

El retracto legal en el Código Civil

SUMARIO: I. EL DERECHO DE RETRACTO LEGAL: INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES, FUNDAMENTO Y CLASES.—II. NATURALEZA Y OBJETO: a) NATURALEZA DEL RETRACTO LEGAL. b) OBJETO DEL RETRACTO LEGAL.—III. NEGOCIOS JURÍDICOS GENERADORES DEL DERECHO DE RETRACTO LEGAL.—IV. EJERCICIO DE LOS RETRACTOS *EX LEGE*.—V. EFECTOS.

I. INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES, FUNDAMENTO Y CLASES DEL DERECHO DE RETRACTO LEGAL

Dentro del ámbito de los derechos reales limitados o en cosa ajena ha aparecido —bastante tardíamente, por cierto— la categoría de los denominados derechos reales de adquisición, integrada por los derechos de opción, tanteo y retracto.

Según GARCÍA AMIGÓ, esta categoría la ha inferido la doctrina española moderna de WOLFF, quien, en el *Enneccerus*, clasificaba los derechos reales limitados, según su función, en derechos reales de *goce*, derechos reales de *realización de valor*, y derechos reales de *adquisición*, y, entre éstos, enumeraba los *derechos potestativos*, las *pretensiones de transmisión* y las *expectativas jurídicas*. De estos tres tipos —proseguía GARCÍA AMIGÓ—, un sector de la doctrina española ha individualizado el segundo, las denominadas por WOLFF «*pretensiones de transmisión*» y, entre nosotros, derechos reales de adquisición (tanteo, retracto y opción) (1).

(1) Vide GARCÍA AMIGÓ, M.: «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», *RDP*, 1976, pág. 101. Siguen también este mismo planteamiento GARCÍA CANTERO, G.: (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, 1.^a edic., Ederesa, Madrid, 1980, pág. 447), quien hace la siguiente afirmación: «Puede situarse el momento de la recepción [de la categoría de los derechos reales de adquisición en España] en la traducción del *Derecho de Cosas* de WOLFF, realizada por los profesores PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER». Más adelante (pág. 449), este mismo autor nos dice: «En las densas notas de ambos autores [al glosar el comentario que WOLFF dedica al *Vorkaufsrecht*] puede decirse que está el punto de partida para la elaboración de una doctrina española

Desde un punto de vista constructivo de nuestro Derecho, algún autor ha considerado que el principal interés que presenta la admisión de esa categoría por nuestra doctrina reside en que permitiría agrupar bajo una base unitaria esos tres derechos (opción, tanteo y retracto), posibilitando la creación de una doctrina común que, en su día, pudiera desembocar en una regulación legislativa unificadora y sistemática (2).

Aunque con relación a algunas de las características que a continuación citamos no haya consenso doctrinal, la mayoría de los autores españoles admite hoy que los derechos reales de adquisición presentan como notas fundamentales las siguientes (3):

- a) Conceden a su titular un derecho real.
- b) Esos derechos facultan para adquirir onerosamente la propiedad de una cosa, bien sea incondicionalmente (opción), bien sólo en el caso de que el propietario actual proyecte en firme su enajenación (tanteo), o se haya enajenado ya a un tercero (retracto).
- c) Dotan a su titular de una acción ejercitable *erga omnes*.
- d) Son limitativos del dominio, ya que privan totalmente (opción) o condicionan parcialmente (tanteo y retracto) la facultad de disponer del propietario gravado.
- e) Son derechos reales limitados, ya que no atribuyen a su titular la plenitud de facultades sobre una cosa, si bien en caso de ser ejercitados están llamados a desembocar en la adquisición del dominio. La nota de perpetuidad, pues, suele ser extraña a esta modalidad de

no sin ciertos atisbos de originalidad, dada la singularidad de nuestro sistema en torno a esta categoría, que tiene ya carta de naturaleza en la civilística española. Han contribuido principalmente a desarrollarla ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU, ESPÍN y ALBALADEJO». De la misma idea participa también ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A. (*Curso de Derechos Reales*, t. II, «Los derechos reales limitados», Civitas, Madrid, 1987, pág. 94), para quien «El origen inmediato de la categoría se encuentra en los comentarios de PÉREZ Y ALGUER a la obra de MARTÍN WOLFF, y en la crítica de estos autores a la R. de 4 de enero de 1927», y LACRUZ BERDEJO, J. L.-SANCHEZ REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2.º, ed. revisada por Luna Serrano, A., Dykinson, Madrid, 2001, pág. 321.

En cuanto al derecho de opción, debe señalarse que éste también puede configurarse como un derecho personal.

(2) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 6.ª ed., Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1981, págs. 516-517. En este sentido, GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, pág. 480) dice que «hay que reconocer...que la normativa del C.C. español ofrece una base positiva más amplia que la de otros ordenamientos europeos para elaborar la categoría de los derechos de adquisición preferente, si bien sus numerosas deficiencias técnicas y sus errores sistemáticos deberán ser superados por el esfuerzo de la doctrina».

(3) Las expone GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, pág. 488. Sobre los caracteres comunes a todos los derechos reales de adquisición, vide GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 103. En las págs. 106-108, este mismo autor detalla las analogías y diferencias entre los diversos tipos de derechos reales de adquisición.

derechos reales, ya que su ejercicio, en vez de consolidarlos, los extingue.

No sólo algunas de las anteriores características continúan siendo todavía hoy discutidas por la doctrina española, sino que incluso la propia categoría de los derechos reales de adquisición no acaba de encontrar entre nosotros un acomodo definitivo e incontestado; así, por ejemplo, BLASCO GASCÓ considera que «se sustenta en un dudoso criterio pedagógico y conceptualista que no tiene fundamento histórico ni referente jurídico positivo ni carácter homogéneo, hasta el punto de que se puede criticar la categoría misma» (4).

A pesar de todo lo anterior, el trabajo que el lector tiene ahora entre sus manos pretende ser tan sólo una modesta contribución más al estudio sistemático y generalista de la figura del retracto legal, en el diseño que de este derecho real hace nuestro Código Civil, que, dicho sea de paso, es el único derecho real de adquisición preferente para el que dispone una cierta regulación general (5), aunque ésta no puede ser considerada en modo alguno como acabada y completa; de ahí la profusión con que la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse en relación con multitud de extremos relativos a este derecho real de adquisición, y es que nuestro Código, más que una regulación sistemática y de conjunto sobre este derecho (6), se limita tan sólo a señalar los presupuestos y el plazo necesarios para su ejercicio. Esta penuria normativa no deja de ser llamativa, si tenemos en cuenta que el retracto legal constituye una fuerte limitación a la facultad de disponer del dueño.

(4) *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, coordinado por A. LÓPEZ Y MONTES PENADÉS, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 611 y 612. Para este autor, la falta de homogeneidad se aprecia en la diferente estructura, naturaleza y funcionamiento de estos derechos, y aunque no han faltado intentos por homogeneizar esta categoría, convirtiendo al derecho de opción en el género, del que tanteo y retracto serían meras especies —se refiere este autor a los planteamientos de ARECHEDERRA ARANZADI y de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, la verdad —dice BLASCO GASCÓ (pág. 612)—es que «esta construcción doctrinal... carece de un preciso referente histórico y positivo».

(5) DIEZ PICAZO (L.)-GULLÓN (A.): *Sistema de Derecho Civil* vol. III, 6.^a edic., 2.^a reimp., Tecnos, Madrid, 2000, pág. 595.

(6) En este sentido, GARCÍA CANTERO, G. (*Comentarios....* págs. 480-481) reconoce que «a partir de 1935 [año en que aparece el retracto de arrendamientos rústicos], se experimenta en nuestra patria un verdadero renacimiento de los derechos reales de adquisición, proliferando con múltiples finalidades los tanteos y retractos legales. Si bien la suerte de tales figuras no ha sido siempre idéntica, cabe decir que algunos de ellos han arraigado en la práctica originando abundante jurisprudencia, y no pocos estudios monográficos, que se resienten, sin embargo, por la falta de una visión general de conjunto». (La cursiva es mía).

Pretendemos, por tanto, contribuir a acentuar el sentido de unidad que la doctrina (7) siempre ha aspirado a dar a los distintos tipos de retractos legales, de los que ha anhelado sentar unas bases o criterios generales, sin perjuicio de las propias especificidades legales de cada uno de ellos.

Pero ¿por qué nos hemos fijado, dentro de estos derechos reales, en el retracto legal? Por su importancia, que reside —como ha escrito BLASCO GASCÓ (8)— en que la categoría de los derechos reales de adquisición preferente se forma y sustenta con base en los derechos de tanteo y de retracto, y, dentro de éstos, en los de origen legal. El derecho de opción —nos dice— ha desarrollado, en cambio, su virtualidad en los últimos tiempos. Además, dentro de los derechos de adquisición, la técnica del retracto es la que tiene una mejor tradición jurídica, cosa que explica su éxito y difusión, tanto pasada como actual (9).

Situándonos ya dentro de nuestro Código Civil, señalaremos que éste se ocupa del retracto legal en el Título IV del Libro IV, dedicado al contrato de compraventa. Dentro de aquél, su Capítulo VI, bajo la rúbrica de *De la resolución de la venta*, aborda, en dos Secciones distintas, el estudio del retracto. La Sección Primera trata del *retracto convencional* (arts. 1.507 a 1.520); en cambio, la Sección Segunda lo hace del *retracto legal* (arts. 1.521 a 1.525).

Aunque con la falta de rigor técnico ya proverbial en nuestro Código Civil, su artículo 1.521 nos define el retracto legal en los siguientes términos: «El retracto legal es 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» (10).

(7) Vide, en este sentido, PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. III, vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, pág. 600, donde cita el retracto de comuneros como el tipo principal de los retractos legales, alrededor del cual debería desarrollarse la doctrina de los demás.

(8) *Ob. cit.*, pág. 614.

(9) Dice FERNÁNDEZ ARROYO, M. (*Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código Civil español*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, n.º 10, Cáceres, 1992, págs. 245-246): «Dentro de los derechos reales de adquisición preferente, la técnica del retracto es la que ofrece una más asentada tradición jurídica, hasta el punto de haber sido víctima de su propio éxito y de su excesiva proliferación a lo largo del Derecho Intermedio». Por su parte, ROCA SASTRE (R. M.) y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (L.) (*Derecho Hipotecario*, t. III, 7.ª edic., Bosch, Barcelona, 1979, pág. 598) consideran que «la proliferación de los retractos legales constituye uno de los males de nuestra legislación. No negamos —dicen— que sean útiles en determinados casos, pero actualmente son demasiado numerosos y se van volviendo malignos...». Y, más adelante (pág. 599), insisten en que «esta abundancia y peligrosidad del retracto legal resulta altamente perturbadora para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. El retracto legal es una figura que sólo puede ser justificada cuando el legislador no abusa de ella».

(10) Más adelante, iremos abordando cada uno de los problemas que este precepto suscita.

Antes de nada diremos que la unificación de tratamiento que nuestro Código, siguiendo los planteamientos del Proyecto de 1851, hace del retracto legal y del convencional es absolutamente artificial, ya que, en realidad, se trata de dos instituciones distintas. Como ha escrito ARECHEDERRA, es claro que la venta con pacto de retro «ni es el paralelo convencional del retracto legal..., ni siquiera comporta una preferencia adquisitiva» (11).

La veracidad de la anterior afirmación se comprueba comparando los conceptos, aunque puedan merecer algunas de las críticas que después veremos, de los artículos 1.521 (retracto legal) y 1.507 del Código Civil (retracto convencional). Este último nos dice que «*Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado*».

La figura que describe el artículo 1.507 del Código Civil sí es un verdadero «retracto», porque aquí, aunque no estemos en presencia de un verdadero derecho de adquisición preferente, sí se trata realmente de «re-traer» (volver a traer), es decir, recuperar o recobrar algo que, aunque enajenado, ya formó antes parte del patrimonio del retrayente, cosa que no ocurre, en cambio, en el denominado retracto legal, ya que aquí cuando su titular ejerce este derecho en verdad nada «re-trae», dado que no vuelve a traer a su patrimonio una cosa que ya le habría pertenecido antes, sino que se limita a adquirir, por primera vez, una cosa enajenada a otra persona; es decir, en el retracto convencional, el retrayente es un vendedor que se reservó el derecho de re-adquirir la cosa vendida; es, pues, parte en una compraventa; en cambio, en el retracto legal, el retrayente es, por hipótesis, siempre un tercero extraño a la enajenación consumada entre el transmitente y el adquirente. De ahí que la práctica generalidad de la doctrina haya criticado, desde RIAZA (12), la utili-

(11) ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: «Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal», en *RDP*, 1980, pág. 124. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J. (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, 15.^a ed., revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, edit. Reus, S. A., Madrid, 1993, págs. 165 y 166) ha criticado la unificación que nuestro Código ha hecho de ambas instituciones, en los siguientes términos: «tiene escaso valor racional y nula utilidad práctica, pues apenas si puede encontrarse alguna nota común entre el retracto legal y la venta con pacto de retro». Idéntico criterio aparece también en GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. («Retracto de origen voluntario», en *Estudios en Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pág. 321): el retracto convencional y el legal «no aparecen como la misma institución diferenciada sólo por el origen, voluntario el primero y legal el segundo. Con el mismo nombre de retracto se regulan figuras distintas que tienen en común el nombre y comparten la aplicación de algunos preceptos (por la remisión del art. 1.525 a los arts. 1.511 y 1.518 del Código Civil)».

(12) Vide RIAZA, N.: *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*. Ed. Reus, Madrid, 1919, págs. 89 y sigs. Citar la lista de autores que hacen esta crítica queda fuera de lugar, ya que prácticamente todos los que han tratado de este tema aluden a la

zación del término «retracto» en relación con los legales, aunque no es menos cierto que la mayor parte de ella, salvo algunas excepciones (13), aboga por su conservación, por ser tradicional, y porque la utilizan la ley, la jurisprudencia, y (a pesar de advertir sobre su inexactitud) la doctrina (14). Estamos ante uno más de esos casos, no infrecuentes en nuestra lengua, en los que a un vocablo se le asigna un significado traslaticio, que poco, o casi nada, tiene que ver con su origen etimológico.

Pero antes de fijar nuestra atención exclusivamente en el derecho de retracto legal, queremos aludir a otra cuestión que también la doctrina se ha planteado; a saber, la de si el tanteo y el retracto son dos etapas o fases de un mismo derecho, o si, por el contrario, son —y deben ser considerados— dos derechos distintos. Optamos por este último planteamiento, porque, además de otras razones, «las diferentes exigencias y gastos que uno y otro comportan en nuestro Ordenamiento jurídico —aparte el momento de su ejercicio—, así como la mayor garantía que ofrece el retracto hacen conveniente mantener la separación e independencia entre ellos», como razona GARCÍA AMIGÓ (15).

Por lo que se refiere a los antecedentes históricos del derecho de retracto, algunos autores (16) llegan a situarlo en el Levítico, capítulo 25, versículo 25 («Si tu hermano empobreciere y vendiere algo de su propiedad, vendrá

impropiedad del término retracto cuando se aplica al legal. Solamente GONZÁLEZ PACA-NOWSKA (*ob. cit.*, págs. 321-322) dice: «Ambas figuras son acreedoras del nombre de retracto, pues la mayor parte de los autores da una noción de retracto derivada del artículo 1.521, a la vez que se afirma que el artículo 1.507 regula el pacto de retro, accesorio de una compraventa».

(13) La más señalada es la de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*ob. cit.*, pág. 586), quienes proponen el nombre de *tanteo de preadquisición*, para el tanteo, y el de *tanteo de postadquisición*, para el retracto. Hacen suya también esta propuesta COCA PAYERAS, M.: *Tanteo y Retracto. Función Social de la Propiedad y Competencia Autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 34 y 35, y FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 251, que también se inclina por los nombres de *tanteo preadquisitivo* (para el tanteo) y *postadquisitivo* (para el retracto). Por su parte, BADENES GASSET, R. (*La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 56) considera, siguiendo literalmente a RÍAZA, que «mejor debería llamársele, derecho de subrogación o derecho de sustitución, o derecho de adquirir por sustitución, o también, derecho de adquisición preferente o derecho de preferencia en la adquisición».

(14) ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. III, 9.^a ed., revisada y puesta al día por J. M. GONZÁLEZ PORRAS, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 802. A pesar de lo inapropiada, tampoco aconseja el cambio de denominación ALVAREZ MARTÍNEZ, C.: «La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser», en *RGD*, núms. 130-131, julio-agosto 1955, pág. 467, nota núm. 2.

(15) *Ob. cit.*, pág. 105.

(16) GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, a cargo de la Cát. de Derecho Civil de la U. de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pág. 767 (comentario al art. 1.450); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. II,

el que tenga derecho, su pariente más próximo, y rescatará lo vendido por su hermano»).

Pero, ciñéndonos a tiempos no tan remotos, conviene señalar la existencia de un amplísimo grupo de autores que —sobre la base de que en el Derecho Romano el derecho de propiedad era un derecho pleno, absoluto, y, por su esencia, contrario a toda limitación— niega el conocimiento por el pueblo romano del que hoy denominamos retracto legal (17). Mas no dejan de existir también algunos autores —por ejemplo, DE LOS MOZOS (18)— que consideran que esa modalidad de retracto debió de existir cuando menos durante el Bajo Imperio. No obstante, la mayoría de la doctrina coincide en atribuir a este derecho un «origen indudablemente germánico» (19), y en señalar que su mayor expansión y desarrollo lo alcanzó en la Edad Media, a través del denominado retracto gentilicio, que no es sino una consecuencia más derivada del principio de troncalidad. A este tipo de retracto aludían ya el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, las Partidas, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. La ley ha venido atribuyendo este derecho de adquisición a los parientes del vendedor, según la mayor proximidad dentro del cuarto grado, quienes podían retraer los bienes raíces patrimoniales o de abolengo enajenados por aquél (20).

Por su parte, las Partidas incorporaron ya un tanteo de comuneros, posteriormente transformado en retracto por la Ley 75 de Toro, que también reguló el retracto enfiteúutico y el otorgado a favor del superficiario, de donde pasaron a la Novísima Recopilación. Por tanto, en el tiempo inmediatamente anterior a la entrada en vigor de nuestro Código civil, en nuestro Derecho existían ya las cuatro modalidades de retracto anteriormente expuestas.

Madrid, 1863, pág. 395; edic. facsimilar, Lex Nova, Valladolid, 1988. El mismo origen judaico le atribuye CASTÁN (*ob. cit.*, pág. 175), quien, en cambio, yerra al referirlo al «capítulo XV del Levítico». Critica, por el contrario, este antecedente CUBELLS ROIG, E. («La Subasta y el retracto *ex lege*», en *RGD*, 1993, mayo, n.º 584, pág. 4372): «... y no parece serio, contra lo que puede leerse en algún libro, remontarse al Antiguo Testamento o decir que la tierra era, en algún tiempo, de todos para justificarlo».

(17) Por ejemplo, CASTÁN: *ob. y loc. ultim. cit.*; también ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 598.

(18) DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: «Derechos Reales de Adquisición», en *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, 1991, pág. 586.

(19) Así COCA PAYERAS, M.: *ob. cit.*, pág. 65; también Cubells (*ob. y loc. ultim. cit.*), quien lo tipifica de «medieval, germánico, feudal»; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, págs. 246 y 247; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 598, etc. Para una exposición amplia de la evolución histórica de este derecho de adquisición, vide GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, págs. 451-487. Específicamente para el retracto de comuneros, vide DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *Retracto de Comuneros*, RDP, 1962, págs. 938 y sigs.

(20) Un extenso estudio sobre esta clase de retracto puede verse en la monografía de BARBER CÁRCAMO, R.: *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991.

Pero el triunfo de la concepción liberal-individualista del derecho de propiedad en la Codificación supuso el golpe de gracia para el retracto gentilicio, que venía constituyendo una auténtica remora para la libre circulación de la propiedad inmueble. Por eso, los nuevos Códigos civiles no sólo vieron con poca simpatía esta figura retractual, sino que puede decirse que ninguna modalidad de retracto legal obtuvo su favor, fundamentalmente porque estos derechos reales de adquisición eran figuras que chocaban de plano con otro de los dogmas que, procedentes de la Revolución Francesa, hizo suyo la Codificación: el del principio de la autonomía de la voluntad contractual (21). Ejemplo de lo que decimos, por lo que se refiere a nuestra Codificación, lo constituye el hecho de que el retracto gentilicio ya no aparece recogido ni por el Proyecto de 1836, ni por el de 1851. Comentando el artículo 1.450 de este último Proyecto, escribe GARCÍA GOYENA lo siguiente: «a pesar de hallarse [el retracto gentilicio] en nuestras leyes vigentes, y del gran favor o extensión de tiempo hasta un año y día que se le dio en los fueros municipales, no fue admitido por la Comisión, como no lo ha sido en los Códigos modernos. Los motivos son conocidos de todos: cada siglo tiene su espíritu y carácter especial: los antiguos fueros con este retracto, con la troncalidad y con los vínculos o mayorazgos, tendían a la concentración de los bienes raíces en la familia, como única o la más principal riqueza entonces: la tendencia de nuestro siglo es a la desamortización, a la libre circulación, a la libertad absoluta de disponer de sus cosas...» (22).

De las cuatro clases de retracto legal preexistentes a nuestro Código acabaron pasando a él, el de comuneros, el enfiteútico y el otorgado a favor del superficiario. A éstos nuestro legislador de 1889 añadió una nueva modalidad, sin precedente alguno en nuestra tradición jurídica: el de colindantes, que constituyó una auténtica innovación legislativa, de signo marcadamente

(21) Son elocuentes las palabras de D. BENITO GUTIÉRREZ (*ob. cit.*, pág. 440): «limitando el retracto el ejercicio de un derecho, no podía escaparse de los tiros de la censura, en un siglo que llama traba toda restricción, y que proclama casi la libertad por único principio de justicia». Consecuencia de este planteamiento es lo que nos dice FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 247) respecto de las codificaciones alemana, francesa e italiana: «mientras la primera derogó todos los retractos en obsequio de la libertad contractual, las dos restantes acogieron la figura no exenta de críticas y con la impronta de representar un instituto anacrónico, en cuanto expresión de privilegios irreconciliables con los nuevos principios liberales».

(22) GARCÍA GOYENA: *ob. cit.*, pág. 767. De todos modos, la supresión del retracto gentilicio por nuestro Código mereció el aplauso de la doctrina más progresiva; así, SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, t. IV, 2. edic., corregida y aumentada, Madrid, 1899, pág. 659. Pueden verse, en cambio, los argumentos que, en favor de este retracto, hizo ALONSO MARTÍNEZ, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, en GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *ob. cit.*, pág. 441.

social, en relación con su tiempo (23). Esto ha hecho decir a FERNÁNDEZ ARROYO que la regulación de los retractos constituye una de las principales manifestaciones de que nuestro Código Civil ha servido de puente de unión entre la tradición jurídica y el modernismo (24).

Pasaremos a ocuparnos ahora, siquiera sea brevemente, del fundamento del retracto legal. Comenzaremos por examinar el de sus más importantes modalidades, para, posteriormente, elevarnos a consideraciones de tipo más general.

Por lo que se refiere al retracto de comuneros, parece indudable que su principal objetivo reside en que la comunidad no se vea alterada por el ingreso en ella de personas ajenas a quienes fueron sus iniciales miembros; en segundo lugar, es evidente que este retracto busca también reducir el número de comuneros, o bien eliminar situaciones de cotitularidad, consideradas desde siempre como generadoras de conflictos y negativas para el progreso social.

En cuanto al retracto de colindantes, la Exposición de Motivos correspondiente a la segunda edición de nuestro Código Civil resulta bastante elocuente, a la hora de basar esta figura retractual: «facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza...». Persigue, pues, eliminar el minifundio (25).

No ofrece duda, por otra parte, que con el retracto enfiteútico del artículo 1.636 del Código Civil se persigue —como certera y sincréticamente ha dicho BLASCO GASCÓ— «producir la unificación del dominio *in testa* de cualquiera de los dueños» (26).

En relación con el fundamento del retracto de coherederos del artículo 1.067 del Código Civil, dice DE LA CÁMARA ALVAREZ que el Código ha

(23) Dice FERNÁNDEZ ARROYO, M. (*ob. cit.*, pág. 250) que el advenimiento del retracto de colindantes, también denominado de aledaños o asúrcanos, «se produjo, según DANVILA, en la sesión de 20 de noviembre de 1888. Aunque se desconoce quién fue el precursor del instituto, pues, en los debates parlamentarios tan sólo se alude a que fue la idea de un sabio impuesta por sorpresa a un pueblo, parece, a todas luces evidente, que el autor de la implantación legal fue el jurista vallisoletano don Germán GAMAZO».

(24) *Ob. y loc. últim. cit.* Por su parte, GARCÍA CANTERO (*Comentarios....*, pág. 480) resalta «que nuestro legislador de 1889, en neto contraste con las codificaciones europeas del siglo XIX, incurriendo en graves defectos de sistemática, y con no pocas lagunas y algunos desaciertos de regulación, ofreció una extensa forma de derechos reales de adquisición de origen legal».

(25) Sobre el fundamento de estos dos retractos legales, *vide*, especialmente, BELLO JANEIRO, D.: *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 251 y sigs. (para el de comuneros), y 287 y sigs. (para el de colindantes).

(26) *Ob. cit.*, pág. 628. Por su parte, PÉREZ ARDÁ, E. («Cuestiones de retractos legales», en *RGLJ*, 1914, pág. 483) considera que los fundamentos en que descansa el retracto enfiteútico son «la necesidad de consolidar los dominios y liberar la propiedad».

seguido aquí la pauta marcada por el retracto de comuneros: «los coherederos son los condueños del derecho hereditario, luego deben tener los mismos derechos que los demás condueños. A menor número de partícipes menos fraccionamiento de la propiedad: ésta es la idea principal» (27). En este mismo sentido, una STS de 7 de febrero de 1944 vino a decir que este retracto no es sino «un caso particular del de comuneros» (Cdo. 4.º).

Por último, y para no extendernos, los retractos legales de los arrendatarios y aparceros rústicos (arts. 84 y 118 LAR) y de los arrendatarios urbanos (art. 25.3 LAU) persiguen permitir el acceso del arrendatario (o aparcerero) a la propiedad de la finca (28).

De lo que acabamos de exponer cabe deducir, en síntesis, que los retractos legales tienen su razón de ser: bien en el deseo legislativo de poner término a situaciones poco deseables de división del dominio, consolidando éste en el menor número de manos posibles (así, retracto de comuneros, de coherederos, de colindantes, enfitéutico, etc.), bien en el de facilitar a determinadas personas el acceso a la propiedad, cuando existen específicas razones sociales que impulsan a ello (así, el retracto de aparceros y de arrendatarios) (29).

Tanto una como otra finalidad es evidente que obedecen a inequívocas razones de interés general. Por eso, dice COCA PAYERAS que la razón que justifica la existencia del tanteo y del retracto no es la protección de los intereses de sus titulares, sino «el logro o protección de intereses supraindi-

(27) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2504. También consideran el retracto de coherederos como una extensión del de comuneros CUTILLAS TORRES, J. M.: *El retracto legal de coherederos*, Comares, Granada, 1999, págs. 1 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XIV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1989, págs. 430 y 431; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, págs. 177 y 178; PUIG PEÑA, F.: *ob. cit.*, pág. 495, y ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 530. En cambio, PÉREZ ARDÁ (*ob. cit.*, pág. 487) considera que este retracto está «basado cabalmente en el interés que los coherederos tienen generalmente, en que no se entrometan los extraños en estos asuntos de familia».

(28) Sobre este punto, *vide* un detallado estudio en las monografías de RODRÍGUEZ MORATA, F.: *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, 2.ª ed., Aranzadi ed., Pamplona, 2001, especialmente págs. 89 y sigs.; RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: *Los derechos de adquisición preferente en los arrendamientos urbanos*, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 2000, y CASALS COLLDECARRERA, M.: *El retracto en los arriendos de las fincas rústicas*, Bosch, Barcelona, 1946.

(29) A la misma conclusión parece llegar DE COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho civil*, t. II, revisado y puesto al día por M. COSSÍO MARTÍNEZ y J. LEÓN ALONSO, Civitas, S. A., Madrid, 1988, pág. 352. Por su parte, CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1930, pág. 184) considera que el retracto legal «se funda en el deseo querido por la ley de que termine el estado de indivisión de bienes, característica del condominio, del caudal hereditario (antes de la división y adjudicación) o de que desaparezcan las pequeñas propiedades, incapaces por sí de ser base de subsistencia para la familia, engrosándolas con otras».

viduales, superiores a los que pueda ostentar el mismo titular» (30), lo que no debe ser entendido en el sentido de que los retractos legales sean instituciones de carácter público, como de hecho ha pretendido configurarlos un sector de la doctrina francesa (31), aunque tampoco persiguen satisfacer el interés privado y egoísta del retrayente, sino intereses generales objetivos previamente fijados por la ley como deseables, cuya consecución no fuerza, sino que prefiere dejar en manos de particulares.

Una evidencia del carácter privado de estos derechos la encontramos en el hecho de que la ley no impone obligatoriamente su ejercicio a los titulares, que pueden renunciarlos, ni atribuye la preferencia adquisitiva a cualquier persona, sino tan sólo a quienes se encuentren en la situación legalmente prefijada. Se trata, pues, de uno más de esos casos en los que —como apuntaba el profesor DE CASTRO al estudiar la distinción Derecho público-Derecho privado— se hace patente la existencia, dentro de la norma jurídica, de los principios de comunidad y de personalidad, al mismo tiempo. Pero, en el caso que nos ocupa, este último resulta, a nuestro juicio, predominante.

Reconocer el carácter eminentemente privado del retracto legal, salvo aquellos supuestos especiales en que la ley pueda configurarlos de diferente forma, significa simplemente reconocer algo tan evidente como que también las figuras jurídico-privadas sirven para conseguir fines de interés general, aunque bien es cierto que el paradigma de los derechos subjetivos más egoístas siempre han sido los de naturaleza privada, pero incluso éstos han de estar también orientados a la consecución del bien común; claro ejemplo de lo que

(30) *Ob. cit.*, pág. 53. En idéntico sentido, REBOLLEDO VÁRELA, A. (*Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1.007) afirma que los retractos legales tienen su «fundamento en el interés social y no en el beneficio particular de su titular». También ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 599.

(31) *Vide* la corta, pero documentada, alusión que a esta cuestión hace FERNÁNDEZ ARROYO, M.: *ob. cit.*, págs. 248 y 249. También en nuestra doctrina encontramos posturas de este tipo; así, MÁRQUEZ CABALLERO, J. («El derecho de retracto y su caducidad», en *Rev. Der. Procesal*, 1946, pág. 189) ha escrito que «lo fundamental en el retracto es su carácter público y social». De la misma opinión son ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*ob. cit.*, pág. 602), para quienes los retractos legales «actúan a la manera de cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho Privado». Este planteamiento de ROCA SASTRE fue recogido —literalmente casi— por la STS de 17 de diciembre de 1955, según la cual los derechos de tanteo y retracto legales, son «limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan, ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, como cargas que integran su pasivo, ni el favorecido podría incluirlas como valores patrimoniales en su activo, y así, del mismo modo que un adquirente no puede prevalerse de la fe pública registral para rechazar la pretensión del propietario contiguo de que se establezca una servidumbre de paso, tampoco podrá eludir el retracto de colindantes el comprador de una finca, ni el que de éste posteriormente adquiera» (Cdo.1.º).

decimos lo constituye el derecho de propiedad, que ha sido desde siempre reconocido como el prototipo de los derechos más absolutos e individualistas, pero al que nuestra Constitución (art. 33), conectándolo con la realidad de su tiempo, atribuye una función social, que viene así a constituir un nuevo límite del dominio. Es en esta línea donde debemos entroncar hoy la fundamentación de los retractos legales, como ya sugirió en 1980 el profesor GARCÍA CANTERO (32), aunque ya antes autores como SANTOS BRIZ (33) y GARCÍA AMIGÓ (34) habían aludido a la función social de la propiedad como origen de este tipo de retractos.

Para finalizar este primer apartado, nos queda por aludir a los más importantes tipos de retractos legales existentes en nuestro Derecho. Citaremos, en primer lugar, los del Código Civil; así, el de comuneros (art. 1.522 del Código Civil); el de colindantes (art. 1.523 del Código Civil) (35); el de coherederos (art. 1.067 del Código Civil); el de consocios (por aplicación del art. 1.708 del Código Civil); el enfiteútico (arts. 1.636 y 1.638 del Código Civil), que el Código atribuye al dueño directo y al útil siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica, y del que es una aplicación el retracto otorgado al cedente y al cesionario del suelo para plantar viñas, por el tiempo que vivieren las primeras cepas (art. 1.656, regla 6.^a, del Código Civil); el del foro y otros gravámenes de naturaleza análoga (art. 1.655 del Código Civil), en los mismos términos que el retracto enfiteútico, y el mal llamado retracto de crédito litigioso (arts. 1.535 y 1.536 del Código Civil), cuya naturaleza extintiva del crédito, aún resultando muy

(32) *Comentarios...*, cit., pág. 582. Pero ha sido, posteriormente, COCA PAYERAS (*ob. cit.*, págs. 293 y sigs.) quien ha recogido y desarrollado con mayor convicción este planteamiento, que compartimos. En la línea opuesta se sitúa, en cambio, FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, págs. 253 y 254), para quien «la Constitución nada ha innovado en este ámbito, porque aunque la función social pueda servir de estímulo para la creación por vía legislativa de nuevos tipos retractuales..., lo cierto es que la institución siempre ha respondido a un principio de política legislativa que justifica... la existencia de estas cargas del dominio, en principio inspirado por la idea de su libertad. Pero como entraña una derogación y una restricción de una regla general, ha de fundarse en una concreta norma de derecho positivo».

(33) «Las modalidades legales [de los derechos de tanteo y retracto] pueden... ser consideradas como claras manifestaciones de lo que en nuestros días se denomina función social de la propiedad» (SANTOS BRIZ, J.: *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, t. II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pág. 701).

(34) «... en general, recaen sobre objetos cuya propiedad tiene señalada una determinada función social, a cuyo cumplimiento contribuyen precisamente los derechos reales de adquisición respectivos» (*ob. cit.*, pág. 124).

(35) También contienen modalidades de retracto de colindantes: el artículo 67 de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964; el artículo 45 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973; o el artículo 27 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995.

discutida por la doctrina, le niega, como apunta acertadamente ALBALADEJO, la categoría de derecho real de adquisición y, por tanto, de retracto legal (36).

Fuera ya del Código Civil encontramos también importante número de retractos, entre los que cabría citar el arrendamiento urbano de vivienda y el concedido para el arrendamiento de local para usos distintos del de vivienda (arts. 25.3 y 31, respectivamente, LAU); el concedido a favor del arrendatario rústico y del aparcerero (arts. 84 y 118 LAR); el otorgado a favor del propietario del inmueble en caso de ejecución de hipoteca de establecimiento mercantil (art. 31.5 LHMPD); el establecido por el artículo 575 del Código de Comercio a favor de los copropietarios de buques (37); el previsto en el ya

(36) «Semejante figura no es un derecho real de adquisición. No es derecho real porque no concede poder alguno sobre cosa; no es de adquisición porque no hace adquirir nada. Consiste sólo en una facultad de pagar *menos* (lo que el comprador pagó, en vez de lo a que el crédito ascendía), y con tal pago, el *solvens* (falso retrayente) no recibe para sí el derecho de crédito (falsamente retraído), sino que lo extingue. Y si a alguno se le ocurre pensar que cabría decir que el retrayente adquiere el crédito (que *retrae* del comprador), y entonces se extingue por confusión, podría decirse que tal construcción sería algo así como si se entendiese que en el pago normal el deudor adquiere el crédito que paga, y entonces se extingue por confusión. Cfr. la sentencia de 28 de febrero de 1991», y finaliza así: «En conclusión, mal se puede llamar derecho de adquisición al que no nos hace adquirir nada» (*ob. cit.*, pág. 830, nota 37).

También GARCÍA AMIGÓ (*ob. cit.*, pág. 104) considera que no es un verdadero derecho real de adquisición (aunque su figura sea próxima), porque aquí «la facultad de adquirir no se refiere a una situación jurídica real, típica de nuestra figura [es decir, de los derechos reales de adquisición]».

Entre el sector doctrinal que sí lo considera como tal, *vide* PUIG PEÑA (*ob. cit.*, pág. 495), que nos dice «en la transmisión de créditos y demás derechos incorporales regula también el Código el llamado retracto anastasio o de créditos litigiosos, considerado como tal por la mayoría de los autores»; también DE COSSÍO Y CORRAL (*ob. cit.*, pág. 352): «Suele construirse como retracto legal también el de bienes litigiosos (arts. 1.535 y 1.536 del Código Civil)»; igualmente CASTÁN TOBEÑAS (*ob. cit.*, pág. 178) se refiere al retracto «de colitigantes o de créditos litigiosos (arts. 1.535 y 1.536), que también se considera retracto por la doctrina científica, a pesar de que difiere de éste por su fin extintivo del crédito». ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, pág. 531) nos dice «que se considera como tal retracto para la mayoría de la doctrina». Más específicamente, *vide* la interesante monografía de NAVARRO PÉREZ, J. L.: *El retracto de créditos litigiosos*, Comares, Granada, 1987, y MUÑOZ ROJAS, T.: «Vigencia del retracto de colitigantes», en *RDP*, 1989, págs. 3 y sigs.

(37) «*Los partícipes en la propiedad de un buque gozarán del derecho de... retracto en las ventas hechas a extraños; pero solo podrán utilizarlo dentro de los nueve días siguientes a la inscripción de la venta en el Registro, y consignando el precio en el acto.*»

Sobre este retracto, dice DE LOS MOZOS, J. L. (*Retracto de Comuneros*, cit., págs. 950-951): «El retracto de comuneros, cuando la comunidad recaiga sobre un buque, no tiene, a nuestro entender, otra especialidad que la derivada de la específica naturaleza de la cosa, y así ha sido entendido por la doctrina... La única especialidad que presenta frente al de comuneros se encuentra en que, mientras que en éste la fecha inicial para contar el plazo del ejercicio de la acción se refiere a su inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (art. 1.524 del Código

citado artículo 44 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973; o el recogido en el artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995.

Dado los límites prefijados a este trabajo, no aludiremos a los derechos de retracto legal existentes en los Derechos civiles territoriales (38), ni a las figuras existentes en el Derecho comparado (39), ni a otros muchos otorgados por multitud de disposiciones de carácter administrativo.

II. NATURALEZA Y OBJETO

Vamos a centrarnos en estudiar, en primer lugar, cuál es la verdadera naturaleza del derecho de retracto legal (40), delimitando si se trata o no de un auténtico derecho subjetivo, si tiene o carece de carácter real, y si estamos en presencia de un límite o de una limitación al derecho de propiedad. Seguidamente, pasaremos a ocuparnos de determinar la naturaleza del objeto sobre el que se ejercita este derecho, cuestión debatida doctrinalmente dada la amplitud con que se expresa el artículo 1.521 del Código Civil, que se limita a señalar que recaerá sobre la *cosa* (¿mueble? o ¿inmueble?) que se adquiere por compra o dación en pago.

A) NATURALEZA DEL RETRACTO LEGAL

Respecto de su posible configuración o no como un derecho subjetivo, cabe señalar que, aunque una parte mayoritaria de nuestra doctrina ha entendido tradicionalmente que el retracto legal reúne los caracteres propios de aquél, modernamente han surgido otras opiniones que apuestan por su configuración como una *facultad* conformadora de una determinada situación

Civil), para la comunidad de buques sólo cuenta la inscripción en el Registro (art. 575 del Código de Comercio)».

(38) Sobre este punto, *vide* BLASCO GASCÓ: *ob. cit.*, págs. 631 y 632, y los que aparecen enumerados en el índice Analítico del *Derecho Agrario. Leyes Agrarias y Agroalimentarias. Legislación. Código Sectorial*; edit. McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 1532 y 1533.

(39) Para la legislación comparada, *vide* SANTOS BRIZ, J.: *Derecho Civil...*, cit., págs. 702 y 703. Para un conocimiento lineal de los existentes en el Derecho francés e italiano, *vide* GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: *ob. cit.*, pág. 323, nota núm. 9, donde se comprueba cómo modernamente han ido proliferando estos derechos, a diferencia de lo que sucedió en el Código de Napoleón o en el Código Civil italiano de 1865.

(40) Una materia donde «se agita especialmente la polémica [...] justificada en la dificultad efectiva de su tratamiento, especialmente hasta que se produce el evento determinante de su ejercicio» (LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 329).

jurídica por la simple voluntad del sujeto a quien se atribuye. Pasamos ahora a exponer unas y otras.

ALBALADEJO se pregunta qué está en juego cuando se polemiza sobre esta cuestión: «¿se puede decir que: no hay un derecho de retracto del arrendatario, sino que su derecho de arrendamiento encierra, como una de sus facultades, la de retraer (cuando proceda) la cosa arrendada; o no hay un derecho de retracto de comunero o de colindantes, sino que el derecho de propiedad encierra como una de sus facultades, en el caso de ser varios dueños, la de adquirir la parte de los demás (cuando la vendan), y en el caso de ser colindante rústico de finca de menos de una hectárea la de adquirir ésta (si es vendida)?» (41).

Como indicábamos, un sector de nuestra doctrina considera que el retracto legal es un verdadero derecho subjetivo (42), pues se trata de un poder, con eficacia excluyente *erga omnes*, que recae sobre una cosa concreta y resulta atribuido a una persona determinada. Si desde una posición integradora de las distintas teorías existentes sobre los derechos subjetivos (patrocinadas por WINDSCHEID, IHERING, BUCHNER o el mismo DE CASTRO), entendemos por tal aquel poder que un sujeto tiene sobre una «una realidad social, acotada como base de la situación de poder concreto que se ha concedido a su titular» (43), cuyo interés privado o público está protegido por el Ordenamiento jurídico, y al que le corresponde un correlativo deber jurídico, el retracto legal debe ser configurado como auténtico derecho subjetivo, ya se analice la relación desde el lado del retrayente, ya del lado del retraído.

Para el retrayente, hay poder e interés legalmente protegido. Hay poder, porque es por su voluntad —nadie le obliga— que decide ejercitar el retracto subrogándose en la posición del comprador, y lo hace porque existe un interés privado-público que le habilita para retraer la cosa (si no lo tuviera, bastaría con renunciar o dejar caducar su derecho). Este poder se corresponde con el correlativo deber del adquirente-retraído de facilitarle la subrogación.

Veamos ahora cómo en la posición del retraído aparecen también los caracteres del derecho subjetivo. Este sujeto, por una parte, tiene el poder de negarse a facilitar la cosa mientras no le sean abonados el precio y los

(41) *Ob. cit.*, pág. 810.

(42) *Vide*, entre otros, BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 73; CASALS COLLECCARRERA: *ob. cit.*, pág. 50; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, pág. 53; GARCÍA CANTERO, G.: *El retracto de colindantes y la legislación de concentración parcelaria*, RGLJ, 1965, pág. 374; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 329; RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 64, y GARCÍA AMIGÓ (*ob. cit.*, pág. 101), para quien los derechos reales de adquisición sí «reúnen todos los elementos esenciales que integran el concepto clásico de derecho subjetivo de carácter real: sujeto, objeto y contenido».

(43) DE CASTRO, E: *Derecho Civil de España*, t. I, vol. 1.º, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 583.

gastos originados por el contrato (arts. 1.525 y 1.518 del Código Civil), y por otra, el ejercicio del retracto presenta para él un interés de recuperar ambas sumas, con el correlativo deber jurídico a cargo del retrayente de abonarle esas cantidades (44).

Además, este Derecho subjetivo presenta la peculiaridad de que no puede transmitirse independientemente de la relación jurídica que le sirve de soporte, dada también su naturaleza de titularidad *ob rem* inherente al dominio, con indiferencia de la persona de su titular (45).

Otro sector doctrinal (46) prefiere, a pesar de los riesgos que conlleva la utilización de esta categoría jurídica (DE CASTRO), situar el retracto legal dentro de los llamados *derechos potestativos*, que atribuyen a una persona (en nuestro caso al retrayente) la potestad de producir, mediante su declaración de voluntad, la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, con eficacia respecto a otro u otros sujetos de derecho (por ejemplo, vendedor y adquirente-retraído) que quedan sujetos a tener que admitir los efectos que se produzcan (47).

Modernamente, una parte importante de nuestra doctrina considera al derecho de retracto no como un derecho subjetivo, sino como una simple *facultad*, ya que la de retraer deriva y depende, por imperativo de la ley, de una relación jurídica, o forma parte del contenido ordinario de un derecho subjetivo básico y más complejo, como sería, por ejemplo, el caso del censo enfiteútico, condominio, dominio o arrendamiento. Esa facultad se integra o se pierde con ellos, pero, por sí sola, no constituye un derecho subjetivo (48).

(44) En este sentido se expresa MATEO SANZ, J.: *El retracto convencional: relación jurídica y derecho subjetivo*, Dickinson, Madrid, 2001, págs. 147 a 149.

(45) Así lo sostienen BARBER: *ob.cit.*, pág. 86; Díez SOTO, C. M.: *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 73, nota 25; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 629; STS de 27 de septiembre de 1962 (Cdo. 2.º), y las RRDGRN de 26 de abril de 1867 (Cdo., 1.º), y 29 de octubre de 1946 (Cdo. 2.º).

(46) Entre ellos, vide PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 384; SANTOS VIJANDE, J. M.: *El derecho y la acción de retracto: su caducidad*, La Ley, 1988-2, pág. 1175; Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 72; BALLARÍN, A.: «Arrendamientos rústicos», RDP, 1956, pág. 293, y en parecido sentido, pero con otra terminología, DE CASTRO (*ob. cit.*, pág. 606, nota 1) lo califica de derecho subjetivo de «poder jurídico», y remarca su carácter de «derecho independiente». En la jurisprudencia, vide STS de 20 de noviembre de 1958 (Cdo. 1.º) que califica al retracto de «derecho de potestativo».

(47) Vide la definición que de esta clase de derechos ofrece ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. I, 15.ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, págs. 447 y sigs.

(48) En este sentido se manifiesta BLASCO GASCÓ (*ob. cit.*), para quien difícilmente puede ser configurado como «un derecho subjetivo dada la dependencia y subordinación del retracto legal respecto de la posición jurídica que ocupa el sujeto al que se atribuye. El retracto legal no se puede enajenar con independencia de la posición jurídica de su titular» (pág. 622) y añade que es «una facultad que integra una concreta posición o

Particularmente interesante nos parece la opinión —eclectica— de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien admite la posibilidad de que inicialmente el retracto legal sea una facultad, si bien en una fase posterior —cuando la enajenación a un tercero se produce— adquiere parcialmente independencia de la relación jurídica o del derecho subjetivo del que procede, y pasa a convertirse en un derecho subjetivo (49).

Expuesto este abanico de opiniones doctrinales sobre la naturaleza del retracto legal, concluiremos —con ALBALADEJO— que la discusión que nos ocupa «carece de alcance práctico... [pues] ...configurar un cierto poder como derecho subjetivo autónomo o no, es cuestión de Derecho positivo, y no depende de puras consideraciones lógicas... [por lo que]..., se puede asegurar que hoy nuestro Ordenamiento jurídico estima los de adquisición legales como tales derechos subjetivos» (50).

Otro de los puntos debatidos por la doctrina ha sido si el retracto legal tiene o no carácter real.

situación jurídica del sujeto a quien se atribuye» (pág. 613); DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 593; DE BUEN, D.: *Derecho civil común*, I, 3.^a ed., 1936-1940, pág. 149; GARCÍA CANTERO: *Comentarios*, cit., pág. 488; DEL MORAL Y DE LUNA, A.: *Los derechos de adquisición y el problema de su rango*, AAMN, 1954, t. VII, pág. 356; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 343 y 355-357; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos rústicos de 1980. Referencia al derecho de prelazione y retratto en Italia», *RCDI*, 1998, pág. 881, y STS de 27 de junio de 1986, que calificó a este derecho «por su intrínseca naturaleza» como «una facultad concedida por la Ley» (FD 2.º).

(49) «Tienen propio plazo de caducidad; son renunciables con independencia» (*ob. cit.*, pág. 356). En parecida dirección, *vide* la opinión de NAVARRO PÉREZ: *ob. cit.*, pág. 87; CASALS COLLDECARRERA (*ob. cit.*, pág. 50, y «De la aportación de una finca rústica a una sociedad da lugar al derecho de retracto», *RJC*, 1946, págs. 73 y sigs.), quien señala que el derecho de retracto antes de ejercitarse es un derecho en potencia, una especie de *pretensión condicionada* al hecho futuro de que el dueño del dominio quiera transmitirla. FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 254), por su parte, considera que «el retracto es un derecho afectado por un destino, pudiéndose configurar en este sentido como un derecho-función». En el mismo sentido se posiciona COCA PAYERAS: *ob. cit.*, pág. 66.

(50) *Ob. cit.*, t. III, págs. 810-811. Ya decía este autor (t. I, cit.), al referirse a los derechos potestativos, que «cuales sean en particular estos derechos, es cosa que depende de cada ordenamiento jurídico, pues, como se verá, que un determinado poder o potestad sea meramente facultad secundaria o parte integrante de un derecho, o bien sea constitutivo de un derecho subjetivo, es algo que no puede decidirse a base de razonamientos lógicos abstractos, sino habida cuenta de que el Ordenamiento de que se trate haya elevado o no tal poder al rango de derecho subjetivo» (pág. 448, nota 4). Añade más adelante que aún siendo «poderes conferidos a una persona y tendentes a permitirle adquirir algo o, en general, a modificar una situación jurídica preexistente, tenían o han adquirido en el Derecho moderno una importancia especial, y son concebidos actualmente por nuestra ley como verdaderos derechos subjetivos (y no como meras facultades secundarias): así [...] **el derecho de retracto**» (pág. 448). (La negrita es mía).

Un sector no mayoritario considera que esa *facultad* en que consiste el retracto legal no presenta naturaleza real en tanto no atribuye a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa (51).

También se niega tal carácter dado que su eficacia *erga omnes* opera con independencia del Registro de la Propiedad, al constituir un límite del dominio dotado por sí mismo de publicidad legal (art. 37,3.º LH) (52); de ahí que se haya propuesto como mejor solución su integración en la categoría de *cargas públicas inherentes a la propiedad* (53).

Otro argumento utilizado en contra de la naturaleza real del derecho de retracto legal ha sido que no se constituye de modo voluntario y queda, por tanto, fuera del tráfico jurídico inmobiliario objetivo de la fe pública del Registro, de tal suerte que sólo puede calificarse de delimitación de la propiedad (54).

Frente a este sector minoritario, la mayoría de la doctrina no ve, sin embargo, obstáculo alguno para configurarlo como derecho real y superar así los obstáculos de la carencia de poder inmediato sobre la cosa o su no inscripción registral.

(51) Para DÍEZ PICAZO-GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 593) «depende del concepto de derecho real que se profese. Desde el punto de vista clásico no lo serían por cuanto en ningún caso otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa». En parecida dirección se manifiestan RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, págs. 58-59, y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *ob. cit.*, págs. 802-803.

(52) Este precepto advierte que se darán contra tercero, que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, las acciones de retracto legal en los casos y términos que las leyes establezcan.

(53) Así, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*ob. cit.*, pág. 602) dicen que «el retracto legal, como el tanteo también legal, por su propia esencia o naturaleza carecen de las características de los derechos reales[...], su actuación absoluta independientemente del Registro, y su repercusión contra terceros subadquirentes, impide su asimilación al derecho real, que al fin y al cabo se halla sometido a la fe pública del Registro y a los azares de su vulnerabilidad [...] Actúan a la manera de cargas de Derecho público que escapan a la esfera del Derecho privado». Se suman a esta opinión, DE LA RICA, R.: «El derecho de tanteo: Su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», en *RCDI*, 1979, pág. 1040; Pou AMPUERO, F. J.: *Derechos de adquisición preferente: estudio*, BICNG, 1994, II, pág. 1408; MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, t. XXIII, vol. 2.º, 2.ª ed. revisada, Reus, Madrid, 1970, pág. 445), que lo considera una simple restricción de la propiedad, y en la jurisprudencia, SSTs de 17 de diciembre de 1955 (Cdo.1.º), y 16 de noviembre de 19.. (Cdo. 9.º).

(54) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 602. En parecido sentido, ALVAREZ MARTÍNEZ: *ob. cit.*, pág. 467; AZPIAZU, J.: «El retracto y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1954, pág. 88; BELLÓN: *Efectos en la compraventa de los retractos legales. Unificación legal de éstos. Particularidades del arrendando rústico. ¿Ocasianan deberes para el Notario?* Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona, cit., por PUIG PEÑA: *ob. cit.* pág. 605, nota 6, y DE LA RICA (*ob. cit.*, pág. 1040), quien señala acerca de los retractos legales: «Son simples restricciones de la propiedad que por ser establecidas por la Ley, están investidos de una publicidad que supera la que el Registro puede proporcionar, haciendo supérflua su inscripción. Son, por tanto, asimilables a las servidumbres legales».

Como acertadamente advierten LACRUZ-SANCHO, la intermediación como característica clásica en la definición del derecho real en general «no tanto consiste en la actuación —posible— directa sobre la cosa, cuanto en la actuación sobre ella sin intermediación del propietario» (55), cosa que ocurre en el caso del ejercicio del retracto legal, que puede ser activado sin intervención del propietario de la cosa sobre la que recae. En este sentido, existen derechos —como el de hipoteca—, de cuyo carácter nadie duda, que tampoco sujetan la cosa a señorío material inmediato alguno (56).

Frente a quienes niegan carácter real al retracto legal, basados en el hecho de que este derecho opera con independencia de su inscripción registral y, por tanto, del principio de la fe pública registral (art. 37, 3.º LH), cabe argumentar que dicha previsión legal puede justificarse —como advierte MUCIUS SCAEVOLA (57)— como «una inoperancia de las normas hipotecarias respecto de las limitaciones estatutarias de la propiedad inspiradas en el interés público», aunque ello no impida —como apunta Díez Soto— que últimamente existan «previsiones legales orientadas a reconducir hasta cierto punto la oponibilidad frente a terceros de los retractos legales al régimen de la publicidad registral» (58), como ocurre en el caso del artículo 25.4 de la LAU (59).

Profundizando más sobre su carácter real, diremos que, por otra parte, la Ley puede directamente dotar a un derecho (como el retracto legal) de *eficacia erga omnes*, sin necesidad de publicidad registral, incluso —como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS— «con una fuerza mayor que los derechos reales ordinarios» (60).

(55) Añadiendo que «los derechos de garantía sin posesión no confieren (como el usufructo o como la prenda) poder de actuación directa sobre la cosa, sino mediatizado, pero no por el propietario sino por el juez: y, en general, no se contesta su naturaleza real» (*ob. cit.*, III, vol. 2, pág. 322).

(56) En similar dirección, RIVERA SABATÉS, V.: *El retracto convencional*, Comares, Granada, 2001, pág. 209.

(57) *Ob. cit.*, pág. 446.

(58) Díez Soto: *ob. cit.*, pág. 68.

(59) Dice así: «El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, **excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento**».

(60) *Ob. cit.*, pág. 356. En la misma dirección, vide LACRUZ-SANCHO (*ob. cit.*, pág. 330), quienes opinan que el retracto legal no se inscribe porque no necesita «de la publicidad registral, gozando de la legal para ser conocidos por los terceros adquirentes a los que sin embargo afectan». Tras poner el ejemplo de que «quien compra una finca rústica de extensión inferior a una hectárea sabe que pueden retraerla los colindantes [...]», añaden que «la publicidad legal [...] suple (en algún aspecto con creces) a la registral»; ALVAREZ CAPEROCHIPI: *ob. cit.*, págs. 97-98; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 25; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 23; CASALS COLLDECARRERA: *De si la aportación...*, cit., pág. 76; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, pág. 176; CLEMENTE DE DIEGO: *Del derecho de retracto: ¿desde cuándo ha de empezar a contarse el plazo de nueve días que para su*

Conviene también dejar patente que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado han adoptado una línea absolutamente inequívoca en la defensa del carácter real de este derecho (61).

Sí parece haber unanimidad, en cambio, a la hora de calificar este derecho como límite legal (y no como limitación) del dominio de quien recibe la cosa en primera transmisión, pero que puede ser luego retraída por razones de interés general (62). No se trata —como aclara ALBALADEJO— de un límite de «la libertad de enajenación, sino... [del]... derecho de propiedad (de quien la recibió) de seguir siendo su dueño» (63).

B) EL OBJETO DEL RETRACTO LEGAL

La inclusión en la redacción final del artículo 1.521 del Código Civil de un término tan genérico como *cosa* (64) («*el retrayente se subroga en el*

ejercicio conceden las leyes? Cuál sea el verdadero momento inicial del dicho plazo, RDP, 1919, pág. 337; *Instituciones de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1930, pág. 184; DE COSSÍO Y CORRAL: *ob. cit.*, pág. 351-353; DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, pág. 76; ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, pág. 526) afirma que «la eficacia erga omnes del retracto legal ha sido llevada al límite máximo, ya que contra el mismo es inoperante la protección registral»; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 263; GARCÍA CANTERO: *Comentarios*, cit., págs. 580 y sigs. y 628-629, y *El retracto de colindantes*, cit., pág. 374; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, págs. 101-104; GÓMEZ CALERO, J.: «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código Civil español», en RDP, 1963, págs. 776-777; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 605; REBOLLEDO VÁRELA, A. L.: «Comentario al artículo 1.521 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1007; CUTILLAS: *ob. cit.*, págs. 71-72; LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. V, vol. 2.º, 2.ª ed., Trivium, Madrid, 2001, pág. 252; RUBIO TORRANO, E.: *El retracto convencional en el marco de los derechos reales de adquisición*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 111; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil...*, cit., págs. 704-706, y PUIG BUTRAU: *ob. cit.*, pág. 394.

(61) *Vide*, SSTs 10 de mayo de 1904 (Cdo. 1.º), 11 de octubre de 1905 (Cdo. 1.º), 8 de junio de 1906 (Cdo. 1.º), 14 de mayo de 1912 (Cdo. 1.º), 4 de diciembre de 1912 (Cdo. 3.º), 24 de diciembre de 1920 (Cdo. 3.º), 7 de mayo de 1927 (Cdo. 4.º), 6 de mayo de 1931 (Cdo. 1.º), 5 de febrero de 1952 (Cdo. 1.º), 28 de abril de 1953 (Cdo. 1.º), 17 y 27 de febrero de 1954 (Cdos. 1.º y 5.º, respectivamente), 22 de marzo de 1956 (Cdo. 3.º), 7 de febrero de 1959 (Cdo. 1.º), 10 de febrero de 1966 (Cdo. 1.º), 5 de diciembre de 1981 (Cdo. 5.º), y 7 de julio de 1995 (FD 3.º), y RRDGRN de 29 de octubre de 1946, 8 de mayo de 1959 y 19 de septiembre de 1990.

(62) En esta dirección: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *ob. cit.*, pág. 356; ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 811; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 323; ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: *ob. cit.*, págs. 97-98; ARECHEDERRA: *ob. cit.*, pág. 81; BADENES GASSET: *ob. cit.*, págs. 43-44; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, págs. 151 y sigs.; DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, pág. 65; ESPÍN CÁNOVAS: *ob. cit.*, pág. 517; MANRESA y NAVARRO, J. M.: *Comentario al Código Civil español*, revisado por J. M. Bloch, Reus, Madrid, 1969, t. X, vol. I, pág. 495; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, págs. 600-601; REBOLLEDO VÁRELA: *ob. cit.*, págs. 1006-1007, y la RDGRN de 29 de octubre de 1947 (FD 2.º).

(63) *Ob. cit.*, t. III, pág. 802, y nota 1 de esta página.

(64) GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 633.

lugar del retraído que adquirió una cosa por compra o dación en pago»), ha dado lugar a que nuestra doctrina se posicione sobre el alcance de qué cosa (¿mueble? ¿inmueble?) integra el objeto del retracto, aunque no falten voces que aplauden esa decisión de nuestro legislador (65).

Resulta evidente que algunas clases de retracto legal —por su propia naturaleza— sólo pueden recaer sobre cosas inmuebles, como el enfiteútico (66), el de colindantes (67), el arrendaticio (68), o sobre el buque (art. 575 del Código de Comercio), dada su consideración hipotecaria como bien de esta clase.

Tampoco parece plantear problema alguno el objeto del retracto de coherederos, pues entendemos —con CASTÁN TOBEÑAS— que podrán formar parte de la cuota hereditaria retraída bienes muebles e inmuebles, «ya que en realidad, lo que es objeto de la venta y, por tanto, del retracto es la cuota ideal de uno de los coherederos (puesto que todavía no se ha llevado a cabo la partición) y no el derecho sobre cosas concretas y determinadas de la herencia» (69).

La duda, en cambio, surge respecto del retracto de comuneros (art. 1.522 del Código Civil), pues doctrinalmente se discute si puede recaer también sobre las cosas muebles. Aunque con anterioridad a la publicación del Código Civil parecía haber unanimidad en torno a su no admisión (70), el debate se abrió con la redacción dada a dicho artículo: «*El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos.*»

(65) El propio GARCÍA CANTERO: *ob. ultim. cit.*, pág. 644.

El artículo 1.171 del Proyecto de Código Civil de 1836 señalaba expresamente que, «Sólo las cosas inmuebles o los bienes raíces son objeto del retracto».

(66) Sobre el objeto natural de la prelación enfiteútica, LINARES NOCI, R. («La prelación enfiteútica», en *RDP*, 1986, pág. 761) dice que esta clase de retracto queda circunscrita no a todos los inmuebles de que habla el artículo 334 del Código Civil, «sino únicamente a aquellos que los son por naturaleza».

(67) *Mide* MANRESA y NAVARRO: *ob. cit.*, pág. 534; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 608, y GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, *cit.*, pág. 644.

(68) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *ob. cit.*, págs. 830-831.

(69) *Ob. cit.*, t. IV, pág. 182, nota 1. Este autor, para apoyar su opinión, recoge las SSTs de 24 de enero de 1957, 5 de octubre de 1963, y 11 de diciembre de 1964. En similar dirección se posicionan GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 780; CUTILLAS: *ob. cit.*, pág. 72; BELLO JANEIRO: *El retracto de comuneros...*, *cit.*, pág. 25; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 608; REBOLLEDO VÁRELA: *ob. cit.*, pág. 1008; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, *cit.*, pág. 644, y BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 66.

(70) En el Proyecto de Código Civil de 1851 se excluyó, pues «La Comisión entendió limitar la palabra *cosa* a los inmuebles por su mayor importancia y por ser muy rara la comunión de cosas o bienes muebles» (GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, *cit.*, pág. 767). La Ley 75 de Toro lo restringía también a los bienes inmuebles al utilizar la palabra «heredad», y hacía lo mismo la concordante Ley 9.^a, título XIII, libro X, de la Novísima Recopilación.

Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común». Pero, ¿a qué clase de cosa se refiere aquí el Código?

Resulta claramente mayoritaria la opinión doctrinal y jurisprudencial que extiende también su ejercicio para el caso de que el condominio recaiga sobre bienes muebles, dada la gran generalidad con que se expresan los artículos 1.521 y 1.522 del Código Civil (71), lo que no impide que algún autor —como CASTÁN TOBEÑAS— advierta de que «la tradición histórica abonaría la aceptación de un criterio restrictivo [...], ya que la jurisprudencia anterior al Código había limitado el retracto a los bienes inmuebles» (72).

Aunque —con las excepciones apuntadas— se entienda que el retracto legal opera tanto sobre cosas muebles como inmuebles, debe señalarse que el objeto retraído ha de ser el del primitivo contrato transmisivo, sin que el ejercicio del retracto pueda proyectarse sobre otros objetos (73).

(71) En esta dirección *vide* BLASCO GASCÓ (*ob. cit.*, pág. 625), quien apunta que «el artículo 1.524 establece que, en defecto de inscripción en el Registro, el plazo comienza a contar desde que se tuvo conocimiento de la venta, por lo que también es posible referir este precepto a los bienes muebles»; GARCÍA AMIGÓ (*ob. cit.*, pág. 124), para quien «puede ser también perfectamente mueble : basta con que sea identificable»; REBOLLEDO VÁRELA (*ob. cit.*, pág. 1008) entiende que se puede extender a los muebles, «a menos que de la propia naturaleza de las cosas se derive lo contrario»; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 25; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 781; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 644; MANRESA y NAVARRO: *ob. cit.*, págs. 496 y 534); PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 608; DE LOS MOZOS: *Retracto de comuneros*, cit., pág. 954; RIAZA, quien, aunque en un primer momento lo restringe a bienes inmuebles (*ob. cit.*, pág. 193), no «estima incompatible el derecho de subrogación en los casos de enajenaciones de muebles y semovientes, siquiera por la restricción que para el adquirente supone aquel derecho» (pág. 241), y RUBIO TORRANO: *ob. cit.*, pág. 113.

En la escasa jurisprudencia recaída sobre este punto, la STS de 27 de diciembre de 1961 (Rdo. 1.º y Cdo. 2.º) admitió el ejercicio del retracto de comuneros al dueño de unas patentes sobre un grifo perfeccionado para el llenado de botellas gaseosas y una válvula de paso para el mismo, cosas naturalmente muebles. También la STS de 28 de febrero de 1898 (Rdo. 6.º), sin entrar a resolver la cuestión, sí que parece recoger el argumento de la recurrente de que el artículo 1.522 del Código Civil, «admite el retracto de comuneros sobre bienes muebles».

(72) *Ob. cit.*, pág. 182. También así lo entiende la STS de 16 de mayo de 1894 (Cdo. 2.º). En contra, MARTÍNEZ RUIZ, A.: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, i. IX, Madrid, 1908, págs. 431 y 432; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, t. IV, 2.ª edic., corregida y aumentada, Madrid, 1899 págs. 550 y sigs.; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de ENNECERUS-KIPP-WOLF (Derecho de cosas)*, vol. 2.º, 2.ª ed. al cuidado de PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 148, y STS de 13 de julio de 1896 (Cdo. 3.º).

(73) En idéntico sentido se expresa BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 25. La STS de 13 de abril de 1896 (al igual que la de 21 de junio de 1872) señaló, en similar dirección, que la subrogación de que habla el artículo 1.521 del Código Civil se produce respecto de la cosa objeto del retracto y no sobre aquellas otras que, aún comprendidas en la escritura de compraventa, «carecen de las condiciones necesarias para ser retraídas» (Cdo. 2.º).

III. NEGOCIOS JURÍDICOS GENERADORES DEL DERECHO DE RETRACTO LEGAL

La existencia del retracto legal requiere indefectiblemente que se haya producido con anterioridad una enajenación del dominio a favor de persona distinta de la que sea titular de aquel derecho. Esto es indiscutible, pero no lo es tanto determinar qué actos transmisivos del dominio son los que, en realidad, resultan aptos para dar lugar a ese derecho de adquisición preferente, a pesar de que el artículo 1.521 del Código Civil hable sólo de «*compra o dación en pago*», y que nuestra jurisprudencia se muestre inflexible en «entender que si la ley habla solamente de la compra y la dación en pago, no quiso incluir ningún otro supuesto» (74).

Es incontestable, pues, que tanto la compraventa como la dación en pago pueden generar el ejercicio de un derecho de retracto, pero, en cambio, no puede producir ese mismo derecho adquisitivo preferencial el pago por cesión de bienes, que, en modo alguno, es equiparable a la dación, ya que mientras ésta es un negocio *pro soluto*, en cambio la cesión de bienes es un negocio *pro solvendo* (75).

A pesar de que la compraventa y la dación en pago son figuras diferentes, ambas presentan como nota común —por lo que se refiere a los retractos— que en las dos «se lleva a cabo la transmisión de una cosa como contraprestación de una cantidad de dinero que constituye el precio con el necesario carácter de certeza, lo que, en conclusión, justifica la equiparación realizada por el legislador en el artículo 1.521 del Código Civil» (76).

(74) STS de 30 de junio de 1994 (FD 3.º). También recogen este criterio las SSTS de 9 de julio de 1958 (Cdo. 2.º), 12 de febrero de 1959 (Cdo. 1.º), 2 de abril de 1985 (Cdo. 2.º), y 12 de abril de 1989 (FD 3.º), y las RRDGRN de 13 de febrero de 1980, 20 de febrero de 1992, y 30 de junio de 1994. Sobre esta posición jurisprudencial, vide la documentadísima exposición de BELLO JANEIRO (*El retracto de comuneros...*, cit., págs. 28 y sigs.), quien se refiere a «la monolítica doctrina sentada por el Tribunal Supremo —altamente cuestionable...— de que no se puede ampliar —ni, tampoco, restringir— los retractos más allá de lo que permite el Código Civil, por constituir limitaciones, a modo de cargas de derecho público, del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, de modo tal que, no obstante reconocer el fin social que representa la institución del retracto, no se convierta la misma en abusiva, lo que acontecería si se acogiera lo que supone rebasar los límites, requisitos y supuestos establecidos por las normas legales que lo disciplinan» (pág. 28).

(75) Vide, en este sentido, STS de 30 de junio de 1994 (FD 3.º).

(76) BELLO JANEIRO: *ob. cit.*, págs. 29 y 30; también así lo entiende PASCUAL ESTIVILL, L.: «La dación en pago», en *RCDI*, 1986, pág. 1120; Díez Soto (*ob. cit.*, pág. 79), para quien la restricción a estas dos clases de negocios se debe tanto «al designio de proteger el interés de los sujetos intervinientes en el negocio original» como al de facilitar «la determinación de las cantidades que habrá de reembolsar el retrayente al retraído para el ejercicio de su derecho»; ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, pág. 808), quien señala que la dación en pago «equivale a una compraventa en la que el precio es la suma debida, y

No parecen quedar fuera de esta regla general, otros preceptos del Código Civil que no incluyen expresamente la compraventa o la dación como negocios que generan el ejercicio del retracto, como ocurre en el artículo 1.522 (retracto de comuneros) que se refiere tan sólo a la enajenación producida; los artículos 1.523 (de colindantes) y 1.067 (de coherederos), que hablan de la venta realizada; o el artículo 1.656, 6.^a (censo a primeras cepas), que alude a «*las enajenaciones a título oneroso*» (77).

Sí se plantea algún problema —aunque fuera del Código y por tanto de nuestro estudio— en ambas legislaciones arrendaticias. Por una parte, el artículo 25, apdos. 1, 3, 5, 6 y 7 LAU, se refiere sólo a la «*venta*» o la «*compraventa*» (78). Por otra, el artículo 86 LAR autoriza el ejercicio del retracto por el arrendatario para «*toda enajenación Ínter vivos*» que de la finca rústica haga el dueño; derecho que el artículo 89 LAR extiende a «*los contratos de donación, aportación a Sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa*» (79).

Frente a un minoritario sector doctrinal, que sigue el criterio restrictivo del Tribunal Supremo (80), resulta mayoritaria la opinión que considera apropiado el ejercicio del retracto legal cuando la enajenación —con independencia de la modalidad elegida— sea onerosa y permita al retrayente subrogarse en la posición del retraído o comprador primitivo, no estando, por tanto,

la cosa lo dado en pago de aquella»; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, pág. 50; RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 56, y STS de 7 de diciembre de 1983 (Cdo. 2.^o).

La dación se incorporó junto a la venta como negocios generadores del retracto legal en el artículo 1.450 del Proyecto de Código Civil de 1851.

(77) Sobre esta extensión, vide ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, págs. 826- 827; Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 598; ESPÍN CÁNOVAS (*ob. cit.*, pág. 536), quien critica la falta de precisión técnica del Código en este punto, y VALLET DE GOYTISOLO: *ob. cit.*, pág. 432.

En cuanto al retracto enfiteútico, éste no plantea problema alguno, pues el artículo 1.636 del Código Civil sigue fielmente al artículo 1.521 del Código Civil concediéndolo «*siempre que se venda o den en pago*» el dominio directo o útil sobre la finca.

(78) Díez PICAZO-GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 604) extienden la «*venta*» del artículo 25 LAU a la dación en pago; en idéntica posición, BELLO JANEIRO: *El retracto de comuneros...*, cit., pág. 31, y GARCÍA CANTERO, G.: *¿Eterno retorno de los derechos de adquisición preferente?* Sepín, mayo 1994, núm. 137, pág. 5. En contra de esta ampliación, Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 78.

(79) Sobre este punto, vide RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, págs. 118 y sigs.; LLOMBART, M.^a D.: «Los derechos de adquisición preferente de fincas rústicas a favor de los arrendatarios», en RDP, 1983, págs. 355 sigs., y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: *ob. cit.*, págs. 793, y 816 y sigs.

El artículo 27.1 de la citada Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995 se refiere tan sólo a la «*venta*» como negocio productor del retracto.

(80) Entre ellos: CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones...*, cit., pág. 433; Cossío Y CORRAL: *ob. cit.*, pág. 353; MUCIUS SCAEVOLA: *ob. cit.*, págs. 460 y sigs.; Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 598; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, págs. 781-782; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 408-409, y LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 333.

permitida en el caso de aquellas transmisiones gratuitas u onerosas no fungibles o personalísimas (81).

Esta disparidad de criterio entre doctrina y jurisprudencia obliga —como hace BELLO JANEIRO— a considerar que «en la actualidad, tiene verdadero significado delimitar con exactitud el ámbito real del retracto legal más allá de las estrictas limitaciones del legislador civil precisamente porque, a la luz de la normativa constitucional..., puede mantenerse la interpretación extensiva e, incluso, analógica, de los retractos legales por su carácter de límite impuesto a la propiedad al amparo de su función social, constitucionalmente consagrado en el artículo 33 CE, que ha de prevalecer frente al principio de libre contratación, el cual, al carecer de valor constitucional reconocido, no constituye ningún obstáculo para los retractos legales» (82).

De ahí que —siguiendo a este autor (83)— estudiemos, primeramente, diversos casos —siempre a la luz de la jurisprudencia y utilizando la doctrina más fiable— en los que puede resultar dudosa la procedencia del retracto incluso tratándose del supuesto de la «compra» del artículo 1.521 del Código Civil, aunque debe advertirse —como hace el Tribunal Supremo— de que habrá que estar a su verdadera naturaleza con independencia de la denominación dada al contrato por las partes (84). Estos supuestos son:

(81) ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, págs. 808-809) afirma, en este sentido, que el retracto «debe de alcanzar a cualesquiera actos que, sin ser venta, sin embargo, sean de tal índole que permitan que el retrayente pueda facilitar la misma contraprestación por la que se cambió la cosa retraíble [...] Para fundamentar tal opinión, basta pensar que la concesión del retracto en caso de venta, y no en otros, tiene por razón el que la cosa es preferible que vaya a manos de cierto tercero, y no quede en las del adquirente, si es que este tercero podría haber proporcionado al enajenante lo mismo (dinero) que le proporcionó el adquirente, y, además, puede dar a éste lo mismo que el dio por la cosa que se retrae. Y tal razón concurre igualmente si lo que se da —en el contrato que no es venta— a cambio de la cosa, es algo fungible... [y añade]... Además de tal fundamento, existe un argumento de orden práctico que apoya lo dicho: el de que en otro caso sería sumamente fácil burlar el derecho de retracto, llevando a cabo la enajenación de la cosa, no mediante venta, sino a cambio de otra fungible (con precio determinado en el mercado) que después su preceptor fácilmente podría convertir en dinero o en otro bien»; también vide BLASCO GASCÓ: *ob. cit.*, pág. 623; SERRANO: voz *retracto enfiteúico*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XVII, págs. 563 y sigs.; RIAZA: *ob. cit.*, págs. 193, 245, y 357; LINARES NOCI (*ob. cit.*, págs. 766 y 767), quien deja a los tribunales el decidir en cada caso sobre esta cuestión; MANRESA y NAVARRO: *ob. cit.*, págs. 496-497, 509 y 512; RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 56; CASALS COLLEDECARRERA: *De si la aportación...*, cit., pág. 77; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, pág. 174; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 641; DE LOS MOZOS: *Retrato de comuneros*, cit., pág. 954; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil...*, cit., pág. 721, y SSTs de 11 de junio de 1902 (Cdo. 1.º), y 24 de enero de 1986 (Cdo. 2.º).

(82) *Ob. cit.*, págs. 32-33; en idéntica dirección, BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 56; CUTILLAS: *ob. cit.*, pág. 137, y GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 630.

(83) *Ob. cit.*, págs. 33 a 78.

(84) Vide SSTs de 9 de abril de 1925 (Cdo. 1.º), y 5 de marzo de 1964 (Cdo. 2.º).

a) VENTA EN SUBASTA PÚBLICA

Resulta aquí procedente el retracto porque estamos ante una modalidad de venta (85), aunque surge —como se verá cuando se estudie su ejercicio— el problema de determinar en qué momento se inicia el plazo de la acción retractual.

b) VENTA INEFICAZ POR VOLUNTAD DE LAS PARTES

Para que haya retracto legal, se requiere la previa celebración voluntaria de un negocio jurídico válido entre comprador y vendedor. Por tanto, no surgirá retracto en los casos de venta nula de pleno derecho (falta de requisitos del artículo 1.261 del Código Civil), salvo que la ineficacia proceda de la voluntad o conveniencia de una o de ambas partes, según ha señalado reiteradamente la jurisprudencia (SSTS de 28 de enero de 1950 —Cdo. 1.º—, y de 12 de junio de 1951 —Cdo. 1.º—) (86). Pero sí procederá, en cambio, su ejercicio en los casos de compraventas anulables o rescindibles en tanto en cuanto no se interponga la correspondiente acción impugnatoria.

c) VENTA DE LA NUDA PROPIEDAD

El retracto ha de dirigirse contra el nudo propietario, aunque el vendedor se reserve el usufructo vitalicio (SSTS de 13 de diciembre de 1946 —Cdo. 1.º— y de 12 de junio de 1958 —Cdo. 1.º—), pues «la venta de la nuda propiedad de un inmueble, con reserva de usufructo vitalicio correspondiente a otro no supone una desintegración del dominio, por estar éste ya con anterioridad dividido» (STS de 7 de marzo de 1963 —Cdo. 4.º—) (87).

(85) En esta dirección, ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 808; ARCOS VIEIRA, M. L.: *Criterios jurisprudenciales acerca del ejercicio de la acción de retracto legal en los supuestos de venta por subasta pública judicial*, Aranzadi Civil, 1996-I, págs. 171 y sigs.; SSTS de 16 de mayo de 1946 (Cdos. 2.º y 3.º), 29 de febrero de 1960 (Cdo. 3.º), 30 de junio de 1994 (FFD 3.º y 4.º), y, especialmente, 8 de junio de 1995 (FD 5.º), y artículo 1.640 del Código Civil, que autoriza específicamente el retracto enfiteúutico cuando se vende judicialmente una finca de esta clase. En contra se manifiestan CUBELLS ROIG: *ob. cit.*, pág. 4379, y la STS de 30 de octubre de 1990, que denegó el ejercicio del retracto de comuneros tras una venta de este tipo al entender que fue de imposible conocimiento para el interesado.

(86) Sobre este punto, *vide* PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 411.

(87) *Vide* REBOLLEDO VÁRELA: *ob. cit.*, págs. 1008 y 1009. En contra, STS de 24 de enero de 1928 (Cdo. 4.º), que exigió la reunión en una sola persona del dominio y el usufructo.

d) VENTA SOMETIDA A CONDICIÓN RESOLUTORIA

Como esta clase de condición en nada afecta a la consumación del contrato, no hay impedimento para que pueda ejercitarse la acción de retracto, si bien la cosa se adquirirá («subrogación») en las mismas circunstancias que lo hizo el comprador, es decir, bajo condición resolutoria (STS de 17 de abril de 1958 —Cdo. 2.º—) (88).

Cuando la condición resolutoria consista en la voluntad del vendedor de readquirir la propiedad de la cosa vendida (pacto de retroventa), puede también ejercerse la acción retractual desde el momento de la consumación de la venta mediante la entrega de la cosa, sin que a ello afecte la cláusula de retrocesión a favor de aquél, pues podrá siempre recuperar la finca vendida *erga omnes* (incluido el retrayente) por estar asistido de acción real (STS de 24 de marzo de 1956 —Cdo. 1.º—).

e) COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO

El aplazamiento de parte del precio no impide la consumación del contrato, que se entiende realizada cuando se produce la transmisión del dominio por la entrega de la cosa (STS de 12 de mayo de 1945 —Cdo. 4.º—). Una STS de 11 de diciembre de 1944 (Cdo. 1.º) admite el ejercicio del derecho de retracto en una compraventa con precio aplazado (89), garantizado con hipoteca sobre el mismo bien enajenado, por lo que entendemos que el retrayente tendría que soportar esa carga real.

f) VENTA CON CONDICIONES PERSONALÍSIMAS

Estrictamente hablando —como dice GARCÍA CANTERO— no cabría la acción retractual cuando el comprador se ha obligado de modo esencial a prestaciones personalísimas para con el vendedor (90).

Sí procederá, en cambio, cuando las prestaciones no sean esenciales, ya que la subrogación no afecta a aquellos pactos o condiciones que no sean condición principal de la enajenación (STS de 10 de enero de 1919 —Cdo. 5.º—). Los Tribunales habrán de cuidar el examen

(88) Así también lo mantiene CUTILLAS: *ob. cit.*, pág. 139.

(89) Sobre este punto, *vide* el interesante trabajo de FIGA FAURA, L.: «El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado», *RDP*, 1948, págs. 880 y sigs.

(90) *Comentarios...*, *cit.*, pág. 640. También se muestran a favor BARBER (*ob. cit.*, pág. 145) y FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 257.

de esas condiciones personalísimas, de modo que no se vengán a encubrir normales transmisiones onerosas que deberían ser objeto de retracto (91).

Vistos estos supuestos dudosos de «compra» (art. 1.521 del Código Civil), resulta ahora necesario el abarcar —sin ánimo de ser exhaustivos— el estudio de otras figuras jurídicas, absolutamente ajenas a las previstas legalmente en el Código Civil, pero que pudieran dar lugar a retractos legales por ser también transmisoras del dominio. Veamos:

a) LA PERMUTA

El Tribunal Supremo, siguiendo su clásica doctrina ya apuntada de que sólo es posible el retracto legal en los supuestos de compraventa y dación en pago, rechaza que la permuta pueda dar lugar a retracto (STS de 22 de noviembre de 1957 —Cdo. 2.º—), salvo que la Ley excepcionalmente —como es el caso del arrendamiento rústico— lo conceda (art. 89 LAR).

La permuta no exige como contraprestación la entrega de una cantidad de dinero, sino que requiere la de una cosa (un inmueble, en ese caso jurisprudencial) que, siendo específica, ningún retrayente puede devolver; y sin esa restitución *in natura* de lo entregado por el adquirente «no es posible desposeer a éste de lo adquirido, ya que es sustancia en el retracto que quien lo ejercita restablezca o deje el patrimonio de la persona de quien retrae en la misma situación cuantitativa y cualitativa que tenía antes de la adquisición generadora de dicho derecho» (STS de 22 de noviembre de 1957 —Cdo. 2.º—) (92).

Ahora bien, ¿cabría el retracto en caso de permuta mixta (por ejemplo, enajenación en la que media precio y otra cosa), o de permuta por bienes fungibles o genéricos? Veamos:

a. 1. *La permuta mixta*

Prescindiendo de una extraña STS de 30 de junio de 1881 (enajenación en la que, por mediar precio y otra cosa accesoria

(91) BELLO JANEIRO: ob. ultim. cit., pág. 45. Sobre el ejercicio del retracto en negocios con condiciones personalísimas, *vide* el trabajo de REINO CAAMAÑO, J.: «El retracto legal y la libre contratación», en *RGLJ*, 1918, pág. 274 y sigs.

(92) En la misma dirección se pronuncian POTHIER, R. J.: *Tratado de retractos*, trad. por Manuel Deo, 2.ª ed., Araluze, Barcelona, s/f, pág. 64, y las SSTs de 25 de mayo de 1960 (Cdo. 3.º) y 20 de enero de 1962 (Cdo. 1.º).

al precio, se consideró que había una compraventa y que, por tanto, daba lugar al retracto —Cdos. 1.º y 2.º—, tampoco habrá la posibilidad de que genere retracto, ya que la existencia de una cosa (importante) más un precio (accesorio) no hace que estemos ante una compraventa, sino ante una verdadera permuta, lo que dificulta la posibilidad de subrogación en la cosa (principal), aunque sea posible en el dinero (accesorio) (93).

b.2. *La permuta por bienes fungibles o genéricos*

MERINO HERNÁNDEZ (94), BARBER (95) y ALBALADEJO (96), entre otros, se muestran favorables a que este tipo de permuta pueda generar retracto porque, al tratarse de cosas sustituibles, resulta relativamente fácil la subrogación y, además, porque lo que el retraído entregó en su momento al vendedor se lo puede dar ahora el retrayente. También parece inclinarse por este planteamiento BELLO JANEIRO (97), aunque reconoce que podrán jugar en sentido contrario argumentos como los siguientes:

— La jurisprudencia tradicional favorable a que sólo surjan retractos legales de los supuestos del artículo 1.521 del Código Civil.

— Admitir aquí la posibilidad de retracto podría poner en peligro la seguridad jurídica.

b) LA DONACIÓN

Nuestra jurisprudencia ha venido manifestándose en contra de admitir que la donación, incluso la remuneratoria, pueda dar lugar a retracto, «ya que la ausencia de onerosidad hará imposible la subrogación» (de que habla el artículo 1.521 del Código Civil) (98).

(93) En idéntico sentido, BARBER: *ob. cit.*, pág. 171, y STS de 22 de noviembre de 1957 (Cdo. 4.º).

(94) *El contrato de permuta*, Tecnos, Madrid, 1978, pág. 337.

(95) *Ob. cit.*, pág. 171.

(96) *Ob. cit.*, t. III, págs. 808 y 809.

(97) *Ob. cit.*, pág. 51.

(98) STS de 22 de enero de 1991 (FD 2.º); también BARBER: *ob. cit.*, pág. 123; POTHIER: *ob. cit.*, pág. 83, y FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 256), para quien la ineptitud de las donaciones en generar retracto legal «se justifica en el carácter *intuitu personae* que tienen los actos de mera liberalidad, por cuanto introducen una consideración personal del donante al donatario que se vería burlada de admitirse en tales casos la procedencia del retracto».

c) LA RENTA VITALICIA

El Tribunal Supremo ha desestimado que la renta vitalicia pueda dar lugar a retracto (Sentencia de 6 de octubre de 1969, Sala de lo Social), por existir prestaciones impuestas al comprador *intuitu personae* (alimentos, vivir en su compañía, cuidar y atender al cedente hasta la muerte) (99).

La STS de 22 de diciembre de 1989 (FD 1.º) también niega el retracto en un caso puro de renta vitalicia, argumentando que en este contrato (al ser aleatorio) el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia que no se da en la compraventa ni en la dación en pago, que, por ser negocios conmutativos, tienen perfectamente determinado ese equivalente en el momento de su celebración; es decir, mientras la compraventa exige precio cierto (art. 1.445 del Código Civil), en cambio, en la renta vitalicia no es posible determinar «a priori» el número de pensiones a satisfacer por el deudor (art. 1.802 del Código Civil) (100).

d) LA APORTACIÓN SOCIAL Y LA ADJUDICACIÓN DE BIENES POR LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

Dado que en los últimos tiempos resultan corrientes los negocios de aportación de inmuebles a sociedades mercantiles por causas conocidas (aumentos de capital, constitución o aumento de capital con aportaciones hechas por entidades de crédito para desprenderse de su negocio inmobiliario, etc.), se ha planteado si dicha aportación es asimilable a las enajenaciones productoras del derecho de retracto legal. Un sector doctrinal mayoritario avala su improcedencia ya que, por una parte, se considera que la aportación no dineraria a una sociedad se asimila a la figura del contrato de permuta (101), y, por otra, se encuentra «la imposibilidad del retrayente para reembolsar al adqui-

(99) La cita BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 53.

(100) En esta dirección, también *vide* la STS de 2 de abril de 1985 (FD 5.º).

(101) AVILA NAVARRO-RIVERO HERNÁNDEZ («Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil», en *RCDI*, 1993, pág. 694) citan un amplio número de autores en esta dirección; también en este sentido, *vide* las SSTs de 12 de junio de 1964 (Cdo. 1.º), y 27 de mayo de 2000 (FD 4.º). En una posición contraria, la STS de 30 de noviembre de 1973 (Cdo. 2.º) otorgó un retracto arrendaticio urbano tras calificar esta aportación como venta o cesión solutoria, estimando las acciones como «un signo que representa al dinero y se halla incluido en el artículo 1.445 del Código». Acerca de esta Sentencia, *vide* la crítica de BELLO JANEIRO: *El retracto...*, pág. 56.

rente en cuyo lugar se subroga, la prestación por él realizada, pues ésta no consistió en dinero, sino de acciones que no obran en el patrimonio de aquél» (102).

Igual solución se sostiene para la adjudicación de bienes por liquidación de sociedad, pues «el tránsito de acciones de una sociedad a propietario de bienes consecuencia de la disolución ni es compraventa ni dación en pago, ya se analice la disolución de sociedad desde el campo de los derechos civil o mercantil, o, incluso fiscal» (STS de 6 de febrero de 1991 —FD 2.º—) (103).

e) EL CENSO RESERVATIVO

Aunque la STS de 11 de junio de 1902 considerara que la constitución de esta clase de censo daba lugar al ejercicio del retracto legal, ya que «participa de los caracteres sustanciales de la compraventa» (Cdo. 1.º)» (104), entendemos —con BELLO JANEIRO (105)— no haber lugar al mismo, pues difícilmente puede equipararse con la compraventa un censo que admite, como prevén los artículos 1.608 a 1.612, 1.662 y 1.664 del Código Civil, su redención.

Tras este análisis de los distintos negocios que pueden dar o no lugar al retracto legal, hemos de concluir —al igual que hacen doctrina y jurisprudencia— señalando que las restricciones antes apuntadas sólo se aplican para la primera transmisión, pero no para las ulteriores, aunque se haya producido, por ejemplo, mediante un negocio inicialmente no permitido, como la permuta (106).

IV. EJERCICIO DE LOS RETRACTOS *EX LEGE*

Debemos fijar ahora nuestro estudio en el momento, plazo, y forma en que se puede ejercitar este derecho.

Mientras parece unánime la opinión doctrinal que sitúa el nacimiento del retracto legal desde el momento mismo en que se constituye por disposición

(102) RDGRN de 5 de septiembre de 1991. Coincide en el mismo sentido BELLO JANEIRO: *El retracto...*, págs. 56 y 57, y STS de 27 de mayo de 2000 (FD 4.º).

(103) Argumento que también recoge la STS de 14 de abril de 1993 (FD 6.º).

(104) En el mismo sentido también *vide* la STS de 9 de marzo de 1893 (Cdo. 3.º).

(105) *El retracto...*, cit., pág. 61.

(106) Opinión que mantienen CUTILLAS: *ob. cit.*, págs. 138 y 139; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, págs. 62 y sigs., y las SSTs 14 de mayo de 1912 (Cdo. 1.º), y 27 de febrero de 1954 (Cdo. 5.º).

de la Ley (107), se discute, en cambio, el momento en que el retracto está ya en disposición de ser ejercitado; es decir, si podría hacerse efectivo desde el instante en que se celebra (se perfecciona) la convención sobre el negocio generador, o habría que esperar a su consumación mediante la tradición de la cosa objeto del retracto. Discusión que, de aceptar una u otra solución, comporta importantes consecuencias jurídicas, como son la disposición que del retracto pueda hacer su titular o el cómputo del plazo para hacerlo efectivo.

Acerca de esta cuestión, nuestro Tribunal Supremo ha oscilado entre exigir perfección o consumación, aunque finalmente se ha decantado claramente por la necesidad de que para hacer efectivo el retracto esté ya consumado el negocio (108), criterio que también sigue un amplio sector doctrinal (109), aunque no falten voces que abogan por la simple perfección (110).

(107) Así, ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 807; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 492, 629-630 y 641; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 58; CASALS CONDECARRERA: *El retracto en los arriendos...*, cit., págs. 43, 74 y 76; RIAZA: *ob. cit.*, págs. 72-76, y 191-192; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, págs. 126-127, y BELLO JANEIRO, D.: *El plazo de la acción de retracto legal*, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 1995, pág. 47.

(108) Como señala la STS de 5 de febrero de 1952, «hasta ese momento en que se consuma el contrato de compraventa no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor» (Cdo. 1.º). En idéntico sentido también se manifiestan las SSTs de 19 de junio de 1929 (Cdo. 2.º), 20 de mayo de 1943 (Cdo. 2.º), 14 de noviembre de 1953 (Cdo. 2.º), 2 de junio de 1950 (Cdo. 6.º), 28 de junio de 1949 (Cdo. 4.º), 17 de junio de 1997 (FD 2.º) y de 28 de octubre de 1999 (FD 1.º); *vide*, igualmente, la amplia jurisprudencia que sobre este punto recogen ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, pág. 815), y BELLO JANEIRO (*El plazo...*, cit., pág. 50). Por la mera perfección como momento de ejercicio, se decantan, en cambio, las SSTs de 12 de octubre de 1912 (Cdo. 2.º), 26 de febrero de 1916 (Cdo. 4.º), 12 de mayo de 1945 (Cdo. 4.º), y 12 de junio de 1951 (Cdo. 1.º).

(109) Esta postura es seguida por ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III., págs. 806 y 815; ALVAREZ CAPEROCHI: *ob. cit.*, pág. 91; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, pág. 37; ESPÍN CÁNOVAS: *ob. cit.*, págs. 520 y 525; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, págs. 251-252, especialmente pág. 258; FIGA FAURA: *ob. cit.*, págs. 880-881; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: *Retracto legal en caso de compraventa anulable* (Comentario a la STS de 24 de abril de 1951), ADC, 1952, pág. 362; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 404 y 410-411; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 780; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 532 y 681; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 328; LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 772; POTHIER: *ob. cit.*, págs. 99 y sigs.; REBOLLEDO VÁRELA: *ob. cit.*, pág. 1016, y RIAZA: *ob. cit.*, págs. 219 y sigs.

(110) Así, CLEMENTE DE DIEGO: *Del derecho de retracto...*, cit., págs. 338 a 343; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 59; DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, pág. 84; MANRESA, J. M.: «Retracto de colindantes, cuando se realiza la venta sin escritura pública», en *RGLJS*, 1899, pág. 447; REINO CAAMAÑO: *ob. cit.*, pág. 277; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 126; RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 112; CASALS CONDECARRERA: *El retracto en los arriendos...*, cit., págs. 158 y 159; DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 594, y CUTILLAS: *ob. cit.*, págs. 124 y 125.

Debe tenerse en cuenta la especialidad de las ventas judiciales, donde la jurisprudencia admite el ejercicio del retracto desde la aprobación judicial de la subasta, «pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o ficta» (STS de 8 de junio de 1995, FD 5.º).

La necesidad de consumir el negocio resulta independiente de que éste pudiera revocarse o ser resoluble, o simplemente estar pendiente del cumplimiento de algunas condiciones (111), aunque sí se entiende que aquél ha de ser válido (112).

Como indicábamos, el hecho de fijar el momento de su ejercicio resulta clave para computar el plazo de ejercicio de la acción retractual que el artículo 1.524 del Código Civil sitúa en nueve días para los retractos de comuneros y colindantes (113), pero que —por extensión— también debe aplicarse a cualesquiera otros que no tengan señalado uno en especial (114), como sí lo tienen, por ejemplo, el de coherederos que el artículo 1.067 del Código Civil amplía al plazo de un mes, o, fuera del Código, los artículos 25.3 LAU, que lo fija en esos treinta días, y 88 LAR, que lo extiende a dos meses (115).

Para el inicio del cómputo de los plazos se tiene normalmente en cuenta el momento en que el retrayente tiene un conocimiento «cabal y completo» del negocio generador del retracto y de todos los extremos que del mismo interesen (116). En su defecto, el plazo correrá a partir de que se practique

En idéntico sentido, SSTs de 30 de octubre de 1990 (FD 3.º), 11 de julio de 1992 (FD 6.º), 27 de julio de 1996 (FD 1.º), y 7 de diciembre de 1998 (la cual fijó como fecha de consumación la «entrega a la parte del testimonio del auto», FD 2.º).

Sobre este punto, también *vide* lo que señalan ARCOS VIEIRA: *ob. cit.*, págs. 172 y sigs.; DIEZ SOTO: *ob. cit.*, págs. 84 y sigs., y BARBER: *ob. cit.*, pág. 150.

(111) En el mismo sentido se refiere FIGA FAURA: *ob. cit.*, pág. 881.

(112) Sobre este punto, BADENES GASSET (*ob. cit.*, págs. 59 y 60), quien cita una amplia jurisprudencia, y PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 411.

(113) «No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de **nueve días**, contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta».

(114) Opinión que comparte ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, págs. 824-825.

(115) Téngase también en cuenta, por su incidencia en el retracto de colindantes, que el artículo 27.4 de la citada Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias sitúa el plazo en un año. Sobre este punto, CABALLERO LOZANO, J. M.: «El retracto de colindantes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», en *RCDI*, 1996, págs. 65 y sigs. (especialmente, págs. 87 y sigs.).

En cuanto a la especialidad que supone la venta judicial de la cosa retraída, se entiende por la STS de 28 de octubre de 1999 (FD 1.º) que «el plazo empezará a contarse, no desde su celebración, sino desde el otorgamiento de la escritura pública de venta secuela de la misma».

(116) SSTs de 12 de junio de 1956 (Cdo. 2.º), 21 de marzo y 30 de octubre de 1990 (FD 3.º y 5.º, respectivamente), 9 de febrero de 1984 (Cdo. 3.º), 12 de diciembre de 1986 (FD 3.º), 20 de mayo de 1991 (FD 2.º), 19 de mayo y 11 de julio de 1992 (FFD 2.º y 6.º), 7 de abril y de 24 de septiembre de 1997 (FFD 1.º y 6.º, respectivamente), 3 de marzo de 1998 (FD 2.º), y 6 de marzo de 2000 (FD 4.º). En la doctrina comparten esta opinión: ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 816; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 71; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 106 y sigs.; COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, pág. 284; Díez PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 596; Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 155 y 161 y sigs.; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 680; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 333, y PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 413.

la inscripción de aquél en el Registro de la Propiedad (117), y no desde el asiento de presentación (118). De ahí que una interpretación correcta del artículo 1.524 del Código Civil obligue a entender que la computación del plazo de nueve días para ejercitar el retracto no se contará a partir de la inscripción registral cuando conste que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la enajenación en fecha anterior (119).

Con independencia de esta interpretación, resulta manifiesto que la previsión legal de plazo del artículo 1.524 del Código Civil resulta corta, lo que crea —aparte de una situación discriminatoria frente a esos otros retratos especiales con un término más amplio— una inseguridad e indefensión en el retrayente, puesto que no puede pasarse por alto, por una parte, que el conocimiento de la transmisión realizada es un criterio subjetivo de difícil prueba (120); y, por otra, que la publicidad registral debe rogarse. Para superar ambos riesgos, un sector doctrinal plantea el recuperar —para que dé comienzo el cómputo— la necesidad de notificación del negocio por medio del requerimiento notarial que preveía el viejo artículo 1.524 del Código Civil (121).

Respecto del retracto de coherederos, aunque no hay deber de notificación, el artículo 1.067 del Código Civil señala que el plazo para ejercitar la acción empieza desde que la transmisión «se les haga saber» al retrayente. Como aclara ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, pág. 817, nota 17), la jurisprudencia entiende que dicho plazo corre desde «que de cualquier modo éste toma conocimiento».

(117) En esta dirección se posicionan ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 827, nota 28; BLASCO GASCÓ: *ob. cit.*, pág. 624; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, pág. 182; COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, pág. 285, y las SSTs de 22 de abril de 1958 (Cdos. 4.º y 5.º), 21 de marzo de 1990 (FD 3.º), y 30 de octubre de 1990 (FFDD 3.º y 4.º).

(118) SSTs de 27 de febrero de 1954 (Cdo. 6.º); 21 de julio de 1993 (FD 4.º), 7 de abril de 1997 (FD 2.º) y 27 de junio de 2000 (FD 2.º).

Entenderlo así es una excepción al mandato del artículo 24 LH: «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma».

(119) En esta dirección, BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 71; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 97 y sigs.; COBACHO GÓMEZ, J. A.: *El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero)*, Derecho Privado y Constitución, 3, 1994, pág. 288; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 333; REBOLLEDO VÁRELA: *ob. cit.*, pág. 1016, y SSTs de 27 de febrero de 1954 (Cdo. 6.º), y 8 de mayo de 1956 (Cdo. 3.º).

(120) Vide sobre este punto lo que dicen ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 818, y COBACHO GÓMEZ (*ob. cit.*, pág. 281), para quien el motivo de haber señalado un plazo tan breve reside «en la conveniencia de acortar el período de pendencia de las situaciones jurídicas amenazadas de ineficacia, por lo cual se establece un plazo tan breve que evite la prolongación de la incertidumbre».

(121) En esta dirección opinan FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 259, y COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, págs. 294 y 295. El artículo 1.524 en la primera edición del Código decía que «no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento hecho ante un notario, que haga el vendedor o el comprador que tenga aquel derecho». Los actuales artículos 87 LAR y 25.3 LAU exigen, en parecido

En la brevedad del plazo y en el trato desigual dado por el legislador para los distintos retractos se basó una Cuestión de inconstitucionalidad que fue planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid (122) ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelta por sentencia 54/1994, de 24 de febrero, que consideró ajustada a la Constitución la previsión que el legislador hace en el artículo 1.524 del Código Civil (123). El Alto Tribunal justificó la mayor amplitud de plazo, tanto en el retracto de arrendamientos urbanos como en el rústico, por razones de tutela constitucional (se alegaba el art. 47 CE) sobre esos bienes; acerca del término también superior del retracto de coherederos, razonó para su mantenimiento que la relación hereditaria está necesitada de un tratamiento especial (FJ 3.º). Además, fundamentó que, al ser el retracto legal un derecho de adquisición preferente establecido por el legislador, éste puede regularlos con la amplitud o restricción que considere más apropiada (FJ 3.º).

Refiriéndonos ahora a la naturaleza jurídica de este plazo, diremos que tiene carácter civil (124), por lo que su cómputo se hace de continuo, y en él se incluyen también los días inhábiles (125), con la excepción del retracto de arrendamientos rústicos (126); término (*dies a quo*) que empieza a correr

sentido, el deber de notificación de la transmisión, aunque si el retrayente no notificado la conoció por otros medios, el plazo empieza ya a correr. *Vide* también ALBALADEJO (*ob. cit.*, t. III, págs. 816-817) que se hace eco de la jurisprudencia sobre arrendamientos que sostiene este criterio.

(122) Una referencia a sus fundamentos puede verse en COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, págs. 267 y sigs., y en la propia STC 54/1994, de 24 de febrero (FFJJ 1.º y 2.º).

(123) Sobre esta sentencia, *vide*, en general, la crítica de COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, especialmente págs. 294 y 295.

(124) SSTs de 8 de abril de 1920 (Cdo. 2.º), y 14 de noviembre de 1962 (Cdo. 2.º).

(125) Se manifiestan en esta dirección, ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 819; CUTILLAS: *El retracto legal de coherederos*, cit., pág. 142; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 783; Díez SOTO: *ob. cit.*, págs. 152 y sigs. (quien recoge una amplia jurisprudencia y posiciones doctrinales sobre este punto); LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 333; LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 772; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 414; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 608 y sigs.; REBOLLEDO VARELA: *ob. cit.*, pág. 1016; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil...*, cit., págs. 724 y sigs.; STC de 24 de febrero de 1994 (FJ 2.º), y STSS de 8 de abril de 1920 (Cdo. 2.º), 13 de junio de 1921 (Cdo. 4.º), 14 de noviembre de 1953 (Cdo. 1.º), 14 de noviembre de 1962 (Cdo. 2.º), 15 de diciembre de 1956 (Cdos. 2.º y 4.º), 12 de febrero de 1959 (Cdos. 1.º y 2.º), y 28 de octubre de 1999 (FD 1.º).

Debe señalarse que aunque el artículo 1.638, párrafo 2.º del Código Civil fije para el retracto enfiteútico un plazo de «nueve días **útiles** siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta», no quiere decir que sean hábiles. Al respecto dice O'CALLAGHAN, X. («Comentarios a los artículos 1.636 a 1.642 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., t. XX, vol. 3.º, 1982, pág. 169) que «esta expresión nada significa, pues no dice "hábiles", que, por otra parte, es un concepto procesal y debe aplicarse el artículo 5 [Código Civil] cuyo apartado 2 dice que "en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles"». *Vide* también en esa dirección, ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 824, nota 20.

(126) El artículo 88 LAR establece un plazo de «sesenta días hábiles».

desde las cero horas del día siguiente a aquel en el que tuvo lugar el conocimiento de la transmisión o, en su defecto, la inscripción registral de la misma (127). Asimismo, como la propiedad adquirida por el comprador no puede quedar al arbitrio del ejercicio indefinido por el retrayente de su derecho de retracto, el plazo se considera que es caducidad, de tal suerte que no admite interrupción, ni prórroga alguna (128).

Aparte de por su caducidad o por el cumplimiento de sus fines, el retracto puede extinguirse también por renuncia de su titular; abandono del derecho (art. 6.2 del Código Civil) que puede hacerse no sólo desde que nace el retracto, sino también una vez ya dentro del plazo para su ejercicio (129). En cambio, no resulta admisible que pueda serlo antes de que hubiera nacido el derecho, ya que no se puede renunciar a algo que aún no se tiene. En este sentido se manifiesta una STS de 21 de enero de 1965 que resuelve un caso de retracto arrendaticio urbano y donde se declara la invalidez de la renuncia anticipada al mismo antes de haber surgido, «pues de lo contrario perdería todo sentido y alcance al interés general en que su otorgamiento descansa y quebrantaría la seguridad del tráfico jurídico obligacional» (Cdo. 2.º) (130).

En cuanto a la forma de ejercicio de este derecho de retracto legal, debe apuntarse que —aunque lo normal es que se haga judicialmente— nada debe

(127) En este sentido se manifiestan ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 824; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 683; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 414, y STS de 2 de abril (Cdo. 2.º) y 15 de diciembre de 1956 (Cdo. 2.º).

(128) Así lo entienden la STC de 24 de febrero de 1994 (FJ 2.º), y las SSTs de 10 de marzo de 1945 (Cdo. 2.º), 25 de noviembre de 1955 (Cdo. 4.º), 20 de noviembre de 1958 (Cdo. 1.º), 14 de noviembre de 1962 (Cdo. 2.º), 28 de octubre de 1999 (FD 1.º), y 27 de junio de 2000 (FD 2.º). En nuestra doctrina, *vide* BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 73; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 259; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *ob. cit.*, pág. 357; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 84 y sigs.; REBOLLEDO VÁRELA: *ob. cit.*, págs. 1015 y 1016; COBACHO GÓMEZ: *ob. cit.*, pág. 281 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, págs. 182 y 183; DÍEZ PICAZO-GULLÓN: *ob. cit.*, pág. 596; DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, pág. 152; NAVARRO PÉREZ: *ob. cit.*, págs. 120 y sigs.; GÓMEZ CALERO: *ob. cit.*, pág. 783; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 119; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 538 y 678 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, págs. 333 y sigs.; LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 771; MÁRQUEZ CABALLERO: *ob. cit.*, págs. 189 y sigs.; O'CALLAGHAN: *Comentarios...*, cit., pág. 169; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, pág. 413; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, pág. 609; SANTOS VUANDE: *ob. cit.*, págs. 1172 y sigs., y SANTOS BRIZ: *Derecho Civil...*, cit., págs. 724 y sigs. En cambio, BORRELL Y SOLER, A. M. (*El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1952, pág. 274), y la STS de 8 de abril de 1920 (Cdo. 2.º), lo consideran de prescripción.

(129) Así lo entienden BELLO JANEIRO: *El retracto de...*, cit., págs. 167 a 169, y *El plazo...*, cit., pág. 57 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 330; CUTILLAS: *ob. cit.*, pág. 150; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 129, y GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 630. Donde sí que no cabe, en cambio, la renuncia anticipada es en el retracto arrendaticio rústico, pues el artículo 11 LAR dispone que la misma sólo puede hacerse efectiva desde el momento en que puede ejercitarse (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *ob. cit.*, pág. 357).

(130) También en esta dirección se pronuncian las SSTs 18 de diciembre de 1952 (Cdo. 3.º) y de 6 de febrero de 1979 (Cdo. 2.º).

impedir que también pueda realizarse extrajudicialmente. Para un sector doctrinal, bastaría la simple declaración de voluntad del retrayente y siempre que no exista oposición del adquirente-retraído (131). Como indica GARCÍA CANTERO (132), con que el retrayente dirigiera a aquél mediante conducto notarial, una declaración de voluntad con el ofrecimiento y la consignación del reembolso de los gastos previstos en el artículo 1.518 del Código Civil. Al no existir precepto alguno en nuestro Derecho que lo prohíba, razones de economía procesal parecen también aconsejarlo (133).

Sin embargo, entendemos que no parece que la mera acta de manifestación sea título suficiente, aunque no exista oposición. Habría que exigir escritura pública otorgada tanto por el retrayente como por el retraído, pues es la forma documental que se requiere para reflejar los negocios jurídicos, y el ejercicio del derecho de retracto lo es. Retraer no es un mero acto —que sí sería susceptible de documentarse en acta—, sino un negocio jurídico compuesto de sendas declaraciones de voluntad. Además, y a mayor abundamiento, la legislación hipotecaria impediría la inscripción del retracto en virtud sólo del acta (arts. 3 LH, y 33 RH).

Para regular su habitual ejercicio delante de los tribunales, la LEC de 1881 preveía en su Libro II, título XIX (arts. 1618 a 1630), el llamado procedimiento especial «*De los retractos*». Sin embargo, la gran reforma de nuestra legislación procesal civil llevada a cabo por la Ley 1/2000, de 5 de enero, ha derogado varios de aquellos procedimientos singulares, entre ellos el citado, pasando ahora a establecer que las demandas de retracto legal se sustanciarán por el genérico *juicio ordinario* (art. 249.1.7), «*cualquiera que sea la cuantía*» (134). No obstante —como apunta CORTÉS DOMÍNGUEZ (135)—, las singularidades de este nuevo proceso «se limitan a los

(131) Así también lo entienden BELLO JANEIRO: *El plazo...*, cit., págs. 75 y sigs.; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 685-686; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *ob. cit.*, págs. 360-361, y GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 129.

(132) *Comentarios*, cit., pág. 685; también en similar sentido se posicionan BARBER: *ob. cit.*, pág. 349; BELLO JANEIRO: *El plazo...*, pág. 80, y DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, págs. 102 y sigs.

(133) Lo apunta BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 188 y sigs.

(134) Acerca de esta nueva regulación de la acción judicial de retracto, vide FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.-RIFA SOLER, J. M.-VALLS GOMBAU, J. F.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1 al 280)*, Iurgium Editores-Atelier, Barcelona, 2000, págs. 1085 y sigs.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *El juicio de retracto*, en la obra colectiva CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V.-MORENO CATENA, V.: «Derecho procesal civil. Parte especial», 2.^a ed., Colex, Madrid, 2000, págs. 275 y sigs.; ILLESCAS Rus, A. V.: *Los procesos de retracto*, en MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J.-LOSCERTALES FUERTES, D.: *Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentada*, vol. I, Sepín, Madrid, 2000, págs. 669 y sigs., y RAMÚNDEZ RODRÍGUEZ, A.: «Sobre el deshaucio, retracto y otros procesos arrendaticios», en AC, semana 9-15 de julio, 2001, págs. 999 y sigs.

(135) *Ob. cit.*, pág. 275.

documentos que, en "caso especial" (art. 266.3.º y 403.3 LEC), habrán de acompañarse a la demanda como requisitos para su admisión» (136).

La acción judicial corresponde ejercitarla al actor-retrayente (condómino (137), colindante (138), coheredero, dueño directo o enfitéuta, arrendatario urbano y rústico, etc.), que la dirige contra el adquirente-retraído o, conjuntamente, contra los sucesivos adquirentes de la cosa que, impropiaamente, se retrae (139), aunque algunos autores —como DÍEZ PICAZO-GULLÓN— consideren que «este litisconsorcio pasivo necesario no tiene un sólido argumento» (140).

Entendemos que el procedimiento retractual debe dirigirse contra el primer adquirente y subadquirentes sucesivos que se tenga conocimiento. Como señalan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (141), «hay que citar al juicio retractual a los subadquirentes todos cuyos títulos consten en el Regis-

(136) Artículo 266.3.º LEC: «Se habrán de acompañar a la demanda: 3.º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto...», y artículo 403.3 LEC: «Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas...».

(137) En relación con el retracto de comuneros, la jurisprudencia ha declarado que la posesión a título de dueño legítima igual que un título de dominio perfecto, mientras no se oponga quien tenga mejor derecho que el retrayente. En este sentido pueden verse las SSTs de 10 de febrero de 1914 (Cdo. 1.º) 9 de mayo de 1922 (Cdo. 2.º), y 4 de abril de 1956 (Cdo. 2.º), y PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 407-408. También *vide* STS de 27 de junio de 2000 (FD 2.º), que concede el retracto de comuneros tanto al nudo como al pleno propietario.

(138) Cuando el artículo 1.523 del Código Civil dispone que «tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes» se está refiriendo a que el retracto lo ejercerá quien sea titular del derecho de propiedad sobre la finca, que necesariamente tiene que ser rústica. En este sentido, *vide* SSTs de 12 de marzo de 1902 (Cdo. 1.º) y 7 de noviembre de 1959 (Cdo. 2.º), y CUTILLAS TORNOS, J. M. (*El retracto de colindantes. Perspectivas actuales*, La Ley, 1986-4, pág. 1155), quien niega el ejercicio al nudo propietario «por entender que debe tratarse de un derecho completo de propiedad». En cambio, GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, *cit.*, pág. 663) le reconoce tal legitimación.

(139) En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, págs. 181-182.; DÍEZ SOTO: *ob. cit.*, págs. 120 y sigs.; BELLO JANEIRO: *El retracto...*, *cit.*, págs. 215 y sigs.; Cossío Y CORRAL: *ob. cit.*, pág. 353; ALBALADEJO: *ob. cit.*, t. III, pág. 813 (especialmente nota 11), y SSTs de 10 de mayo de 1904 (Cdo. 1.º), 11 de octubre de 1905 (Cdo. 1.º), 8 de junio de 1906 (Cdo. 1.º), 14 de mayo de 1912 (Cdo. 1.º), 7 de mayo de 1927 (Cdo. 4.º), 6 de mayo de 1931 (Cdo. 1.º), 28 de abril de 1953 (Cdo. 1.º), 27 de febrero de 1954 (Cdo. 1.º), 22 de marzo de 1956 (Cdo. 3.º), 7 de febrero de 1959 (Cdo. 2.º), 7 de julio de 1995 (FD 3.º), y 11 de abril de 2000 (FD 5.º).

(140) «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» (*ob. cit.*, pág. 597). También en esta dirección *vide* la opinión de PÉREZ ARDÁ: *ob. cit.*, págs. 488 y sigs.

(141) *Ob. cit.*, pág. 607.

tro sobre la finca, salvo los que de obtener el retrayente la correspondiente anotación preventiva de su demanda, acudan al Registro con posterioridad, ya que a éstos les sirve de notificación colectiva la anotación registral misma, por ser precisamente ésta una de las varias ventajas prácticas de este tipo de anotaciones».

Por lo que se refiere al vendedor, éste no debe ser obligatoriamente incluido en la demanda de retracto (142), aunque pudiera tener interés en el resultado de la acción de retracto e intervenir en el proceso como demandado o en calidad de interviniente (art. 13 LEC) (143), incluso, con una posición independiente para oponerse a las peticiones del actor-retrayente (144).

La demanda por la que se ejercita el retracto debe reunir, al menos, los siguientes requisitos:

- a) Interposición de la misma dentro del plazo anteriormente estudiado.
- b) Consignación del precio si éste es conocido o, en su defecto, fianza de que se hará en cuanto lo sea, aunque la exigencia de aquélla no queda clara tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (145).

Antiguamente el artículo 1.618.2.º LEC requería expresamente para admitir la demanda que se consignara el precio si éste fuera ya conocido, o, en caso contrario, que se ofreciera fianza de consignarlo en su momento (146). Requisito que, según CORTÉS DOMÍNGUEZ (147), la nueva LEC (art. 266.3.º) sigue recogiendo, «pero de una forma [...] oscura», pues ahora dispone que la consignación se hará siempre y cuando «se exija por ley o por contrato» (148).

(142) SSTs de 30 de enero de 1989 (FD 2.º) y 27 de junio de 2000 (FD 2.º). En sentido contrario se manifiesta la STS de 25 de febrero de 1950 (Cdo. 3.º) que exigió demanda contra vendedor y comprador.

(143) Precepto que regula «la intervención de sujetos originariamente no demandados, ni demandantes». También la STS de 11 de mayo de 1992 apunta a esa dirección cuando, tras señalar que «la acción ha de dirigirse necesariamente contra el comprador», añade que «nada obsta a que el vendedor intervenga si lo desea en el proceso de retracto» (FD 2.º).

(144) Vide la STS citada en la nota anterior, y BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., págs. 205 y sigs.

(145) El precio es el real que se hubiera pagado, no el de mercado (STS de 3 de mayo de 2000, FD 2.º).

(146) «Para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 2.º Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea». Sobre este precepto, vide también la STS de 21 de octubre de 1988 (FD 2.º).

(147) Ob. cit., págs. 280 y sigs.

(148) Artículo 266.3.º LEC: «Se habrán de acompañar a la demanda: 3.º [...] cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere».

Lógicamente así deberá hacerse, si el retracto tiene un origen convencional («por contrato») —y las partes han pactado la consignación—, pero el problema surge en el retracto legal, pues «la ley» —a la que se refiere el art. 266.3.º LEC— ya no exige expresamente la consignación del precio, como sí hacía el citado antiguo artículo 1618.2.º LEC.

A pesar de esta aparente confusión, entendemos —con CORTÉS DOMÍNGUEZ (149)— que el requisito de la consignación o —en su defecto— la caución, debe hoy también observarse para un ejercicio judicial correcto del retracto legal de que se trate. Como se verá al estudiar los efectos del retracto legal, el artículo 1.525 del Código Civil (por la remisión que hace al art. 1.518 del Código Civil) requiere que el retrayente reembolse al comprador-retraído el precio originario —el real— que pagó por la cosa, más los gastos necesarios derivados de la enajenación. Si entendemos que la consignación se sigue exigiendo, se aseguraría, por una parte, que en ejecución de sentencia se abonarían esas cantidades, y, por otra, que la demanda del retrayente es seria y fundada (150).

En cuanto al modo de practicarla, la STC 145/1988, de 30 de junio de 1988, permitió que se hiciera bien en metálico; bien mediante aval bancario «cuando es excesivamente onerosa para el demandante» (FJ 5.º) (151). También otra STC 62/1989, de 3 de abril, rompió con el criterio jurisprudencial de no admitir la consignación mediante cheque (FD 3.º).

También cabe apuntar, por último, que si el comprador-retraído sólo pagó alguno de los plazos pactados, el retrayente ha de consignar también el precio de los plazos vencidos y no pagados por aquél, y respecto de los pendientes ha de afianzar —como apunta SANTOS

(149) *Ob. cit.*, pág. 281.

(150) Tanto la STC 12/1992, de 27 de enero (FJ 4.º), como la STS de 15 de abril de 1998 (FD 2.º), declaran que la finalidad de la consignación estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que se le reembolsará lo pagado más los gastos.

(151) También así lo consideran la STC 12/1992, de 27 de enero (FJ 4.º), y SSTS de 15 de abril de 1998 (FD 2.º), 10 de julio de 2000 (FD 4.º) y de 3 de abril de 2001 (FD 2.º). En general sobre este punto, *vide* GRAMUNT FOMBUENA, M. D.: *Ejercicio del derecho de retracto: la distinta naturaleza de la consignación y el reembolso (A propósito de la STC 12/1992, de 27 de enero)*, *Derecho Privado y Constitución*, 1, 1993, págs. 311 y sigs.; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 261; BELLO JANEIRO: «Comentario a la STS de 15 de abril de 1998», en *CCJC*, septiembre-diciembre de 1998, págs. 1097 y sigs.; el ponente de esta última sentencia, GARCÍA VÁRELA, R.: *Eficacia de la consignación del precio mediante aval bancario para dar curso a las demandas de retracto*, *La Ley*, 3-1998, págs. 1646-1467; e ILLESCAS Rus: *ob. cit.*, pág. 669. En contra, la STS de 20 de abril de 1994 (FD 2.º) negó el aval como medio de consignación.

BRIZ— «su pago o verificar su consignación a medida que vayan venciendo» (152).

- c) *El demandante debe demostrar su cualidad por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, bastando un principio de prueba del título, sin que se exija la aportación del verdadero.*

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha eliminado no sólo la prohibición establecida para el comunero retrayente de no vender la cosa retraída durante un periodo de cuatro años (viejo art. 1.618.5.º LEC) (153), sino también la que pesaba sobre el retrayente enfitéutico para no separar el dominio útil y directo de la finca durante seis años (antiguo art. 1618, 6.º LEC) (154).

No podríamos cerrar el estudio del ejercicio del retracto legal sin apuntar, muy brevemente, que puede darse la posible colisión entre distintos derechos retractuales, combinación que resulta muy variada (155). Acerca del rango entre retractos surgen muchas cuestiones —que exceden de nuestro trabajo—, como los que existen entre retracto legal y convencional; entre los legales y el derecho de opción; entre el retracto convencional y el derecho de opción; o el grado jerárquico del retracto arrendaticio rústico, etc. (156). Si limitamos el tratamiento de la cuestión a nuestro Código, éste contiene reglas de preferencia tanto entre retrayentes de distinta (157) como de idéntica clase (158).

(152) «Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1977, págs. 350 y 351.

(153) «Para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 5.º Que se comprometa el comunero a no vender la participación del dominio que retraiga, durante cuatro años».

(154) «Para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 6.º Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño del dominio directo o el del útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años».

(155) Sobre este punto, vide GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La concurrencia de los retractos de colindantes y colonos», en *RCDI*, 1974, págs. 743 y sigs., y STAMPA, L.: «Retractos legales y normas de preferencia a las que dan lugar», en *RDN*, 1958, págs. 239 y sigs.

(156) Acerca de esta cuestión, vide MORAL Y DE LUNA: *ob. cit.*, págs. 327 y sigs.; FAUS, R.: *Jerarquía de retractos y preferencia de retrayentes*, La Notaría, 1945, págs. 181 y sigs.; GARCÍA AMIGÓ: *ob. cit.*, pág. 7 y sigs.; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *Colisión entre derechos de adquisición preferente*, Bosch, Barcelona, 1978; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 383 y sigs. y 540 y sigs.; BELLO JANEIRO: *El retracto*, cit., págs. 18 y 19; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil*, cit., págs. 773 y sigs.; LACRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 335; NAVARRO PÉREZ: *ob. cit.*, págs. 155 y sigs.; REBOLLEDO VÁRELA: *ob. cit.*, pág. 1017; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 486 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *ob. cit.*, pág. 363; CASTÁN TOBEÑAS: *ob. cit.*, págs. 186 y sigs., y PUIG PEÑA: *ob. cit.*, págs. 621 y sigs.

(157) Artículo 1.524, párrafo 2.º: «*El retracto de comuneros excluye al de colindantes*». Sobre esta regla, vide lo que dice GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., págs. 687 y sigs.

(158) Artículo 1.642 : «*Cuando el dominio directo o el útil pertenezca pro indiviso a varias personas, cada una de ellas podrá hacer uso del derecho de retracto con suje-*

En los demás casos ha sido la jurisprudencia la que ha suplido la carencia de normas legales sobre esta materia.

V. EFECTOS

Vamos a plantearnos, finalmente, el estudio de cuáles son los efectos del retracto legal. Para ello debemos tener en cuenta la tradicional discusión acerca de si el ejercicio del retracto comporta bien la rescisión; o bien la resolución del negocio que lo origina, como parece dar a entender el artículo 1.506 del Código Civil (cuando señala que «*la venta se resuelve [...] por el retracto convencional o por el legal*»); o bien la subrogación del retrayente en el lugar del adquirente originario-retraído, como parece exigir literalmente el artículo 1.521 del Código Civil al disponer que «*el retracto legal es 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*»; o si bien sus efectos se reducen, como veremos, a algo distinto.

En relación a esta polémica entendemos que debe rechazarse de plano que el ejercicio de este derecho resuelva o rescinda —parcial o totalmente— la transmisión que lo genera, aunque así lo entendiera en un primer momento una superada opinión doctrinal y jurisprudencial (159). Parece evidente que no puede producirse ni un efecto ni otro, porque, de ser así, la cosa la recuperaría el vendedor originario, y no —como obliga el art. 1.521 del Código Civil— el retrayente. Tan sólo podemos hablar de resolución en cuanto a las posibles segundas y sucesivas enajenaciones que pudiera haber hecho el comprador-retraído a terceras personas, pues a éstas sí que les afecta el carácter de derecho real que supone el retracto (160).

cióna las reglas establecidas para el de comuneros, y con preferencia el dueño directo, si se hubiese enajenado parte del dominio útil; o el enfiteuta, si la enajenación hubiese sido del dominio directo»; artículo 1.522, párrafo 2.º: «Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común», y artículo 1.523, párrafo 3.º, al señalar que «si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida, y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite». Sobre estos dos últimos preceptos, vide lo que recoge REBOLLEDO VÁRELA: ob. cit., págs. 1011 y 1015.

(159) Así, GÓMEZ CALERO (ob. cit.), quien también recoge una extensa lista de autores que apuestan por la rescisión que comporta el retracto (pág. 775); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: ob. cit., pág. 357; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: ob. cit., pág. 604; GAYOSO ARIAS: «Desarrollo procesal de la acción de retracto legal en caso de que la cosa vendida haya pasado a terceras personas», en RDP, 1919, pág. 359; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil...*, cit., pág. 705. También en esta dirección, vide la STS de 21 de diciembre de 1946 (Cdo. 5.º), que entendió que mediante el retracto se revoca la venta efectuada y se anula la cesión de la finca hecha al comprador.

(160) En idéntico sentido, DÍEZ SOTO: ob. cit., pág. 198.

Descartada la resolución, la cuestión reside ahora en determinar si en el retracto existe, en cambio, verdadera subrogación como, por otra parte, parece anunciar el citado artículo 1.521 del Código Civil.

Desde los comentaristas clásicos del Código Civil hasta nuestros días —posición también jurisprudencialmente avalada (161)— se apuesta mayoritariamente por una interpretación literal del artículo 1.521 del Código Civil, cuando determina que hay subrogación al entender que hay subrogación (162) del retrayente en la misma posición que tenía el comprador-retrayente en el contrato original, el cual subsiste (163). Sin embargo las posiciones no son del todo coincidentes en cuanto a si la expresión «subrogación» del 1.521 del Código Civil se refiere al sentido técnico con que esta figura se estudia en Derecho de Obligaciones (164); y si el efecto subrogatorio se produce *ope legis* o, en cambio, el adquirente-retraído debe proceder a la subrogación del retrayente (165).

Algunos autores consideran, sin embargo, que el ejercicio del retracto ni comporta subrogación, ni mucho menos resolución, sino tan sólo «una facultad de opción» para que el retrayente adquiriera del comprador-retraído el bien

(161) Vide SSTs de 11 de diciembre de 1944 (Cdo. 3.º), 28 de enero de 1950 (Cdo. 1.º), 11 de mayo de 1965 (Cdo. 2.º), 30 de enero de 1989 (FD 2.º), 16 de mayo de 1991 (FD 2.º), y 30 de marzo de 1995 (FD 2.º).

(162) Vocablo utilizado con «no muy precisa significación técnica», como, por otra parte, apunta ALVAREZ MARTÍNEZ (*ob. cit.*, pág. 468).

(163) En esta dirección: POTHIER (*ob. cit.*, págs. 201 y sigs.), quien elaboró doctrinalmente el efecto subrogatorio del ejercicio del retracto; BORRELL: *ob. cit.*, págs. 264 y sigs.; MANRESA y NAVARRO: *Comentarios*, cit., págs. 495 y 497; MUCIUS SCAEVOLA: *ob. cit.*, pág. 455; BADENES GASSET: *ob. cit.*, pág. 62; BLASCO GASCÓ: *ob. cit.*, págs. 622-623 (aunque en la pág. 615 se contradice y señala que no hay tal subrogación, sino una facultad para el retrayente de «adquirir del adquirente y en las mismas condiciones que éste adquirió»); CASTÁN TOBEÑAS (*ob. cit.*, pág. 174) dice que la «subrogación» es «sustancia» del derecho de retracto legal, aunque cuando se refiere al retracto en general diga que se trata de una «especie de resolución de la compraventa» (pág. 164); COSSÍO Y CORRAL (*ob. cit.*, pág. 353) habla de «novación legal»; Díez SOTO: *ob. cit.*, págs. 181 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS: *ob. cit.*, págs. 527 y 530; FIGA FAURA: *ob. cit.*, págs. 881 y sigs.; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *ob. cit.*, págs. 358 y sigs.; RIAZA: *ob. cit.*, págs. 256 y sigs.; LÁCRUZ-SANCHO: *ob. cit.*, pág. 328; MÁRQUEZ CABALLERO: *ob. cit.*, pág. 190; DEL MORAL: *ob. cit.*, pág. 331; NAVARRO PÉREZ: *ob. cit.*, pág. 137; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *ob. cit.*, pág. 147; PUIG BRUTAU: *ob. cit.*, págs. 395, 402 y 418; PUIG PEÑA: *ob. cit.*, págs. 601 y sigs.; SÁNCHEZ ROMÁN: *ob. cit.*, págs. 597 y sigs.; REINO CAAMAÑO: *ob. cit.*, pág. 274 y sigs., y STAMPA: *ob. cit.*, pág. 239.

(164) «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» (Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 181). La STS de 16 de mayo de 1991 (FD 2.º) afirma que el retracto comporta una novación subjetiva sin alcance novatorio.

(165) Sin entrar en el fondo de estas cuestiones, vide lo que dice GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, pág. 589; BADENES GASSET: *ob. cit.*, págs. 33 y 62-63, y Díez SOTO: *ob. cit.*, págs. 181 y sigs.

Entendemos que la subrogación —de producirse— se haría *ope legis*, porque la establece la Ley al margen de los intervinientes en el negocio generador del retracto.

en idénticas condiciones o bajo las mismas estipulaciones en que a él se le transmitió (166).

Frente a otras opiniones originales sobre este punto (167), destacamos la patrocinada por ALBALADEJO (168), quien opina que en el retracto difícilmente puede haber subrogación pues «el contrato entre el dueño de la cosa y el tercero se consumó ya por la entrega de la misma», no siendo, por tanto, «posible que el retrayente pueda ocupar en tal contrato el puesto del tercero», y de ahí que el Código imponga «una nueva transmisión» del comprador-retraído al retrayente. Cuando el artículo 1.521 del Código Civil se refiere a la subrogación del retrayente lo hace —añade— «en el sentido de que viene a adquirir la cosa, y convertirse en dueño de ella, en las mismas condiciones que el otro se había convertido antes en el dueño de la misma» (169).

(166) En este sentido, DÍEZ PICAZO-GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 594) afirman que «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 (¿en qué se subrogaría entonces el retrayente?), 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 ejercitar el retracto [...] Entendiendo por consumada que ya haya pasado al dominio del comprador, ya no hay posibilidad de subrogación. Además, el contrato del retraído con el vendedor no es objeto de ninguna subrogación», y acaban señalando que «por todo ello, seguramente sería más apropiado pensar en que al retrayente lo que le otorga la ley es una facultad de opción para que adquiera el bien en las mismas condiciones o bajo las mismas estipulaciones en que se transmitió al retraído (que es siempre, no se olvide, el adquirente)». En idéntica dirección, *vide* CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario artículo 1.506 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil* cit., pág. 989.

(167) Así, ALVAREZ MARTÍNEZ (*ob. cit.*, págs. 469 y sigs.) mantiene un planteamiento extrañísimo según el cual el retracto legal produce al mismo tiempo la subrogación y la resolución «como mecanismos íntimamente conectados: por el primero se elimina al adquirente intermediario; por el segundo se coloca al retrayente en esa posición subjetiva vacante»; CLEMENTE DE DIEGO (*Del derecho de retracto...*, cit., págs. 337 y sigs.), en una posición ecléctica, distingue dos momentos y consiguientes efectos al señalar que sólo cuando la venta se perfeccionó y no se consumó cabe hablar de subrogación; pero si ya está consumada «entonces más que subrogación será nueva venta a favor del retrayente en las propias condiciones estipuladas» (pág. 338). Tesis que tuvo cierto eco en Bailarín (*ob. cit.*, págs. 290 a 295), pero a la que cabría objetar que confunde los derechos de tanteo y de retracto. *Vide* tanto la crítica detallada que DÍEZ SOTO (*ob. cit.*, págs. 177 y sigs.) le hace a este autor, pero también el aplauso que merece para RODRÍGUEZ MORATA (*ob. cit.*), quien mantiene que en el retracto legal hay una sustitución subjetiva en la posición contractual del adquirente, pero no subrogación ni resolución del contrato (págs. 53-57 y 75). Por su parte, LASARTE (*ob. cit.*, pág. 256) habla de cesión de contrato impuesta por la ley.

(168) *Ob. cit.*, t. III, págs. 812-813.

(169) También sostienen un planteamiento parecido: BARBER: *ob. cit.*, pág. 467; BELLO JANEIRO (*El retracto*, cit., págs. 23 y 199), para quien no se da la subrogación, sino tan sólo existe una imposición de venta para el retraído respecto del retrayente; COCA PAYERAS: *ob. cit.*, págs. 56-57, nota 47; CUTILLAS: *El retracto legal de coherederos*, cit., pág. 129; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 252; GARCÍA AMIGÓ (*ob. cit.*, pág. 124), quien

Esta opinión no podemos, sin embargo, compartirla para el caso de que en la transmisión primera —incluso aún consumada materialmente con la entrega de la cosa— aún no se hubieran extinguido completamente sus efectos por estar pendientes alguno de ellos. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una compraventa con precio aplazado; bien bajo condición resolutoria; o bien sometida a obligaciones de tracto sucesivo que pesan sobre el comprador-adquirente originario y ahora retraído (170).

De ahí que se mantenga —en una posición ecléctica y por las razones antes expuestas— que si los efectos de la transmisión aún no se consumaron habrá subrogación —en el sentido de sustitución— del retrayente en la originaria relación entre el vendedor y el adquirente-retraído (171). El retrayente adquiriría de forma derivativa; es decir, no del adquirente-retraído, sino del vendedor originario (172). Ahora bien, si la relación jurídica se extinguió completamente (por ejemplo, en el supuesto de una compraventa al contado o no sometida a condición), podría coincidirse con ALBALADEJO —y quienes comparten la misma opinión— en que tal subrogación técnicamente no cabe, porque resulta imposible sustituir una posición en una relación jurídica que ya no existe, resultando, aquí sí, una segunda transmisión del adquirente-retraído al retrayente (173).

Sin embargo, este argumento resulta, cuanto menos, discutible, pues si así fuera se determinaría un nuevo pago de impuestos (que no prevé la Ley del

se aproxima a este planteamiento cuando dice que detrás del retracto existe «un derecho de preferencia adquisitiva»; GONZÁLEZ PACANOWSKA: *ob. cit.*, pág. 331; LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 759; RIVERA SABATÉS: *ob. cit.*, págs. 136 y sigs., y en la jurisprudencia, *vide* las SSTs de 17 de abril de 1958 (Cdo. 2.º), y de 25 de octubre de 1969 (Cdo. 2.º). También el artículo 1.638 del Código Civil parece recoger un argumento legal que apoya esta opinión al conceder al dueño del dominio directo o al enfiteuta, que no ha hecho uso del derecho de tanteo, el «utilizar el de retracto para *adquirir* la finca por el precio de enajenación».

(170) Compartimos la postura de Díez SOTO (*ob. cit.*, pág. 179), para quien no se puede «afirmar de forma categórica que el hecho de haberse producido ya la tradición de la cosa implica necesariamente el agotamiento definitivo de las posiciones contractuales de comprador y de vendedor».

(171) Creemos que ese sentido de sustitución, cuando proceda, es el que está implícito en el artículo 1.521 del Código Civil y un argumento a favor nos lo ofrece el artículo 1.511 del Código Civil (por la remisión que a él hace directamente el art. 1.525 del Código Civil), precepto que, colocado en sede de retracto convencional, dispone que «*el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones*». Sobre este artículo *vide* un interesante estudio en RIVERA SABATÉS: *ob. cit.*, pág. 233 y sigs.

(172) En esta dirección opinan también Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 183, y GAYOSO: *ob. cit.*, pág. 360.

(173) Así se manifiesta GONZÁLEZ PACANOWSKA (*ob. cit.*, pág. 331), cuando dice que «si el retracto sólo puede ejercitarse una vez que la compraventa ha sido consumada, la única posición en la que podría subrogarse el retrayente sería en la de deudor del precio, si es que todavía no se hubiese pagado; y si ya se hubiese satisfecho, no queda posición contractual en la que subrogarse», y también RODRÍGUEZ MORATA: *ob. cit.*, pág. 55.

Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), y nacería un nuevo derecho de retracto derivado del propio ejercicio del retracto, lo cual parece poco razonable.

Por lo que hace referencia a la cosa retraída, el retrayente la hará suya con las mismas condiciones que la recibió el comprador-retraído, para así —como apunta ALBALADEJO (174)— quedar «igualados económicamente —respecto a cómo lo habrían estado sin la existencia del derecho de adquisición— todos los que intervienen en la situación de que se trata». De ahí que el titular del retracto legal cargue con los gastos de la primera transmisión (el precio) y esos otros desembolsos que luego se verán, a que —por remisión del art. 1.525 del Código Civil— obliga el artículo 1.518 del Código Civil (175) («no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta y además: 1.º Los gastos del contrato, y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida»). Un precepto que resulta directamente aplicable no sólo a los retractos de colindantes y comuneros, sino también al de coherederos (aunque el art. 1.067 del Código Civil sólo exija al retrayente que reintegre al comprador «el precio de la compra»), al enfiteúutico (donde los arts. 1.638.1 y 1.640.1 del Código Civil parecen requerir sólo la devolución del precio de la venta) (176), y por extensión también al arrendaticio urbano y rústico (arts. 25, apdo. 3 LAU, y 90.2 LAR) (177).

Aunque normalmente el precio a devolver —conforme a lo que ya apuntamos— se habrá consignado durante el procedimiento judicial *ad hoc*, en el caso de un ejercicio extrajudicial del retracto legal el reembolso se podría hacer, en cambio, justo antes de la entrega efectiva de la cosa retraída (178).

El retrayente no sólo reintegra el precio de la compra, sino también —como exige el artículo 1.518.1.º y 2.º del Código Civil— «los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta» y los «necesarios y útiles hechos en la cosa vendida». Con esta previsión legal se evita —en palabras de BARBER (179)—, «el enriquecimiento torticero del retrayente a costa del perjuicio económico del adquirente».

(174) *Ob. cit.*, t. III, pág. 820.

(175) Como apunta FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 263), este precepto representa «una norma de *ius cogens* directamente aplicable por la remisión a él ordenada en el artículo 1.525». Sobre el artículo 1.518, *vide* en general el interesante análisis que hace RIVERA SABATÉS: *ob. cit.*, págs. 345 y sigs.

(176) Acerca de este punto, *vide* LINARES NOCI: *ob. cit.*, pág. 764.

(177) Díez SOTO (*ob. cit.*, pág. 133) sostiene que el artículo 1.518 «goza de un valor general que permite aplicarlo incluso» a todos esos supuestos «en los que el legislador ha optado por referirse a la cuestión en términos no del todo coincidentes».

(178) Díez SOTO: *ob. cit.*, pág. 135.

(179) *Ob. cit.*, págs. 455-456. En el mismo sentido, BELLO JANEIRO: *El retracto...*, cit., pág. 239; GARCÍA CANTERO: *Comentarios...*, cit., pág. 639; FERNÁNDEZ ARROYO:

Entre la primera clase de gastos se incluirían los originados por certificaciones del Registro para acreditar la liberación de cargas, importe de la primera copia de la escritura (180), inscripción de títulos, impuesto sobre transmisión patrimonial y actos jurídicos documentados (181), gastos de subastas y adjudicaciones (182), y cuantos otros se hubieran estipulado de cargo del comprador. No se incluirían —como se ha apuntado desde la jurisprudencia— otros dudosos, como los de litigio contra el vendedor por negarse a otorgar escritura pública (183), minuta de letrado para consulta procedencia del retracto (184), o el abono de los intereses legales que haya producido el precio pagado por la enajenación hasta que se ejercita el retracto (185).

Respecto de la segunda clase, la jurisprudencia incluye los gastos «exigidos para la conservación o que redunden en provecho, comodidad o interés de la cosa vendida» (186), pero no aquellos que al hacerlos demuestran la mala fe del adquirente-retraído (187).

Aunque el Código guarde silencio sobre el reintegro al retraído de los gastos que sean mejoras voluntarias o de lujo o recreo en la cosa, entendemos, con tal de que no sufra deterioro la misma, que éste podría retirarlas (*ius tollendi*) —como autorizan al poseedor los arts. 454 y 455 del Código Civil— a no ser que el retrayente prefiera quedarse con ellas, abonándolas (188).

ob. cit., pág. 263; RUBIO TORRANO, E.: «Comentario al artículo 1.518 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1003, y SSTs de 20 de septiembre de 1988 (FD 2.º) y 30 de abril de 1991 (FD 4.º).

(180) FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 264.

(181) Aunque el artículo 45.I.b).2 del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, *texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, declara exentas «las transmisiones que se verifiquen en virtud de retracto legal, cuando el adquirente contra el cual se ejercite hubiera ya satisfecho el impuesto», no impide que si el retraído ya lo pagó pueda reclamarlo del retrayente.

(182) STS de 7 de julio de 1909 (Cdo. 3.º).

(183) STS de 9 de febrero de 1916 (Cdo. 2.º).

(184) STS de 1 de marzo de 1954 (Cdo. 4.º).

(185) STS de 14 de abril de 1989 (FD 3.º). Sobre este punto, *vide* el comentario a esta sentencia de RUBIO TORRANO, E.: «Comentario a la STS de 14 de abril de 1989», en *CCJC*, núm. 20, abril-agosto de 1989, págs. 497 y sigs., y las opiniones de BARBER: *ob. cit.*, págs. 454 y sigs.; FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, págs. 263 y 264, y GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, cit., t. XIX, pág. 559), quien, ante el silencio del Código sobre esta cuestión, los considera compensados con los frutos de la cosa.

(186) SSTs de 3 de julio de 1912 (Cdo. 3.º) y de 5 de diciembre de 1959 (Cdo. 2.º).

(187) Por ejemplo, los gastos hechos de mala fe para alterar la naturaleza del predio y así dificultar el ejercicio del retracto (es el caso de las SSTs de 3 de julio de 1912 —Cdo. 3.º— y 5 de diciembre de 1959 —Cdo. 2.º—). En este sentido, también FERNÁNDEZ ARROYO: *ob. cit.*, pág. 264.

(188) Sobre este punto, *vide* DIEZ SOTO: *ob. cit.*, pág. 147.

En cuanto a la propiedad de los frutos que hubiera producido la cosa objeto del retracto desde que se adquirió hasta el momento de «retraerla» (189), la jurisprudencia entiende que pertenecen al adquirente-retraído y no ha lugar a que lo exija el retrayente, porque el retracto legal no alcanza plenos efectos «hasta tanto que por consecuencia de la sentencia firma que lo reconoce no se opere la modificación jurídica que implica la esencia subrogatoria de tal derecho» (190). De ello se deduce —como apunta BELLO JANEIRO (191)— «que hasta tal momento el adquirente sigue siendo, a todos los efectos, tales como la percepción de frutos, dueño de la cosa retraída» (192).

Respecto al momento del reembolso de esos gastos distintos del precio —pues éste ya lo fue en la fase procesal—, podrá hacerse bien en la fase de ejecución de la sentencia estimatoria del retracto, bien en el instante de entregar la cosa objeto del mismo, o bien en el del otorgamiento de la escritura (193).

A diferencia del artículo 1502, párrafo 2.º, del Código Civil italiano, que sí lo prevé (194), nuestro Código nada dice respecto al posible derecho de retención del retraído mientras el retrayente no le abone dichos gastos. Nosotros consideramos que sí le corresponde, por aplicación analógica del artículo 453 del Código Civil, que lo concede al poseedor de buena fe, y porque, además, es de justicia que el retrayente no fuerce al retraído a la devolución mientras que no satisfaga el reintegro de esas cantidades (195).

Por lo que se refiere al momento en que el retraído debe entregar la cosa al retrayente, entendemos que mientras la sentencia firme reconocedora del retracto no realice la modificación jurídica que implica el ejercicio de este derecho, el adquirente-retraído sigue siendo dueño de la cosa. Pero, una vez firme, éste debe cooperar en el ingreso de la cosa retraída en el patrimonio del retrayente, y se hace recomendable el otorgamiento de la nueva escritura, con posterior reflejo en el Registro de la Propiedad mediante inscripción.

(189) Advierte PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*ob. cit.*, pág. 363) «que el comprador puede estar largo tiempo como dueño en la propiedad de la finca o derecho, dado el comienzo del cómputo de los nueve días (máxime en el retracto enfiteútico en el que el plazo puede ser de un año desde la inscripción en el Registro de la Propiedad)».

(190) STS de 10 de febrero de 1966 (Cdo. 1.º) y 5 de diciembre de 1981 (Cdo. 5.º).

(191) *El retracto...*, cit., pág. 247.

(192) FERNÁNDEZ ARROYO (*ob. cit.*, pág. 264) entiende que «los intereses se compensan con los frutos, habida cuenta de la condición de poseedor que ostenta el retraído». En contra, Díez Soto (*ob. cit.*, pág. 199, nota 95) para quien este tema «debería haberse afrontado aplicando las normas sobre liquidación de la situación posesoria».

(193) Vide, en este sentido, Díez Soto: *ob. cit.*, pág. 145.

La STS de 22 de febrero de 1961 (Cdo. 3.º) señaló que, a diferencia del precio, los gastos no deben ser previamente consignados.

(194) «Hasta el reembolso de los gastos necesarios y útiles, el comprador tiene derecho de retener la cosa».

(195) Así se manifiestan CABANILLAS SÁNCHEZ (*ob. cit.*, pág. 1004); Díez Soto: *ob. cit.*, pág. 138, y RIVERA SABATÉS: *ob. cit.*, pág. 376.

Para finalizar nuestro estudio, diremos que al retrayente no pueden oponérsele las cargas o gravámenes que el adquirente hubiera constituido después de adquirida la cosa, dada la naturaleza de derecho real oponible frente a terceros que establece el artículo 37.3. LH (196). Y mucho menos la/s sucesiva/s transmisión/es que de su derecho pudiera haber producido el adquirente-retraído, pues, como indican ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «el retracto legal afecta directamente al primer adquirente, pero repercute al subadquirente o subadquirentes sucesivos» (197). Cabe recordar, por último, la posibilidad de anotar preventivamente la demanda de retracto en el Registro de la Propiedad, como forma para hacerla efectiva frente a subadquirentes (y cumplir así el principio de tracto sucesivo, que de otra forma no se respetaría).

JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA
Profesor Titular Interino de Derecho civil
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

(196) *Vide* RDGRN de 8 de mayo de 1959 (Cdo. 4.º), y STS de 27 de septiembre de 1962 (Cdo. 2.º). Sobre la operatividad del artículo 37.3 LH, *vide* ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *ob. cit.*, pág. 606.

(197) *Ob. cit.*, pág. 604. De los citados autores, *vide* también el muy interesante estudio que hacen de los efectos registrales del ejercicio del retracto, que escapa del objeto de este trabajo (págs. 604 a 607).