finca rústica, atendiendo a su aprovechamiento principal, a la que no está emplazada dentro de la zona o plan de ensanche de alguna población, habiendo de atenderse a la situación de la finca al momento de verificarse la transmisión, sin que puedan influir las modificaciones posteriores, no siendo aplicable la legislación de Arrendamientos Rústicos dictada para supuestos distintos, tal y como mantiene la STS de 9 de febrero de 1984.

El párrafo primero del artículo 1.524 del Código Civil establece un plazo general de nueve días para el ejercicio de la acción de retracto, sin perjuicio de los plazos que establecen leyes especiales para los retractos en ellas regulados. Se trata de un plazo civil cuyo cómputo se realizará de acuerdo con el artículo 5 del mismo cuerpo legal, por lo que no se descuentan los días inhábiles, por otra parte, es unánime la doctrina al considerar este plazo como de caducidad que, por ello, no admite interrupción ni ampliación. En cuanto al día inicial para el cómputo, *dies a quo*, el artículo 1.524 distingue entre las ventas inscritas en el Registro de la Propiedad, el cómputo se cuenta desde el momento de la inscripción, es decir, el plazo de nueve días comienza el día siguiente al de la inscripción misma, no desde la fecha del asiento de presentación, y aquéllas que no han tenido acceso al mismo, es decir, en el caso de enajenaciones no inscritas, el plazo comienza a contar desde que el retrayente tuvo conocimiento de la enajenación, si bien no basta cualquier conocimiento de la misma, sino que éste ha de ser completo, cumplido y cabal, abarcando

una noticia exacta de todos los extremos de la transmisión. La inscripción en el Registro, como momento determinante del cómputo, sólo entra en juego en defecto de un previo conocimiento de la venta en el sentido dicho, alcanzado este conocimiento, la posterior inscripción de la transmisión en el Registro carece de efectos en relación al plazo de ejercicio de la acción.

Y en cuanto al párrafo 2.º del artículo 1.524 establece la preferencia del retracto de comuneros sobre el de los colindantes. La ley considera que implica una necesidad de carácter más urgente el terminar con el estado de indivisión que los propósitos de ayuda y de fomento de los intereses agrícolas.

La Sala no desconoce su propia doctrina, en cuanto viene reiterando que el plazo de nueve días tiene la naturaleza propia de la caducidad, no admitiéndose interrupción alguna del mismo, que dentro del referido plazo es obligado presentar la demanda y hacer la consignación aunque esos trámites no se efectúen al mismo tiempo y que la demanda de retracto o la consignación efectuada ante el Juez que carece de jurisdicción para el conocimiento del proceso, no puede surtir efectos de clase alguna, citando en este sentido la doctrina mantenida en la STS de 30 de septiembre de 1992. Es un plazo para el ejercicio de un derecho, pero en modo alguno tiene relación con el acceso a los órganos jurisdiccionales a los efectos de obtener una resolución judicial motivada. Ninguna relación existe entre el derecho a la tutela judicial efectiva, que es típicamente un derecho al proceso y en el proceso, y el precepto controvertido que regula un derecho preferente a adquirir la propiedad en determinados supuestos. Este derecho es de creación legal y el legislador pudo regularlo con amplitud o restricción que considera más apropiada a la efectividad de los intereses a los cuales los crea. La jurisprudencia ha declarado con reiteración que el cómputo a partir de la inscripción registral sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha, tal y como mantiene la STS de 20 de noviembre de 1958, siendo requisitos esenciales: que se declare como hechos indiscutiblemente probados que el retrayente tuvo ese conocimiento de la venta con anterioridad a la inscripción registral, que normalmente constituye presunción *iuris et de iure* y que tal conocimiento sea completo respecto a todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó, para que, con suficientes elementos de juicio pueda el interesado decidir si conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste, tal y como dispone la STS de 12 de noviembre de 1986. El mencionado artículo 1.524, al señalar como comienzo del cómputo de nueve días para el ejercicio del derecho de retracto, la fecha de inscripción de la venta, estima con presunción *iuris et de iure* que en ese momento conoce el retrayente la enajenación de la finca, con lo que aquel plazo se contará desde el día siguiente a realizarse la inscripción, así lo manifiestan las SSTs de 26 de febrero y 15 de diciembre de 1956, 1 de julio de 1959 y 20 de noviembre de 1964, si bien cuando se acredite que el retrayente conoció la venta «con anterioridad» a la fecha de inscripción, el plazo se computará a partir de dicho conocimiento, tal y como expresan las SSTs de 20 de noviembre de 1958 y de 5 de mayo de 1972, pero no así cuando se invoque que el conocimiento fue posterior a la inscripción y que mantiene la STS de 21 de julio de 1993, pero declarando que el conocimiento sea cabal y completo no sólo de la venta sino de sus condiciones, sin que baste la noticia de haberse efectuado, como disponen las sentencias de 21 de marzo de 1990 y 20 de mayo de 1991. No basta la mera noticia de la transmisión, ni menos aún de simples circunstancias presumibles posibilitar dotes de conocimiento, a causa de que éste a los fines

retractuales, ha de ser claro, preciso y sin aspectos dudosos, ni por tanto con precisión de que el retrayente tenga que acudir a indagaciones que legalmente no le vienen impuestas, citando en este sentido las SSTS de 28 de febrero de 1992, 24 de septiembre de 1997 y 14 de noviembre de 2002.

Por su parte, el artículo 1.525 del Código Civil dispone que: «En el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518», es decir, mantenemos que el ejercicio de retracto no puede ser causa de perjuicio económico para el retraído, a quien deben serle reembolsados el precio pagado, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa objeto del contrato. Impuesta por el artículo 1618.2.º de la LEC la consignación del precio si fuere conocido, o de prestar fianza, en otro caso, se impone distinguir dos momentos diferentes en relación con la obligación del retrayente. Y una vez recaída sentencia declarativa del derecho de retracto, el retrayente, en ejecución de sentencia, habrá de reembolsar al comprador-retraído por todos los conceptos antes expresados. Por el contrario, al tiempo de ejercitar la acción de retracto, el retrayente sólo habrá de consignar el precio si éste resulta conocido o, en otro caso, dar fianza de consignarlo una vez sea conocido.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil viene declarando con reiteración que cuando el precio es suficientemente conocido, surge imperativa obligación de consignarlo íntegro y en forma efectiva, citando a este respecto, entre otras, las SSTS de 7 de febrero de 1991, 14 de julio de 1994 y 30 de mayo de 1995, con el fin de evitar la incertidumbre de las partes demandadas, tal y como mantiene la STS de 18 de enero de 1996.

VI. CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado hemos de concluir diciendo que la sección que acabamos de analizar nos ofrece la definición de retracto legal junto al plazo para su ejercicio aplicable con carácter general y subsidiario, además de una regla de jerarquía entre retractos y los presupuestos generales de ejercicio; materias, todas ellas que, no cabe duda, presentan un carácter común y junto a las cuales aparece la regulación de dos tipos de retractos legales —comuneros y colindantes—. Los retractos legales como derechos de adquisición preferente ofrecen algunas características especiales con relación a los de origen voluntario, tanto es así que no puede negarse su carácter real a pretexto de su eficacia reforzada, hasta el punto de llegar a considerarlos como cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho privado; son, por el contrario, verdaderos *iura in re aliena*, que se otorgan a su titular por razón de determinada relación con una cosa, por lo cual son subjetivamente reales, pueden recaer, en principio, sobre cualquier clase de bienes, aunque en ciertos casos la regulación legal los limita a algunos determinados, así por su propia naturaleza, el de colindantes, sólo puede recaer sobre fincas rústicas, igual que ocurre con el arrendaticio rústico; en cambio, los diversos retractos arrendaticios urbanos sólo pueden recaer sobre fincas de esta clase. Además, no precisan de inscripción para operar cuando recaen sobre inmuebles y están dotados de singular eficacia dado que afectan a terceros adquirentes. Hemos de decir que no es obstáculo a lo dicho, el que no sean susceptibles de tráfico con independencia de la titularidad por razón de la cual se otorgan, es decir, ni el comunero puede enajenar su preferencia adquisitiva con independencia de la cuota que ostenta en la

comunidad, ni el colindante su derecho de adquisición, ni el arrendatario rústico su derecho de retracto, haciéndolo separadamente del derecho de propiedad o arrendamiento que ostenta pero ello ocurre en todas las titularidades *ob rem* que están incorporadas al dominio o derecho que lo tiene en su seno con indiferencia de la persona de su titular. Quizá pueda explicarse la eficacia reforzada que poseen los retractos legales por razón de su origen mediante una disposición legal y en este sentido conviene recordar la diferencia entre nacimiento y actuación del derecho de retracto y es equivocado pensar que nace éste cuando la cosa se enajena, momento que sólo marca el *dies a quo* del plazo de ejercicio, o, más exactamente, a partir del cual puede comenzar a correr dicho plazo, constituyendo uno de los presupuestos del mismo; en realidad, el retracto nace desde que lo crea la ley y por la publicidad de ésta y los importantes fines sociales a que responde casi siempre estos retractos se justifica su redoblada eficacia. Y, por último decir que, las normas creadoras de los retractos legales son de orden público o de derecho imperativo, y, por tanto irrenunciables, entendiendo esto en el sentido de que anticipadamente las partes no pueden eliminar el nacimiento del retracto, si bien el titular del mismo, una vez que ha entrado en su patrimonio la posibilidad de ejercicio puede renunciar al mismo, es decir, el conjunto de propietarios que tienen sus fincas colindantes no pueden excluir por acuerdo el derecho de retracto cuando se den los presupuestos del artículo 1.523 del Código Civil y tampoco los diversos partícipes en una comunidad de bienes pueden pactar la inaplicación del artículo 1.522, pero una vez que ambos preceptos puedan invocarse resulta obvio que el legitimado puede renunciar expresamente a su ejercicio, o, meramente, adoptar una actitud pasiva dejando pasar el plazo de caducidad. Los retractos legales son válidamente renunciables cuando han entrado en el patrimonio del retrayente, y por ello no existe una obligación legal de ejercitarlos, rechazando, pues, por nuestra parte, que se trate de cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho privado. Y al ser *iura in re aliena* que limitan el derecho de propiedad y la libertad de contratación, como ya hemos comentado, la jurisprudencia mantiene reiteradamente que deben interpretarse restrictivamente, pero no podemos dejar de tener en cuenta la orientación del Tribunal Supremo dirigida a ampliar los casos de ejercicio que han continuado algunas leyes especiales.

RESUMEN

RETRACTO LEGAL.

La doctrina mayoritaria entiende que el retracto, como regla general, se otorga para el caso de enajenación por venta o dación en pago y que, excepcionalmente, se concede a veces para otras enajenaciones o figuras equiparadas, pero, si la esencia del retracto estriba en la adquisición onerosa realizada ex lege a favor del retrayente, tomando como modelo otra anterior, no hay obstáculo para acordarla en

ABSTRACT

RETROSPECTIVE RIGHT OF FIRST REFUSAL BY LAW

Majority doctrine holds that the retrospective right of first refusal, as a general rule, is given in the case of alienation through sale or dation in payment and that, as an exception, it is sometimes granted for other types of alienations or acts on a similar footing. However, while the essence of the retrospective right of first refusal lies in the non-gratuitous ex lege acquisi-

toda enajenación onerosa cuya contra-prestación no sea infungible o personalísima. La acción de retracto ha de dirigirse necesariamente contra el comprador, que es quien, si triunfa, va a sufrir la subrogación en su posición de parte en el contrato a favor del re-trayente, de ahí, que éste necesite demandar al vendedor también para que la relación procesal se constituya debidamente, como tendría que suceder si el retracto supusiese la resolución del contrato de venta con recuperación del derecho por el enajenante siendo éste quien habría de transmitir al re-trayente.

tion by the person exercising the right, modelled upon a previous acquisition, there are no obstacles to establishing a retrospective right of first refusal in all non-gratuitous alienations where the price is expendable or not absolutely personal. Action to exercise a retrospective right of first refusal must necessarily be taken against the buyer, who, should the plaintiff win, is the person who will be replaced by the plaintiff as a party to the contract. Thus the person exercising the right needs to sue the seller also so that the procedural relationship is duly constituted. For example, this would have to happen if the exercise of the right entails the annulment of the sale contract and recovery of the right by the seller, in which case it would be the seller who would have to make the transfer to the person who is exercising the right of first refusal.

*EL SUBARRIENDO EN LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE,
DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.*

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. EL SUBARRIENDO EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA

1. CONCEPTO Y REQUISITOS

El subarriendo es el arrendamiento hecho por el arrendatario de la cosa locada. Su naturaleza es la de un nuevo contrato, que en nada altera el contenido del arrendamiento originario y que se celebra entre arrendatario y subarrendatario.

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 8 de la LAU, donde se tipifica conjuntamente con la cesión, conceptos que es necesario diferenciar.

La cesión supone la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario a un tercero, de manera que el cedente abandona la relación arrendaticia y el cesionario ocupa su lugar, por el contrario el subarriendo determina la entrada de un nuevo sujeto en la relación arrendaticia, sin que se desvincule el arrendatario. Por esto se dice que la cesión es de tracto único, mientras que el subarriendo es de tracto sucesivo. En la cesión no goza el cedente en base al precio de la preferencia establecida en el artículo 1922.7 del Código