

UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL RETRACTO LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL*

Por la Dra. Margarita FERNÁNDEZ ARROYO

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN
- II. PRECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO
- III. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL
- IV. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE RETRACTO
- V. FUNDAMENTO JURÍDICO

* Resumen del trabajo inédito presentado en el segundo ejercicio del concurso-oposición a Profesora Titular de Universidad, objetivamente motivado por el deseo de cumplir lo preceptuado en el art. 9 del R. D. 1888/1984, de 26 de septiembre.

- VI. VICISITUDES DEL DERECHO DE RETRACTO
 - 1. Nacimiento del derecho y factores determinantes de su actuación
 - 2. Ejercicio del derecho de retracto: plazo, *dies a quo* y naturaleza jurídica
 - 3. Obligaciones del retrayente previas a la efectividad del retracto
 - 4. Efectos derivados de su ejercicio
- VII. TIPOLOGÍA DE LOS RETRACTOS REGULADOS EN EL CÓDIGO CIVIL
 - 1. El retracto de comuneros
 - 2. El retracto de coherederos
 - 3. El retracto de colindantes
 - 4. La prelación enfiteútica

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN

El tema propuesto como objeto de estudio aparece nítidamente delimitado por dos aspectos como lo corrobora el título del trabajo, pues sabido es que el instituto se inserta en una categoría genérica de moderna y reciente implantación dogmática, cual es la de los derechos reales de adquisición preferente¹. Esta delimitación ha venido señaladamente impuesta por exigencias de la propia extensión de la materia, pues un análisis generalizado de esta pluriforme institución nos impediría profundizar en la verdadera inteligencia de cada uno de los tipos que la integran, dada la diversidad de matices que los mismos presentan.

En cuanto al condicionamiento apriorístico de la restricción del terreno legal al del Código civil es una consecuencia de la posición central que dicho cuerpo asume en el seno del ordenamiento privado, lo cual nos permite llevar a cabo una construcción con pretensiones de validez general dada la existencia no sólo de unas reglas comunes aplicables a los distintos tipos, sino también de un intenso y constante intercambio de los esquemas regulativos que condicionan su ejercicio.

Además, no debemos olvidar que dentro de los derechos reales de adquisición preferente, la técnica del retracto es la que ofrece una más asentada tradi-

¹ Tradicionalmente el instituto venía considerándose de carácter dual, en cuanto bifurcado en dos tipos: tanteo y retracto, dotados de distinta operatividad jurídica, sin perjuicio de que para algunos autores no fueran sino dos facetas de un mismo derecho, e, incluso, otros ya apuntaran la existencia de un *tertius genus*. Pero en los últimos años, especialmente a partir de la entrada en vigor del Fuero Nuevo de Navarra, en el que la categoría aparece legislativamente consagrada en el título VI de su libro III, bajo la rúbrica: *De los retractos legales y otros derechos de adquisición preferente*, la cual dedica su último capítulo a la *opción, tanteo y retracto voluntarios*, la doctrina viene asignándola carácter tripartito, al menos desde el punto de vista funcional, por entender que en ella se incardinan los citados derechos.

Defensores del carácter tripartito son, entre otros, AMORÓS GUARDIOLA: «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», *Anuario de Derecho Civil*, 1965, pág. 979; GARCÍA AMIGO: «Derechos reales de adquisición», *Revista de Derecho Privado*, 1976 pág. 105; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. II, 6.ª edc., Madrid, 1981, pág. 517, y CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. I, 3ª edc., Pamplona, 1982, págs. 153 y ss. Sin embargo, en opinión de GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil español y Compilaciones forales*, vol. XIX, Madrid, 1991, págs. 528-529, a quien sigue MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVI, 1983, págs. 301-302, la categoría se bifurca en dos tipos: el derecho de opción, de un lado, y el de tanteo y retracto, de otro.

ción jurídica, hasta el punto de haber sido víctima de su propio éxito y de su excesiva proliferación a lo largo del Derecho intermedio.

Por lo demás, el carácter novedoso de la institución, unido a una vieja tradición, han contribuido a que la disciplina haya sido objeto de un cierto interés por parte de la doctrina, si bien su consideración se ha relegado al ámbito del tratamiento general de los derechos reales de adquisición preferente, llegando a posponer, cuando no a preterir, el estudio particularizado de los diversos tipos que conforman la figura, y que, en mi modesta opinión, debe constituir el punto de partida en la referida construcción.

II. PRECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO

Aunque suele alegarse como explicación de la imperfección del tratamiento de este derecho que su origen no es romano, lo cual justificaría la falta de un punto de partida doctrinal coherente, lo cierto es que, como ha hecho notar el Profesor DE LOS MOZOS, la ausencia de normas romanas en la materia no constituye argumento suficiente para cifrar en el Derecho germánico el nacimiento de la figura, no sólo porque su práctica constituyera una realidad incontestable en la Edad Media, sino también porque en el Bajo Imperio romano hallamos un testimonio irrefutable de su existencia, como lo corrobora la derogación en tiempos de VALENTINIANO II, de TEODOSIO y de ARCADIO, el año 391 de la era Cristiana, de una especie de retracto gentilicio y de comuneros introducido unas décadas antes².

En el Derecho germánico el instituto surge como consecuencia de la transformación de la propiedad colectiva en individual, por ello su punto de partida debemos cifrarlo en el derecho de los propincuos, así denominado por otorgarse a la persona más próxima o vinculada a la cosa enajenada³, el cual representa, como ha hecho notar PLANITZ, las últimas ramificaciones de la antigua propiedad colectiva sobre la tierra y el suelo, pues, al transformarse en individual,

² DE LOS MOZOS: «Derechos reales de adquisición», *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, 1991, pág. 586. Sin embargo, para COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, pág. 65, el instituto hunde sus raíces en el Derecho germánico, pues, en su opinión, nace como una vinculación medieval de la propiedad inmueble, como una cuña del viejo sistema de propiedad colectiva rural (familiar o vecinal).

³ PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, tradc. directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante, Barcelona, 1957, págs. 3-4 y 107-108; BRUNNER: *Historia del Derecho germánico*, 8.^a edc., traducida y anotada por José Luis Álvarez López, Barcelona, 1936, págs. 244-245.

necesariamente hubo de establecerse en favor de los antiguos copropietarios unos derechos que les permitiera reclamar y rescatar la cosa en caso de enajenación a persona dotada de peor condición⁴. Su plazo de ejercicio era el del año y día y su cómputo comenzaba con el conocimiento de la transmisión, aunque la preferencia se excluía en las ventas hechas al heredero legítimo, en las donaciones y en las permutas.

Pero el verdadero desenvolvimiento de la institución se produce en el Derecho intermedio, donde la figura matriz está constituida por el retracto gentilicio, el cual emerge como una derivación del sistema de troncalidad, cuya introducción se justifica en las tendencias favorables a la reconcentración de la propiedad en el núcleo familiar, en cuanto principal fuente de riqueza en la Edad Media, con el objeto de darla un destino *mortis causa*; razón por la cual el retracto se convirtió en un instrumento de paralización de los actos de disposición *inter vivos*, impidiendo el dinámico desenvolvimiento de la propiedad. Por ello serán combatidos a la caída del Antiguo Régimen por considerarse trabas medievales que entorpecen la libre circulación del tráfico jurídico, lo cual tendrá el consiguiente reflejo en las codificaciones alemana, francesa e italiana⁵. Ahora bien, 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 inconciliables con los nuevos principios liberales.

Pero mientras el legislador francés disciplinó el retracto adoptando la tipología acostumbrada de derecho ejercitable sólo con posterioridad a la transmisión del bien a un tercero, atendiendo, por tanto, a las relaciones que median con el adquirente, en Derecho alemán los derechos de adquisición preferente se configuraron en forma de tanteo, como acontece con el de coherederos⁶. Además, la vigencia del sistema de *numerus clausus* en orden a la admisión de los derechos

⁴ PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, op. cit., págs. 150-151.

⁵ Como ha señalado OURLIAC y MALAFOSSE: *Droit romain et ancien droit. Les biens*, tome, II, París, 1961, pág. 416, la condena de los retractos se produce de forma enérgica porque se entiende que conculcan los derechos del individuo, razón por la cual serán enjuiciados como residuos del viejo sistema que atentan contra los valores surgidos de la revolución, cuales son la estabilidad de las convenciones y la libre circulación de los bienes. Otro motivo de repulsa residía en la circunstancia de que su práctica suscitaba interminables contiendas judiciales al erigirse en permanente instrumento al servicio del fraude y de la simulación. Desde el punto de vista legislativo, la Ley 17-23 de julio de 1970 calificó la institución como *restos del edificio gótico de la feudalidad*.

⁶ Este el único tanteo legalmente reconocido en el BGB. Al mismo se refiere el §2034, que copiado a la letra dice: *Si un coheredero vende su cuota a un extraño los restantes coherederos están autorizados al tanteo. El plazo de ejercicio del derecho de tanteo es de dos meses. El derecho de tanteo es heredable.*

reales constituye un serio obstáculo para la configuración del derecho real de retracto, cuyos efectos *erga omnes* sólo pueden derivar de la anotación preventiva de un derecho personal de esta índole⁷.

A distinta configuración responden las preferencias adquisitivas en el moderno Derecho italiano, pues, los codificadores de 1942 han implantado el modelo de la preferencia adquisitiva que se desenvuelve en las relaciones con el enajenante y sólo en presencia de una enajenación consumada puede el retrayente rescatar el bien del adquirente. Pero ello no constituye una novedad, ya que nuestra tradición jurídica ha sido testigo de figuras retractuales precedidas de un derecho de tanteo, a fin de hacer menos gravoso el vínculo sobre el bien al permitir la adquisición en un momento anterior a la conclusión del contrato entre el sujeto obligado y el tercero. Por esta vía, el tanteo antepuesto al retracto, bajo el influjo de la legislación y doctrina italiana, comenzó a concebirse como la primera fase del complejo instituto que nos ocupa⁸. Por lo demás, el desenvolvimiento del instituto, lejos de aparecer definitivamente condenado a una insignificante existencia en el ámbito del Código civil, se ha enriquecido como consecuencia de los tipos creados en el marco de la legislación especial.

Por esta vía se ha defendido la existencia de una notable mutación que afecta tanto a la perspectiva funcional como a los intereses implicados, por cuanto la defensa propietaria de cariz conservador, que sirve de soporte a los tipos tradicionales, ha cedido en pro de las nuevas relaciones suscitadas entre categorías económicas interesadas en la fricción de los bienes, dando cabida a intereses de orden colectivo.

Este fenómeno que permite el recurso a los derechos de adquisición preferente para la consecución de finalidades inmediatamente públicas emerge inicialmente en Francia, erigiéndose en el punto de partida de la concepción seguida por quienes, como SAINT-ALARY-HOUIN, defienden una interpretación publicista de la figura, hasta el punto de sostener que el interés general es común a todos los retractos, con independencia de la titularidad pública o privada que sobre los mismos se ostente⁹. Sin embargo, contra este planteamiento ha reaccionado CASAROTTO, acérrimo defensor del carácter privado del instituto, habida cuenta de que las instancias de justicia social, de funciones sociales y de racionalización de la propiedad, son componentes del Derecho privado y participan de la configuración de las instituciones incardinadas en él¹⁰. De donde se

⁷ Vid. DE LOS MOZOS: «Derechos reales...», op. cit., pág. 585, nota 7.

⁸ Vid. CASAROTTO: *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988, págs. 5 y ss.

⁹ SAINT-ALARY-HOUIN: *Le droit de préemption*, París, 1979, pág. 376.

¹⁰ CASAROTTO: *La prelazione...*, op. cit., pág. 21.

infiere la existencia de una yuxtaposición entre la perspectiva tutelar de intereses eminentemente públicos y aquella otra que sitúa en un primer plano la posición de los particulares.

III. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Si bien es cierto que el retracto es una institución antigua en España y de las más populares, a juzgar por su origen y extensión, no lo es menos que hasta los fueros municipales no emerge la idea gentilicia. Ahora bien, el hito más importante se produce con la legislación de Partidas al incorporar un tanteo de comuneros, transformado en derecho de retracto por la Ley 75 de las de Toro. En esta legislación también se reguló el retracto enfiteúutico y el otorgado a favor del superficiario, a propósito de la concurrencia de retractos, cuya regulación pasará a la Novísima Recopilación.

Aunque en la evolución posterior del instituto se manifiesta la tendencia abolicionista como consecuencia del triunfo de la concepción liberal de la propiedad, que tuvo por misión histórica, en palabras del Profesor DE LOS MOZOS, suprimir los viejos privilegios feudales¹¹, el rechazo se dirige contra el retracto gentilicio como lo corroboran los proyectos de Código civil de 1836 y 1851, al declarar suprimida la figura. Ello fue debido al cambio operado en la concepción familiar, como consecuencia del repudio de la existencia de cualquier intermediario entre el individuo y el Estado¹².

Poco aportará en este contexto la primitiva Ley Hipotecaria, pues, aún cuando en el párrafo 2º del artículo 38 se dejara a salvo a los adquirentes inscritos frente al ejercicio del tanteo y del retracto, en el sentir de la *communis opinio*, lejos de ser una manifestación más de la concepción restrictiva de su eficacia, era un corolario lógico y necesario de la fe pública registral y del funcionamiento del Registro¹³.

Pero nuestro Código civil no sólo siguió fiel en este punto nuestra tradición jurídica al mantener los tipos anteriormente existentes, excepción hecha del genti-

¹¹ DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS: «La formación del concepto de propiedad que acoge el Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 609, marzo-abril, 1992, págs. 628-629.

¹² Como ya señalara GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Madrid, 1852, pág. 425, *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.*

¹³ Vid. COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto*, op. cit., pág. 111.

licio, donde se consiguió un resultado buscado de propósito para los territorios de Derecho común¹⁴, sino que además innovó hasta el extremo de introducir *ex novo*, con una laudable finalidad de política agraria, el retracto de colindantes, también denominado de aledaños o asurcanos, cuyo advenimiento se produjo, según DANVILA, en la sesión de 20 de noviembre de 1888¹⁵. 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*¹⁶, parece, a todas luces evidente, que el autor de la implantación legal fue el jurista vallisoletano D. Germán GAMAZO. Con ello nuestro Código civil, como ya señalara DE LA CUESTA, marcará un hito, tímido si se quiere, pero realista y eficaz, en una línea en que más tarde han profundizado todas las legislaciones agrarias en momentos más propicios ideológicamente para la intervención legislativa en la reforma de las estructuras agrarias¹⁷, a la par que incorpora en sede de retractos la idea social. En consecuencia, podemos afirmar 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 modernismo¹⁸.

IV. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE RETRACTO

Por lo que dice relación a su configuración jurídica, el instituto ha sido objeto de una fuente copiosa de errores, como consecuencia de haberse regulado conjuntamente con el retracto convencional en sede de compraventa, en el capí-

¹⁴ Dicha observación ha sido anteriormente realizada por GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil*, op. cit., pág. 518.

¹⁵ DANVILA: «Sesión de 23 de marzo de 1889, n.º 77», *El Código civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, tomo II, Madrid, 1989, págs. 1565-1566.

¹⁶ Así aparece recogido en LASSO-GAITE: *Crónica de la codificación española*, 4-1, Madrid 1970, pág. 620.

¹⁷ Así lo ha puesto de manifiesto DE LA CUESTA SÁENZ: «Notas para la semblanza de un teórico del Derecho», *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo I, Madrid 1990, pág. 651. De la misma opinión participan DE LOS MOZOS: «Estudio preliminar», *El Código civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, tomo II, Madrid 1989, pág. 68; ROGEL y VATTIER: *Alonso Martínez. Vida y obra*, Madrid, 1991, pág. 527, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», *Centenario de la Ley del Notariado*, sección IV, vol. I, Madrid, 1965, pág. 44, nota 128. Sin embargo, CORRAL DUEÑAS: «El registro de la propiedad en su faceta social-agraria», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, n.º 11-12, enero-junio, 1988, pág. 9, considera que fue el resultado de la actuación profesional de los registradores de la región galaico-asturiana reunidos el 16 mayo de 1886.

¹⁸ En parecidos términos, el Profesor DE LOS MOZOS: «Estudio preliminar», op. cit., pág. 23, ha afirmado, a propósito del retracto de colindantes, que constituyó *un instrumento de modernización de la vida social española*.

tulo VI, del título IV del libro IV, bajo la rúbrica: *De la resolución de la venta*, cuando sendas figuras sólo tienen de común la denominación y la aplicación compartida de determinados preceptos, cuales son el 1511 y 1518 del C.c., por la remisión que a ellos hace el 1525 del mismo texto legal. Incluso el empleo del mismo vocablo para designar lo que no son sino dos figuras distintas, observación que desde la obra de RIAZA ha ocupado un lugar común en la doctrina¹⁹, nos advierte de la impropiedad que supone denominar de esta forma al retracto legal, ya que el origen etimológico del término retraer se halla en el vocablo latino *retrahere*, significando, consiguientemente, traer para sí o volver a traer, es decir, recobrar o readquirir. Pero esto que inevitablemente ocurre cuando en virtud de pacto expreso el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida, en modo alguno acontece cuando un extraño a la venta se convierte en adquirente de la cosa retraída. De donde resulta que tanto la estructura institucional como el mecanismo de actuación son distintos en una y otra figura. Por ello en este contexto el vocablo que mejor representa su alcance y significado es el de tanto al admitir la posibilidad de ser utilizado como *nomen* unificador de todos los derechos reales a adquirir preferentemente un bien por parte de un tercero ajeno a la enajenación sobre la que actúan, por el tanto proyectado en la futura enajenación o por ese mismo tanto satisfecho en la ya consumada. De ahí que pueda hablarse de *tanteo preadquisitivo* y *postadquisitivo* con indudable rigor²⁰.

Ahora bien, ello no debe llevarnos a considerar al tanteo y al retracto como dos formas de ejercicio del mismo derecho, aun cuando dicha concepción haya asumido carta de naturaleza en la doctrina, ya que sus perfiles diferenciales acaban otorgándoles una genuina inteligencia, que partiendo del diverso aspecto funcional se concreta en la distinta incidencia que cada uno de ellos tiene en las posiciones subjetivas afectadas, pues al actuar el primero ante una enajenación proyectada pero no consumada necesariamente ha de dirigirse contra el propietario-vendedor de quien traerá causa el tanteante, en tanto que el segundo se dirige contra el propietario-comprador por actuar cuando la enajenación está ya

¹⁹ RIAZA: *Los retractos: errores dominantes acerca de la materia*, Madrid, 1919, págs. 192 y ss. Con posterioridad a él han insistido en la materia cuantos tratadistas se han ocupado del tema. Vid. entre otros, BADENES: *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Barcelona, 1958, págs. 31-34; ÁLVAREZ MARTÍNEZ: «La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser», *Revista General del Derecho*, 1955, pág. 466; GÓMEZ CALERO: «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español», *Revista de Derecho Privado*, 1963 pág. 776, y COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto*, op. cit., pág. 35.

²⁰ Así, COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto*, op. cit., pág. 35, aunque dicha denominación fue inicialmente propuesta por ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNIL: *Derecho hipotecario*, tomo III, 7.ª ed., Barcelona, 1979, pág. 586.

consumada, lo que origina la producción de diversos efectos en el orden prestacional, cual es el pago del precio en la primera hipótesis y el abono del precio más los gastos legítimos, así como el reembolso de los gastos útiles y necesarios en la segunda. De donde se infiere que a pesar de la dicción contenida en el artículo 1521 del C.c., la técnica de la subrogación es característica del tanteo. En cambio el retracto opera en virtud de una nueva transmisión del retraído al retrayente modelada por el contrato originario, lo cual, además de contar a su favor con el precedente sentado en el artículo 1152 del Proyecto de Código civil de 1836, es admitido en la actualidad por la generalidad de la doctrina²¹.

Buena prueba de ello es que la acción debe dirigirse no contra el transmitente sino contra el adquirente originario, y en su caso, los sucesivos adquirentes, y las sentencias dictadas en estos juicios condenan al retraído a otorgar escritura de venta a favor de aquél. Si de resolución contractual se tratara por aplicación de una condición resolutoria, ello generaría el nacimiento de obligaciones recíprocas de restitución de la cosa y el precio entre los primitivos contratantes, por lo que demandados en el juicio de retracto deberían ser tanto el primitivo vendedor como el comprador originario, a fin de que el retrayente pudiera traer causa de aquél, lo cual no es posible porque, aparte de las razones aducidas, el retracto actúa cuando el contrato traslativo del dominio está ya consumado²², lo que provoca la desaparición de las respectivas partes contratantes, dificultando al mismo tiempo la tesis de la subrogación, que sólo es posible en las titularidades crediticias pero no en las reales.

Desde la perspectiva examinada podemos afirmar que constituyen una limitación a la libre circulación de los bienes, ya que con su ejercicio resultan

²¹ Defensores de esta concepción son, entre otros, ALBALADEJO: *Derecho civil III*, vol. II, Barcelona, 1989, pág. 342; GARCÍA AMIGO: «Derechos reales...», op. cit., pág. 106; COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto*, op. cit., pág. 56; O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Comentarios del Código civil*, tomo II, Madrid, 1991, pág. 1266; BARBER CARCAMO: *El retracto gentilicio*, Madrid, 1991, págs. 467-468; GONZÁLEZ PACANOWSKA: «Retracto de origen voluntario», *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, págs. 331-332, y LINARES NOCI: «La prelación enfiteútica», *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 759 y ss.

²² En este sentido se pronuncia tanto la doctrina dominante como la jurisprudencia. En el primer sentido, vid. GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil*, op. cit., págs. 620-630; ALBALADEJO: *Derecho civil III*, vol. II, op. cit., pág. 360; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. II, op. cit., pág. 404; REBOLLEDO VARELA: *Comentarios del Código civil*, tomo II, Madrid, 1991, pág. 1009; COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto*, op. cit., págs. 35 y 37; BARBER CARCAMO: *El retracto gentilicio*, op. cit., pág. 326, y SAURA MARTÍNEZ: *Cómputo del plazo del retracto de colindantes*, Madrid, 1991, págs. 14-16. Desde el punto de vista jurisprudencial, vid. entre otras, las sentencias de 20 de marzo de 1943 (R.A. 572), 8 de julio de 1946 (R.A. 936), 5 de mayo de 1952 (R.A. 477), 24 de octubre de 1961 (R.A. 4066), 20 de febrero de 1978 (R.A. 586) y 11 de julio de 1986 (R.A. 7780).

afectados los dos polos básicos sobre los que la misma se articula, como son la propiedad y el contrato. Pero mientras en el tanteo resulta directamente afectada la libertad negocial *inter partes* al permitir la irrupción de un tercero, por ministerio de la ley, en el desenvolvimiento natural del negocio celebrado, pudiéndose configurar técnicamente en este sentido como una excepción a la libertad contractual y al principio de relatividad de los contratos sancionado en el artículo 1257 del C.c., ya que sus efectos se producen entre vendedor y tanteante como consecuencia de la declaración de voluntad unilateral de este último, provocando en último término la adquisición de la propiedad en su favor, la incidencia del retracto es, en cambio, cualitativa y cuantitativamente mayor en el derecho de propiedad, por cuanto no sólo limita el *ius disponendi* del transmitente, ya que pudiendo libremente transmitir no puede elegir al adquirente, sino que además despoja al retraído del bien adquirido²³.

Por ello entendemos que constituyen una figura de carácter excepcional y anómalo y como tal susceptible de interpretación restrictiva, por más que a raíz de la entrada en vigor de la Constitución española se haya producido una revisión de los planteamientos tradicionales al amparo de la función social de la propiedad²⁴, porque, en nuestra modesta opinión, dicha locución legislativa, lejos de suprimir los límites de las disposiciones excepcionales y autorizar la analogía, representa en el Estado, como ha hecho notar el Profesor DE LOS MOZOS, el principio constitucional que de una forma genérica autoriza la intervención pública en la esfera de los derechos privados para someterlos al superior interés público y social. Pero como el Estado de Derecho supone un equilibrio entre los poderes públicos y los privados dicha intervención pública sólo es posible en tanto en cuanto resulte necesaria para el cumplimiento de dichos fines o funciones sin ir un milímetro más allá²⁵.

Por consiguiente, la Constitución nada ha innovado en este ámbito, porque aunque la función social pueda servir de estímulo para la creación por vía legis-

²³ Vid. COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto*, op. cit., págs. 150 y ss, de quien están tomadas, en esencia, las anteriores consideraciones.

²⁴ Para esta nueva concepción, de la que COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto*, op. cit., págs. 293 y ss., es su precursor y principal exponente, los derechos de adquisición preferente son manifestaciones concretas del límite función social de la propiedad, sancionado en el art. 33-2 de la Constitución, lo que desde esta perspectiva conduce a la defensa de la interpretación extensiva y de la aplicación analógica del instituto, al elevar dicha locución legislativa a la categoría de principio general del ordenamiento jurídico. Participan de la misma opinión, GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil*, op. cit., pág. 630, y BARBER CARCAMO: *El retracto gentilicio*, op. cit., pág. 494.

²⁵ DE LOS MOZOS: «Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas, *Estudio sobre Derecho de los bienes*, Madrid 1991, pág. 564.

lativa de nuevos tipos retractuales, como de hecho ha acontecido con el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, el cual regula a favor de los Ayuntamientos los derechos de tanteo y retracto en los artículos 291 a 296, lo cierto es que la institución siempre ha respondido a un principio de política legislativa que justifica, como dice ARECHEDERRA, la existencia de estas cargas del dominio, en principio inspirado en 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 positivo²⁶.

V. FUNDAMENTO JURÍDICO

El fundamento jurídico de estas limitaciones reside desde el punto de vista histórico sistemático en la función que realizan los bienes y en la relación que mantiene el hombre con las cosas. De donde se desprende que se trata de un derecho otorgado más en atención a la cosa que en razón de la persona, de donde deriva su carácter subjetivamente real, tanto cuando su titularidad se otorga en atención a la situación especial en que pueden hallarse las cosas respecto a ciertas personas, como acontece con los tipos regulados en el Código civil, como cuando se hace en consideración a las relaciones jurídicas que con motivo de las cosas se mantienen por las partes, lo cual es característico de los retractos arrendaticios.

Pero desde la perspectiva teleológica ciertamente son razones de política legislativa las que abonan su incardinación en un determinado ordenamiento jurídico con el objeto de satisfacer intereses objetivos más o menos amplios, por cuanto el retracto es un derecho afectado por un destino, pudiéndose configurar en este sentido como un derecho-función²⁷. Por ello el reconocimiento de su titularidad no es sino un medio indirecto para el logro de los mismos; razón por la cual nuestro Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones ha declarado improcedente el retracto de colindantes cuando, aún cumpliéndose los requisitos legalmente exigidos, su ejercicio conduce a un resultado contrario o distinto al querido por la norma.

En esta razón de tutela de intereses económico-sociales puede justificarse la pertenencia de la figura al orden público económico, más exactamente al orden

²⁶ ARECHEDERRA ARANZADI: «Tanteo convencional y traspaso de negocio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-diciembre, 1980, pág. 31. Vid. del mismo autor, «Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal», *Revista de Derecho Privado*, 1980, pág. 126.

²⁷ Vid. en el mismo sentido, COCA PAYERAS: *Tanteo y retracto*, op. cit., pág. 66.

público de dirección, entendiendo por tal el conjunto de medidas dictadas en aras del interés general, del interés común de la colectividad para una mejor organización de la economía²⁸, lo cual genera unas consecuencias importantes que afectan, conforme a lo dispuesto en el artículo 6-2 de nuestro Código civil, tanto a la validez de las cláusulas tendentes a derogarlo como a la facultad de renunciar a su ejercicio, la cual sólo puede válidamente producirse cuando manifestando su titular la voluntad clara, terminante e inequívocamente contraria a la adquisición de la propiedad del bien afectado por el retracto, pues en modo alguno puede deducirse de expresiones de dudoso significado, se realiza con posterioridad a la enajenación en cuanto evento determinante de su actuación²⁹.

VI. VICISITUDES DEL DERECHO DE RETRACTO

1. *Nacimiento del derecho y factores determinantes de su actuación*

Cuanto decíamos anteriormente a propósito de la renuncia se justifica desde otra perspectiva, en las distintas vicisitudes por las que atraviesa este derecho desde su nacimiento hasta su efectividad, fruto de la especial configuración jurídica de que es objeto, porque si bien es cierto que el mismo nace cuando se adquiere la titularidad a la que la Ley anuda la del derecho real de retracto, ya sea la de comunero, coheredero, propietario de una finca colindante o dueño del dominio útil o directo, por citar, si no las más relevantes, sí, al menos, las contempladas por el Código civil, pudiéndose configurar desde esta perspectiva, como dice PEÑA, como una facultad de carácter real integrante del contenido ordinario o natural de cierto derecho subjetivo, razón por la cual corre la misma suerte que la relación jurídica básica en la que se integra³⁰, no lo es menos que sus posibilidades de ejercicio sólo ingresan en el patrimonio de dicho titular con la enajenación, ya se considere ésta como complemento del supuesto de hecho del derecho o como *conditio iuris* de su ejercicio, el cual estará a su vez condicionado por la existencia de dos parámetros: de un lado, onerosidad y, de otro,

²⁸ Desde esta perspectiva ha fundamentado la existencia de la figura en Derecho francés SAINT-ALARY-HOUIN: *Le droit de préemption*, op. cit., págs. 461 y ss.

²⁹ En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 17 de enero de 1962 (R. A. 443) y 7 de abril de 1986 (R. A. 1842), exigiendo expresamente la primera, con invocación de la doctrina contenida en las sentencias de 17 de noviembre de 1931 y 13 de junio de 1942, *que sea personalísima y no fundada sobre deducciones o actos de otra persona (...) y que la renuncia, lo mismo la prestada en forma expresa, que la deducida de manera tácita, tiene que ser clara, terminante e inequívoca*.

³⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, págs. 355-356.

carácter fungible y no personalísimo de la prestación recibida por el retraído, por servir ésta de módulo a la contraprestación del retrayente.

A este resultado conduce la fuerza expansiva y generalizadora de que están impregnados determinados preceptos, lo cual se manifiesta tanto en el artículo 1522 como en el 1656-6, donde se contiene una dicción amplia al declarar precedente su ejercicio en las enajenaciones a título oneroso. Además, huelga buscar diferencias donde no las hay, pues en esta materia no sólo existen unas reglas comunes aplicables a los diversos tipos, sino también un constante intercambio de los esquemas regulativos que condicionan su ejercicio³¹, el cual resulta, no obstante, excluido en las permutas y en las donaciones.

La exclusión de las primeras, aparte de tener tras de sí una larga tradición histórica que se remonta a la glosa de Gregorio LÓPEZ, se funda en la imposibilidad de dejar indemne el patrimonio del retraído tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, que es a lo que tiende el sistema de reembolsos a que se refiere el artículo 1518 del C.c. La inaptitud de las segundas 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 retracto³².

Pero lo más destacado en este ámbito es la orientación realista seguida por el Tribunal Supremo, ya que no contentándose con la denominación dada al contrato por las partes se reserva la facultad de calificarlo con la que en su opinión corresponde a su verdadera naturaleza para que no resulte burlada la aplicación del instituto³³. Por ello habremos de considerarlo precedente cuando la donación y la permuta simulada encubran una compraventa.

³¹ Vid. en el mismo sentido, DE LOS MOZOS: «Derechos reales...», op. cit., pág. 582, 616 y 617.

³² La sentencia de 22 de enero de 1991 (R. A. 306) ha declarado improcedente el retracto por inexistencia de compraventa, habida cuenta de que lo realmente celebrado era una donación remuneratoria con reserva de dominio. En el caso de autos existía una simulación relativa, lo que motivó al Tribunal Supremo a decretar la validez del negocio disimulado, consistente en una donación de bienes inmuebles encubierta, por ello declaró válida la escritura pública otorgada para la compraventa simulada. En el mismo sentido ha resuelto la sentencia de 19 de noviembre de 1992 (R. A. 1993, n.º 275), al declarar improcedente su ejercicio en un caso similar de venta ficticia que encubría una donación.

Desde otra perspectiva, las sentencias de 2 de abril de 1985 (R. A. 1679) y 22 de diciembre de 1989 (R. A. 8866) han excluido la procedencia del retracto en la constitución de renta vitalicia con base no sólo en la aplicación restrictiva que es propia a la institución por envolver una limitación del dominio, sino también porque dicha figura contractual constituye un contrato aleatorio, en el que como tal, no aparece nítidamente determinado el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o de hacer.

³³ Así lo han puesto de manifiesto, entre otras, las sentencias de 5 de marzo de 1964 (R. A. 1332) y 30 de septiembre de 1991 (R. A. 6074), al declarar que la calificación del contrato es competencia del juzgador a la luz del contenido obligatorio convenido por las partes, con independencia de la denominación dada al mismo por ellas.

Ahora bien, para la ejercitabilidad del retracto es preciso que el contrato traslativo del dominio, además de ser estructuralmente válido³⁴, esté consumado por la entrega de la cosa o cualquier otra forma de *traditio* reconocida en Derecho. Por ello en los negocios modalizados en los que resulte diferida la transmisión de la propiedad³⁵, tales como los sometidos a condición suspensiva o a un término inicial de eficacia negocial o la enajenación contenga un pacto de reserva de dominio, no se podrá retraer en tanto no se cumpla la condición, se produzca el vencimiento del término o se haya satisfecho el total pago del precio. Y *a contrario sensu*, en los sometidos a condición resolutoria, así como en las ventas con pacto de retro y en las enajenaciones sometidas a término final de eficacia negocial, el retrayente podrá ejercitar su derecho. Ahora bien, mientras en los dos primeros casos estará amenazado por el cumplimiento de la condición o el ejercicio por el vendedor de su facultad retroemptoria, como inicialmente lo estaba el adquirente originario, en el tercero su adquisición se resolverá al vencimiento del término, pues se trata de una modalidad impregnada de total certeza, por cuanto el mismo ha de cumplirse necesariamente; razón por la cual su ejercicio reporta al retrayente una escasa utilidad al estar de antemano condenado a la pérdida futura de la cosa.

Por lo que dice relación a las enajenaciones que incorporen obligaciones *intuitu personae*, entendemos, de acuerdo con los añejos, escasos e inconexos supuestos en los que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, en los que, no obstante, se ha reservado la facultad de analizar si encubren una transmisión normal, que el retracto sólo será precedente cuando las mismas tengan carácter accesorio, en el sentido bien entendido de no constituir una prestación esencial, sin la cual no se hubiera celebrado el contrato³⁶.

En cuanto a la venta de varias fincas por precio global el retracto procede respecto de todos los bienes que reúnan la condición de retraíbles, con exclusión de los que no la ostenten, por cuanto éstos no pueden reportar ninguna utilidad

³⁴ El Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 30 de diciembre de 1991 (R. A. 9610), en aras del principio de economía procesal ha declarado procedente conocer en el juicio de retracto sobre la validez o nulidad del título en que se funda el retrayente cuando sendas cuestiones sean negadas o cuestionadas por el demandado.

³⁵ Vid. ampliamente desarrolladas estas cuestiones en BARBER CARCAMO: *El retracto gentilitio*, op. cit., págs. 127 y ss.

³⁶ En la sentencia de 28 de diciembre de 1918 (*Jurisprudencia civil*, tomo 144, n.º 1156) el Tribunal Supremo declaró procedente el retracto enfitéutico por entender que la obligación impuesta al comprador, consistente en convivir, cuidar y alimentar a la vendedora y costearle su funeral, *de carácter esencialmente personalísimo en su cumplimiento, no constituye en orden al retracto la condición principal del mismo (...), de ahí que resolviera que el retrayente sólo tiene el deber de reembolsar al comprador el precio cierto y los gastos enumerados en el artículo 1518.*

en orden a la consecución de la finalidad que en cada caso tiende a satisfacer este derecho. La solución no podía ser otra ya que este tipo de venta generalmente encubre una maniobra fraudulenta tendente a burlar la efectividad de la institución³⁷.

2. Ejercicio del derecho de retracto: plazo, dies a quo y naturaleza jurídica

Llegados a este punto podemos afirmar que la enajenación consumada determina el momento inicial del ejercicio del derecho, o, del nacimiento de la acción, aunque no tiene por qué coincidir con el *dies a quo* del cómputo del plazo previsto al efecto, al que se refiere el artículo 1524 del C.c., que lo fija para el retracto de comuneros, el de colindantes y todos aquellos que no tengan señalado uno especial, en nueve días contados, según la interpretación correcta a que ha sometido el precepto jurisprudencia y doctrina, desde el conocimiento de la transmisión y, en su defecto, desde la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad³⁸. Este criterio se justifica en la necesidad de evitar la

La sentencia de 10 de enero de 1919 (*Jurisprudencia civil*, tomo 145, n.º 39), también dictada con ocasión del ejercicio de un retracto enfiteúutico, resolvió que *a la actora en nada le afectan ni obligan, como es consiguiente, los convenios habidos entre vendedores y compradores, que no son esenciales a la venta, ni puede exigírsele el pago de gastos independientes del retracto que ha de tener lugar en las mismas condiciones con que otorgó la compra de las fincas materia del mismo.*

Finalmente, la sentencia de 7 de noviembre de 1925 (*Jurisprudencia civil*, tomo 168, n.º 405), dictada a propósito del ejercicio de un retracto de colindantes, declaró su pertinencia con base en que *la reserva del usufructo vitalicio en favor de la vendedora y la obligación de costear su funeral, que en el contrato se incluyen, no constituyen propiamente precio del contrato, sino obligaciones de otra índole y en las que los retrayentes pidieron quedar subrogados en la súplica de la demanda.* Resolución respecto de la cual cabe cuestionarse con BARBER CARCAMO: *El retracto gentilicio*, op. cit., pág. 143, si el Alto Tribunal se habría pronunciado en el mismo sentido en caso de no asumir los retrayentes dichas obligaciones.

³⁷ La sentencia de 13 de abril de 1896 (*Jurisprudencia civil*, tomo 79, pág. 712), accedió a la petición con base en que el artículo 1521 del C.c. se refiere a la subrogación del retrayente en el lugar del comprador de la cosa que pueda ser objeto de retracto, no de aquellas otras que estando comprendidas en la misma escritura carezcan de las condiciones necesarias para poder ser retraídas.

³⁸ En el mismo sentido han resuelto, entre otras, las sentencias de 30 de octubre de 1990 (R. A. 8268), 21 de marzo de 1990 (R. A. 1716), 19 de mayo de 1992 (A. C. N.º 39, R. 971) y 11 de julio de 1992 (A. C. N.º 48, R. 1227). Desde el punto de vista doctrinal, vid., por todos, SAURA MARTÍNEZ: *Cómputo del plazo*, op. cit., págs. 41-43.

Frente al anterior criterio, la sentencia de 20 de febrero de 1992 (A. C. N.º 29, R. 684), ha rechazado la anterior doctrina en orden a la determinación del *dies a quo* del plazo de ejercicio del retracto arrendaticio urbano, so pretexto de que la regulación del mismo presenta especialidades frente a la del Código civil, por cuanto exige en el art. 48-2 la notificación fehaciente de la venta y en todo caso la entrega de la copia de la escritura o documento en que fuese formalizada.

arbitrariedad de quien, no obstante saber y conocer la transmisión, espera la inscripción y a su amparo formal ejercita un derecho ya justamente precluido, lo cual es posible como consecuencia del carácter voluntario de la inscripción, de ahí que el cómputo desde ésta sólo opere cuando habiéndose inscrito no haya un conocimiento extrarregistral previo, cabal y completo de las condiciones de la enajenación³⁹. Además, la solución contraria equivaldría a hacer de peor condición al adquirente inscrito que al que no inscribe.

Ahora bien, ninguno de estos dos criterios nos satisface plenamente. El primero porque es un cauce de inseguridad jurídica al depender de un elemento subjetivo de difícil prueba, y el segundo porque dada su brevedad puede generar indefensión del retrayente, obstaculizando la tutela judicial efectiva a la que se refiere el artículo 24 de la Constitución española, lo cual podría fácilmente evitarse retornando al sistema instaurado en la redacción originaria del Código civil, en cuyo artículo 1524 los nueve días se contaban desde el requerimiento notarial dirigido por el vendedor o el comprador al retrayente⁴⁰.

En cuanto a la naturaleza jurídica del plazo, el mismo reviste carácter civil por ello deben computarse, con arreglo a lo ordenado en el artículo 5-2 del C.c., en los nueve días los inhábiles. Se trata, por lo demás, de un plazo de caducidad impuesto con el objeto de fomentar la diligencia del retrayente, a fin de que la adquisición de la propiedad no permanezca a merced de una eventual y tardía impugnación⁴¹.

Ahora bien, al tratarse de un término fijo de carácter preclusivo, una vez transcurrido se produce de una forma directa, radical y automática la decadencia del derecho y la imposibilidad de su ejercicio, sin que tengan ninguna influencia las causas de interrupción y suspensión operantes en la prescripción, ya que la caducidad actúa por sí misma y obliga al juzgador a declararla de oficio.

La sentencia 28 de abril de 1992 (A. C. N.º 38, R. 935) declaró derogado el artículo 1619 de la LEC sobre ampliación del plazo de nueve días establecido para la interposición de la demanda de retracto, por el artículo 1524 del C.c., el cual, no obstante, no somete a la interpretación correctora de que viene siendo objeto desde el punto de vista jurisprudencial.

³⁹ Vid. en este sentido, entre otras, las recientes sentencias de 18 de octubre de 1980 (R. A. 3629), 9 de febrero de 1984 (R. A. 1128), 12 de diciembre de 1986 (R. A. 7436), 6 de junio de 1988 (R. A. 4820), 21 de marzo de 1990 (R. A. 1716) y 20 de mayo de 1991 (R. A. 3773).

⁴⁰ Según la redacción originaria del artículo 1524 *no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento hecho ante Notario, que haga el vendedor o el comprador al que tenga aquel derecho*. Vid. LA LAGUNA: *El Código civil y sus reformas*, 4.ª edc., Valencia, 1991, pág. 445.

⁴¹ En parecidos términos se ha pronunciado la sentencia de 14 de noviembre de 1962 (R. A. 4543).

Sin embargo, con anterioridad a la reforma de la LEC de 1984 una reiterada jurisprudencia atribuyó al acto de conciliación, de obligado cumplimiento para dar curso a las demandas de retracto al amparo de la vieja normativa, el efecto obstativo de la caducidad, en caso de no avenencia, al permitir el posterior ejercicio judicial de este derecho, lo cual era una consecuencia de la aplicación excesivamente generosa de lo dispuesto a estos efectos en sede de prescripción en el artículo 479 de la Ley adjetiva, con el objeto de armonizar la urgente y perentoria naturaleza de la acción con la obligatoriedad de la conciliación. Incluso en la actualidad hay autores que siguen resolviendo con arreglo a este criterio⁴², cuando en realidad la conciliación resulta intrascendente después de la reforma, no sólo por haber desaparecido su obligatoriedad, sino también porque el citado texto procesal ya no establece plazo alguno para el caso de no avenencia, al remitir sin más a la legislación material. Por ello ya no puede interferir el ejercicio de la acción, ni su celebración reporta utilidad alguna, ya que de ser intentada sin éxito el retrayente podrá encontrarse ante el ejercicio extemporáneo de su derecho. En este sentido han resuelto las recientes sentencias de 21 de marzo de 1990⁴³, 20 de mayo de 1991⁴⁴, 19 de mayo de 1992⁴⁵ y 2 de julio de 1992⁴⁶.

3. *Obligaciones del retrayente previas a la efectividad de la institución*

Junto a la necesidad de que el derecho de retracto se ejercite antes del transcurso del plazo preclusivo, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige para dar curso a las demandas interpuestas el ineludible cumplimiento de una serie de requisitos formales. Se trata, en primer lugar, de la obligación de consignar el

⁴² Así, GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil*, op. cit., pág. 685; SANTOS VIJANDE: «El derecho y la acción de retracto: su caducidad», *La Ley*, vol. II, Madrid, 1988, y BARBER CARCAMO: *El retracto gentilicio*, op. cit., pág. 361.

⁴³ Sentencia 21 de marzo de 1990 (R. A. 1716).

⁴⁴ Sentencia 20 de mayo de 1991 (R. A. 3773) ha declarado, con invocación de la doctrina citada en la sentencia anterior que la doctrina que elevaba al acto de conciliación a la categoría de instrumento procesal idóneo y modo adecuado de ejercicio del derecho *ha de entenderse necesariamente referenciada a las acciones de retracto postuladas judicialmente antes de la reforma procesal de la Ley 34/84 (...), ya que efectivamente esta nueva normativa, ha quitado obligatoriedad a la conciliación, y su condición de ejercicio anticipado de las acciones.*

⁴⁵ Sentencia 19 de mayo de 1992 (A. C. N.º 39, R. 971), la cual declara suprimida la obligatoriedad de la conciliación por la Ley de 6 de agosto de 1984, que tácitamente derogó los artículos 1621 y 1622 de la LEC.

⁴⁶ Sentencia de 2 de julio de 1992 (A. C. N.º 46, R. 1176), la cual reproduce la doctrina contenida en la sentencia de 20 de mayo de 1991.

precio estipulado entre vendedor y retraído, la cual cumple una función de garantía del pago del precio que en su día debe satisfacer el retrayente a fin de evitar la interposición de demandas temerarias⁴⁷, aunque no se extiende a los restantes gastos de los que nos habla el artículo 1518 del C.c., pues éstos constituyen un presupuesto de eficacia y no de ejercitabilidad⁴⁸. En esta razón se justifica el hecho de que a pesar de la prevalencia del precio real sobre el escriturado, a los efectos de la consignación se tiene por bien hecha cuando habiendo discordancia entre ambos se consigna este último por ignorancia del real, en tanto que la situación inversa determina la improcedencia del retracto por defectuoso cumplimiento de un requisito de ejercitabilidad⁴⁹. De donde se desprende el papel otorgado a la buena fe a estos efectos. Con todo, la obligación de consignar el precio se sustituye por la de prestar fianza de consignarlo cuando resulte desconocido, aunque por tratarse de un remedio subsidiario no podrá alegarse cuando el documento transmisivo contenga las bases para su determinación⁵⁰.

En segundo lugar se requiere la asunción del compromiso de no enajenar el bien retraído durante un determinado período de tiempo, el cual es variable en función de los diversos tipos, aunque sus efectos superan los estrictamente formales, al tratarse de una verdadera prohibición legal de disponer, cuyo cumplimiento condicionará, tanto la subsistencia de la enajenación realizada contravieniendo la misma, como el mantenimiento de la adquisición efectuada a favor del retrayente.

Ahora bien, esta prohibición para los tipos regulados en el Código civil, exactamente para el retracto enfiteúutico y para el de comuneros, presenta unos

⁴⁷ Así lo ha puesto de manifiesto la sentencia de 7 de febrero de 1991 (R. A. 1152) al considerar que constituye una cuestión de fondo y no meramente formal, declarando, en consecuencia, que *la omisión producida, al no consignarse el precio tan pronto fue conocido, hace inviable el retracto porque de hecho dejaría al arbitrio del demandante el ejercicio del mismo incluso con posterioridad a la firmeza de la sentencia.*

⁴⁸ Así lo ha confirmado la sentencia de 16 de marzo de 1992 (A. C. N.º 31, R. 747), al resolver que la obligación de consignar mencionada en el artículo 1618-2 de la LEC *se refiere únicamente al precio de la venta y no abarca los gastos del contrato y demás pagos legítimos, que pueden ser abonados con posterioridad, una vez que sean conocidos.*

⁴⁹ En este sentido han resuelto las sentencias de 7 de julio de 1948 (R. A. 973), 10 de mayo de 1958 (R. A. 1731), 31 de enero de 1961 (R. A. 304), 22 de octubre de 1970 (R. A. 4435), 12 de junio de 1984 (R. A. 3232), 19 de junio de 1986 (R. A. 3577) y 31 de octubre de 1988 (R. A. 7780).

⁵⁰ Así lo ha puesto de manifiesto la sentencia de 14 de septiembre de 1987 (R. A. 6047) al declarar que *no puede alegarse desconocimiento del precio y su no consignación cuando la sentencia afirma que no se consignó dentro del plazo legal el precio de venta, que si bien no se expresaba materialmente en los documentos (...), pudo ser conocido por el actor con suficiente facilidad en tanto en cuanto se contenían las bases para su determinación efectuando previas y asequibles operaciones aritméticas.*

caracteres peculiares, por cuanto lejos de privar de la facultad dispositiva, la modaliza al impedir durante su vigencia la enajenación separada tanto de lo retraído como de lo que sirvió de base para retraer, pues de lo contrario resultaría burlada la *ratio legis* de los preceptos reguladores de sendas figuras⁵¹.

Sin embargo, la prohibición no rige, dado el silencio legal, ni en el retracto de colindantes ni en el de coherederos, por tratarse de una disposición sancionadora y restrictiva de derechos individuales, sin que dicha solución vulnere la *ratio legis* de ambos institutos, pues, por lo que dice relación al primero, sus efectos pueden lograrse en aplicación del principio de indivisibilidad de la unidad mínima de cultivo, sancionado en el artículo 44 de la LRYDA, habida cuenta de las continuas interferencias que se suscitan entre esta legislación y el Código civil. Pero tampoco rige para el segundo, aunque de un subtipo del de comuneros se trate, por hallarnos ante un patrimonio en liquidación, pues imponer la prohibición supondría prolongar el estado de indivisión, cuando es lo que pretende evitar la citada figura⁵².

Pero junto al carácter relativo de la prohibición destaca su carácter disponible, ya que puede ceder ante la voluntad favorable de la persona que de una manera inmediata y directa haya sido perjudicada por el ejercicio del retracto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1629 de la Ley Rituaria. Ahora bien, en el caso de que subsistiendo la prohibición resulte incumplida, además de ocasionarse la nulidad de la enajenación puede quedar sin efecto el retracto, todo ello a voluntad del primitivo comprador. De donde se infiere que la sanción impuesta no es la nulidad, sino la anulabilidad, desde el momento en que no opera *ipso iure* y es exclusivamente protectora del directamente perjudicado por la nueva transmisión. Si de nulidad se tratara legitimados estarían todos aquellos que tuvieran un interés legítimo en la impugnación, como son el primitivo vendedor y los retrayentes que por ostentar un peor derecho resultaren vencidos ante la preferencia del retrayente-adquirente.

Sin embargo, en los retractos arrendaticios el régimen jurídico es diverso, pues además de imponerse como sanción al incumplimiento la resolución de las dos relaciones sobre las que actúa, la prohibición reviste carácter absoluto y es indisponible, pudiendo sólo ceder en los urbanos cuando el retrayente viniere a peor fortuna, es decir, incurriere en un verdadero estado de necesidad que le obligare a la venta.

⁵¹ Vid. en el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales*, op. cit., pág. 360, nota 33; GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil*, op. cit., pág. 606, y ALBALADEJO: *Derecho civil III*, vol. II, op. cit., págs. 373-374.

⁵² Vid. en este sentido, DE LOS MOZOS: «Derechos reales...», op. cit., pág. 614, y ALBALADEJO: *Derecho civil III*, vol. II, op. cit., pág. 372.

4. Efectos derivados del ejercicio del retracto

Por lo que dice relación a los efectos del retracto, en cuanto derecho real de adquisición preferente, su principal efecto es de carácter adquisitivo, como su propia denominación indica, produciéndose la adquisición libre de cuantas cargas y gravámenes haya podido constituir *medio tempore* el adquirente, como consecuencia del carácter real y absoluto de que está impregnado este derecho, cuya eficacia se ha llevado a límites insospechados, hasta el punto de resultar inoperante frente al mismo la protección registral, conforme a lo ordenado en el artículo 37-3 de la L.H.

Pero determinados tipos retractuales también llevan aparejado el efecto extintivo de la relación jurídica básica en que los mismos se integran y por razón de la cual se otorgan, el cual es característico de los retractos enfiteútico y arrendaticios, pues, en el de comuneros y coherederos dependerá del número de partícipes en la comunidad.

Dichos efectos generan el nacimiento de una serie de obligaciones de reembolso a cargo del retrayente, cuyo incumplimiento lleva aparejada la inefectividad de la institución. A ellas se refiere el artículo 1518 del C.c., el cual representa la inderogable exigencia de las prestaciones que el primero debe satisfacer y no su contenido mínimo, al tratarse de una norma de *ius cogens* directamente aplicable por la remisión a él ordenada en el art. 1525.

El pago del precio es la principal obligación a la que debe hacer frente el retrayente. A estos efectos prevalece el real sobre el simulado a fin de evitar su enriquecimiento torticero y obviar el fraude al retracto documentando un precio gravosamente superior al satisfecho⁵³. Este tipo de reembolso constituye una deuda dineraria referida al precio nominalmente pagado sin actualizaciones de ningún tipo⁵⁴. Por ello el retraído no podrá reclamar uno mayor amparado en el aumento de valor del bien, ni el retrayente entregar uno menor a pretexto de su depreciación, aunque tampoco está obligado al pago de intereses del precio, ya que en este supuesto no cabe hablar de intereses de demora, ni de intereses compensatorios y menos aún de intereses pactados, toda vez que sus obligaciones aparecen previamente determinadas, sin que tenga posibilidad alguna de entrar a discutir su contenido. Pero tampoco existe una deuda vencida y exigible a cargo del retrayente en la que pudiera justificarse el reembolso de los intereses de

⁵³ Vid. en este sentido, entre otras, las sentencias de 20 de septiembre de 1988 (R. A. 6843), 4 de diciembre de 1991 (R. A. 8914), 30 de abril de 1991 (R. A. 3117) y 14 de marzo de 1992 (R. A. 2181).

⁵⁴ Así REBOLLEDO VARELA: *Comentarios del Código civil*, op. cit., pág. 1018.

demora, ni cabe apreciar una ruptura del equilibrio patrimonial en relación con la cosa cuando produzca frutos, pues el retraído los posee con los bienes hasta que se produzca el otorgamiento de la escritura pública de venta a favor del retrayente. Todo lo cual nos permite concluir que los intereses se compensan con los frutos, habida cuenta de la condición de poseedor que ostenta el retraído⁵⁵.

Junto a lo anterior, el retrayente debe reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, entendiéndose por tales el importe de la primera copia de escritura, el pago del impuesto de transmisión patrimonial, así como la diferencia de valor experimentada por el bien como consecuencia de la liberación de gravámenes producida desde que se consumó la enajenación determinante de la actuación del retracto hasta la efectividad del mismo, según ha puesto de manifiesto una reiterada jurisprudencia, a propósito de la extinción del derecho de usufructo que gravaba la nuda propiedad del bien retraído, producida en el *interin* que media desde que se consumó la enajenación hasta que tuvo lugar la efectividad de la institución⁵⁶.

Finalmente debe reembolsar cuantos gastos se hayan hecho para la conservación física o jurídica del bien retraído o que redunden en su provecho o interés, aunque el reembolso de estos últimos se excluye cuando no hayan sido hechos de buena fe, como acontece con los realizados durante la tramitación del juicio de retracto o con los tendentes a impedir su ejercicio, como sucede con cuantos se realizan con el objeto de alterar la naturaleza del predio para burlar la acción del retrayente⁵⁷.

VII. TIPOLOGÍA DE LOS RETRACTOS REGULADOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Examinadas las reglas comunes aplicables a todos los retractos, llegado es el momento de abordar en este postrero análisis la tipología de esta pluriforme institución, dados los peculiares matices que los distintos retractos legales presentan, los cuales surgen a propósito de la causa en que se fundan las respectivas preferencias adquisitivas, de las que ineludiblemente van a derivar los perfiles diferenciales existentes entre todas ellas.

⁵⁵ Vid. por todos, RUBIO TORRANO: «Comentario a la sentencia de 7 de abril de 1989», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 20, abril-agosto, 1989, págs. 501-502.

⁵⁶ En este sentido resolvieron las sentencias de 3 de diciembre de 1946 (R. A. 1299), 8 de abril de 1954 (R. A. 1867) y 8 de mayo de 1955 (R.A. 1717).

⁵⁷ Vid. en este sentido las sentencias de 5 de diciembre de 1959 (R. A. 4487) y 10 de diciembre de 1991 (R. A. 8925).

1. *El retracto de comuneros*

El retracto de comuneros, regulado en el artículo 1522 del C.c., es un resorte arbitrado por la ley especialísimamente *para que el dominio compartido al que acechan los virus de las miserias humanas se convierta en el claro y pacífico dominio individual exclusivo*⁵⁸, pues su objeto es extinguir la comunidad, o cuando menos, reducir el número de condueños por considerarse antieconómicos los estados de indivisión y propicios para fomentar discordias entre los copropietarios.

La causa en que se funda esta preferencia adquisitiva es la comunidad ordinaria o *pro indiviso*, a la que se refieren los artículos 392 y ss. del C.c., para lo cual es preciso que exista una pluralidad de titulares, entre los cuales haya identidad de titularidad jurídica y unidad del objeto, sin determinación de una parte material concreta del mismo⁵⁹. La comunidad debe recaer sobre el derecho de dominio, como lo corrobora la atribución de su titularidad exclusivamente a los copropietarios de una cosa común. Por ello, aunque de *lege ferenda* pudiera defenderse la aplicación del instituto a cualquier situación de indivisión al ser reputada como indeseable, máxime si tenemos en cuenta que las disposiciones relativas a la comunidad de bienes son aplicables a otros derechos reales distintos del dominio, de *lege data* no es admisible dicho planteamiento, habida cuenta de la fuerte configuración técnica de que está impregnado el artículo 1522, hasta el punto de haber sido calificado en este sentido de modélico⁶⁰.

En consecuencia, resulta improcedente su ejercicio tanto en los supuestos de concurrencia del derecho de propiedad con derechos reales limitativos del dominio, como en los casos de cotitularidad de derechos reales distintos de aquél, excepción hecha de la enfiteusis, ya que en el artículo 1642 del C.c. se regula un retracto de comuneros cuando el dominio útil o directo pertenezcan *pro indiviso* a varias personas, si bien se subordina al enfiteútico, como se infiere de la preferencia otorgada al dueño del dominio opuesto al enajenado en caso de concurrir ambos retractos. Y por la fuerza expansiva de que está impregnada la regulación de la enfiteusis también se aplica a los supuestos de cotitularidad en los foros, derechos de superficie y censos a primeras cepas, dada la remisión que los arts. 1655 y 1656-6 hacen a la disciplina de aquélla⁶¹.

⁵⁸ DEL MORAL: «Los derechos de adquisición preferente y el problema de su rango», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. VIII, Madrid, 1954, pág. 336.

⁵⁹ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA: *la comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 183.

⁶⁰ Así, DE LOS MOZOS: «Derechos reales...», op. cit., págs. 594 y 596.

⁶¹ Vid. en este sentido DE LOS MOZOS: «Derechos reales...», op. cit., págs. 598-600; GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil*, op. cit., pág. 652, y LINARES NOCI: «La prelación enfiteútica», *Revista de Derecho Privado*, 1986 págs. 776-777.

Pero para que prospere el retracto es necesario que el comunero ostente dicha condición, tanto en el momento de la enajenación de la cuota que se pretende retraer, como en el momento de su ejercicio, por tratarse de un derecho que se atribuye al copropietario mientras lo sea, aunque la jurisprudencia lo considera transmisible por herencia siempre que la sucesión se produzca después de la enajenación realizada al extraño⁶², entendiéndose por tal la persona ajena a la comunidad, pues, de lo contrario se cumpliría la finalidad que la institución persigue, deviniendo innecesario su ejercicio⁶³.

Ahora bien, a pretexto de la fuerza expansiva de que está impregnado el retracto de comuneros, pero olvidando al propio tiempo su innegable configuración técnica, la jurisprudencia en no pocas ocasiones ha ampliado su ámbito de aplicación a situaciones en las que no existe verdadera copropiedad, no hay comunidad o la existente no responde al tipo de la llamada comunidad *pro indiviso*. Esta tendencia se ha proyectado en dos instituciones distintas: en las titularidades de aprovechamientos concurrentes sobre una misma finca rústica y en la sociedad de gananciales en liquidación.

Las primeras constituyen una manifestación de la supervivencia actual de lo que se dio en denominar en la Edad Media dominio dividido, entendiéndose por tal la desintegración del derecho de propiedad producida como consecuencia de la atribución separada de los distintos aprovechamientos de que son susceptibles de producir las fincas, tales como el arbolado, la siembra o los pastos; razón por la cual se dice que en ellas nunca puede faltar la idea de parcialidad en relación a la cosa física sobre la que inmediatamente recae el derecho, ni la de dependencia recíproca con relación a los restantes aprovechamientos⁶⁴. Y aunque son razones de utilidad las que justifican la pertinencia del retracto, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo, ha incurrido en una calificación a todas luces desafortunada al aplicar el retracto de comuneros, pues lo ha hecho unas veces fun-

⁶² Desde la perspectiva del demandante, la sentencia de 11 de marzo de 1991 (R. A. 2210) desestimó la aplicación del retracto por carecer el actor de la condición de comunero, al haber vendido previamente su parte indivisa con cláusula de reserva de dominio, lo que acredita, según el tribunal sentenciador, su intención de romper su vinculación con la comunidad. La razón que se aduce para justificar semejante proceder es que los retractos deben ser interpretados en términos de rigor.

⁶³ La sentencia de 23 de julio de 1991 (R. A. 5574) declaró improcedente el retracto de comuneros por faltar la condición de extraño en el demandado, al haber adquirido previamente otra parte indivisa de la finca.

⁶⁴ Vid. CORRAL DUEÑAS: «La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura», *Actas del Primer Congreso Internacional de Derecho agrario en Extremadura*, Badajoz, 1987, pág. 141; POVEDA MURCIA: «Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 164, y GARCÍA AMIGO: «Condominio *pro diviso* o propiedad separada», *Revista de Derecho Privado*, 1974, pag. 177.

dado en que existe verdadero condominio entre el dueño del suelo y el del arbolado y otras en que los aprovechamientos separados integran una relación jurídica análoga a la copropiedad⁶⁵. Sin embargo, en el caso que nos ocupa quiebra la asimilación invocada, pues a la misma se opone la unidad e indivisión del objeto del derecho en el que radica la comunidad de bienes, de cuya nota carece el supuesto estudiado, ya que en ellos cada titular tiene un derecho exclusivo a un aprovechamiento, cuyo disfrute no se comparte con los titulares restantes aunque todos ellos concurren sobre la misma finca. Falta, por lo tanto, el punto de referencia indispensable para la utilización de las disposiciones previstas en sede de copropiedad. De ahí que, como ha hecho notar el Profesor DE LOS MOZOS, esta línea jurisprudencial no hace sino confundir *el principio inspirador del retracto de comuneros, que es común a otros retractos legales, con su configuración técnica diversificada en aquél y en sus figuras afines*, cuyo núcleo central está constituido por el retracto enfiteúatico⁶⁶. En consecuencia, será éste y no aquél el aplicable a tales situaciones, conforme a lo dispuesto en el ya citado artículo 1655 del C.c., dada la remisión que hace a la disciplina de la enfiteusis para la regulación de las situaciones análogas a la misma.

Sin embargo, será improcedente el ejercicio del retracto cuando el aprovechamiento de que se trate recaiga sobre finca de ajena pertenencia, ya que en tal hipótesis constituye una carga del dominio que en algunos casos viene a responder al contenido de una servidumbre personal, estando, por ende, ante un nítido ejemplo de coexistencia del derecho de propiedad con un derecho real limitado. Y el retracto resulta excluido, incluso, aunque exista una comunidad de disfrute entre los titulares del mismo, porque en este último caso la comunidad no recae sobre la finca, sino sobre los pastos, las leñas o los aprovechamientos de que se trate. En este sentido ha resuelto la sentencia de 26 de junio de 1976⁶⁷.

⁶⁵ En este sentido resolvieron las añejas sentencias de 20 de enero de 1880 (*Jurisprudencia civil*, tomo 43, Madrid, 1880, págs. 67 y ss.), 12 de julio de 1881 (*Jurisprudencia civil*, tomo 47, Madrid, 1883, pág. 122), 9 de marzo de 1893, 9 de julio de 1903 y 9 de mayo de 1922. La reciente sentencia de 18 de marzo de 1992 (A. C. N.º 31, R. 751) consideró improcedente la aplicación del retracto arrendaticio rústico interpuesto por el actor, habida cuenta de que la relación que *une a los demandantes de la finca cuestionada, es la de simple cesión de un aprovechamiento secundario, de aquellos que aparecen definidos en el art. 6-7 de la Ley Especial –y que por disposición legal– queda sujeta a la legislación común y no a la especial.*

⁶⁶ DE LOS MOZOS: «Derechos reales...», op. cit., pág. 596.

⁶⁷ Sentencia de 26 de junio de 1976 (*Jurisprudencia civil*, Madrid, 1978, pág. 527): *Tales facultades limitativas de aprovechamientos no comportan una comunidad ordinaria o propia, porque es indudable que las comunidades de vecinos demandantes ostentan la titularidad de aquellas facultades de aprovechamiento, meramente limitadas de la propiedad, que pertenece exclusivamente a otra persona, lo cual excluye la existencia no sólo de la verdadera comunidad de bienes; según definición*

Pero tampoco procede aplicar el retracto de comuneros a la sociedad de gananciales en liquidación cuando alguno de los cónyuges, el cónyuge superviviente o los herederos del premuerto, enajenen el derecho que tienen en la misma, ya que su naturaleza jurídica no varía tras la disolución, pues la denominada comunidad postganancial sigue versando sobre un patrimonio carente, en este caso, de un fin estable y no sobre bienes determinados, aproximándose en este sentido a la comunidad hereditaria. Por ello entendemos con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que dada la remisión ordenada en el artículo 1410 a las normas reguladoras de la partición y liquidación de la herencia, entre las cuales se halla ubicado el artículo 1067 del C.c., el retracto deberá regirse por las reglas previstas para el de coherederos⁶⁸.

2. El retracto de coherederos

Este retracto constituye un subtipo del de comuneros, del que, no obstante, se separa en la naturaleza jurídica de la comunidad en que se funda, así como en su plazo de ejercicio y forma del cómputo del mismo.

Por lo que dice relación a la primera cuestión, dicho retracto se basa en el estado de indivisión generado por la comunidad hereditaria, cuya especialidad reside en la indeterminación de partes, pues, en tanto no tenga lugar la partición de la herencia los coherederos no pueden alegar un derecho concreto y determinado sobre los singulares bienes hereditarios⁶⁹. Por ello su ejercicio sólo procede durante el estado de indivisión originado por la existencia de una pluralidad de herederos. Ahora bien, el título hereditario puede generar después de la partición y adjudicación de la herencia un condominio ordinario cuando alguno de los bienes hereditarios se adjudique a varios coherederos, en cuyo caso habrá de regirse por las reglas del retracto de comuneros.

El principal problema que plantea este retracto es el relativo a la legitimación activa, porque si bien es cierto que su titularidad se otorga al heredero, tanto cuando acepta pura y simplemente o a beneficio de inventario, como cuando ha sido instituido bajo condición, sea suspensiva o resolutoria, por aplicarse

del artículo 392 del C.c., esto es, de aquella forma de propiedad en la que todo es de todos y para toda clase de usos y derechos, sino también en el sentido más estricto en que pudiera entenderse copropietarios, a efectos del retracto, a todos los que tuvieran sobre la cosa derechos dominicales, aunque fuera con separación unos de otros, como ya declaró la sentencia 20 de marzo de 1929.

⁶⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pág. 288. De la misma opinión participa DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Comentarios del Código civil*, tomo I, Madrid, 1991, pág. 2506.

⁶⁹ LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil III*, vol. II, Barcelona, 1980, págs. 289-290.

el régimen propio de éstas, no lo es menos que determinadas figuras han suscitado enconadas disputas doctrinales, como sucede con la del legatario de parte alícuota, la del cónyuge viudo y la del adquirente o cesionario de la herencia.

Con respecto a la primera creemos que la solución depende de la naturaleza jurídica atribuida a su derecho, de suerte que sólo podrá ejercitarlo si se le considera titular de una cuota del activo líquido, en el sentido bien entendido de resultar afectado por las deudas de la herencia aunque no le obliguen personalmente, pues en este caso tendrá la consideración de cotitular, pero no si se le concibe como mero acreedor de los herederos⁷⁰.

En cambio, no parece gozar de legitimación el cónyuge viudo por razón de su cuota usufructuaria, porque aparte de ser un sucesor a título particular, si los herederos pueden desinteresarle de la herencia asignándole una renta vitalicia o un capital en efectivo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 839 del C.c., siquiera sea procediendo de común acuerdo o en virtud de mandato judicial, con mayor razón podrán impedir que ingrese de manera distinta y más intensa en la comunidad hereditaria⁷¹. Sin embargo, estará legitimado el adquirente de una parte indivisa de la herencia, aunque el mismo retraerá no como heredero, pues no asume dicho título con la cesión, sino como partícipe en la herencia en lugar del coheredero.

Pasivamente legitimadas estarán todas las personas ajenas a la comunidad hereditaria, reuniendo en concreto dicha condición, entre otros, el repudiante y cedente de la herencia⁷², los arrendatarios de los bienes hereditarios⁷³, los acree-

⁷⁰ En este sentido se pronuncia la generalidad de la doctrina. Vid. VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código civil español y Compilaciones forales*, tomo XIV, vol. 2.º, Madrid, 1989, pág. 431; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO: *Colisión entre derechos de adquisición preferente*, Barcelona, 1978, págs. 61-62, y DE LA CÁMARA: *Comentarios del Código civil*, op. cit., pág. 2504, si bien este último autor entiende que en concurrencia con otros herederos éstos serán preferidos, atendidas no sólo la dicción del artículo 1067, sino también su posición asumida.

⁷¹ En este sentido se manifiestan, LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil V, Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1988, pág. 201; VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil*, op. cit., págs. 433-434, y DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO: «Apuntes en tema de enajenación de herencia», *Revista de Derecho Privado*, 1967, pág. 397. Sin embargo, MANRESA-BLOCH: *Comentarios al Código civil*, tomo X, vol. I, 6.ª edc., Madrid, 1969, págs. 812-813, y DE LA CAMARA: *Comentarios del Código civil*, op. cit., pág. 2505, implícitamente le consideran activamente legitimado al negar su condición de extraño, lo que el último de los autores citados hace extensivo, incluso, al usufructuario de una herencia.

⁷² Así, DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO: «Apuntes...», op. cit., pág. 397.

⁷³ Según la sentencia de 7 de enero de 1944 (R. A. 229), *la palabra extraño está usada en los mencionados artículos 1067 y 1522 por oposición a partícipes en la cosa común, comprendiendo por tanto a los arrendatarios que no sean condóminos.*

dores de la herencia y cuantos tengan individualizados sus derechos en ella, como acontece con los legatarios, con los donatarios y con los instituidos *ex recerta*⁷⁴.

El ejercicio de este derecho debe hacerse en el plazo de un mes contado desde que la enajenación se les haga saber, con lo que el legislador indirectamente impone la obligación de notificar, a diferencia de lo que ocurre en el retracto de comuneros y en el de colindantes.

3. *El retracto de colindantes*

Al retracto de colindantes se refiere el art. 1523. Como ya anunciamos momentos atrás, la figura surgió *ex novo* en el Código civil con una laudable finalidad de política agraria tendente a eliminar el minifundio, pues según la Exposición de Motivos de su edición reformada se trataba de evitar el excesivo fraccionamiento de la propiedad rústica con el objeto de hacerla más rentable y productiva. Razón por la cual se ha dicho que, aún cumpliéndose todos los requisitos legales, la demanda puede ser desestimada si con su ejercicio se consigue un resultado contrario o distinto al querido por la norma, como acontece cuando se ejercita con fines crematísticos o se pretende dar al predio un destino distinto del agrícola, ya sea industrial o urbano. En este sentido cabe destacar las declaraciones contenidas en las sentencias de 31 de mayo de 1959⁷⁵, 19 de octubre de 1981⁷⁶ y 23 de febrero de 1982⁷⁷, en las que el Tribunal Supremo desesti-

⁷⁴ Vid. en el mismo sentido, DE LA CAMARA: *Comentarios al Código civil*, op. cit., pág. 2506.

⁷⁵ Sentencia 31 de mayo de 1959 (R. A. 2909): *Ya que la finalidad del de colindantes, tendente a la evitación del minifundio, es de tipo primordial y esencialmente agrícola, incorporando a una heredad, en plan de un ininterrumpido y efectivo laboreo, la pequeña parcela de tierra, también destinada al cultivo, que se intenta retraer; con lo cual, una y otra finca continuaron dedicadas a la agricultura, como lo estaban, siendo éste el único fin para el que la ley faculta al retrayente para su adquisición; finalidad agrícola que, según de autos se desprende, es de entender con sobrado fundamento, como estima la sentencia recurrida, que no fue aquí, precisamente, la perseguida, sino más bien la de obtener los terrenos de los demandados, a pretexto del retracto, para poder venderlos, con mayor provecho en su día, como venía haciéndolo con otros de su propiedad, cuya enajenación, en plan de solares y cada vez a mejores precios, venía aquél realizando; es decir, persiguiendo un lucro futuro, mediante su venta, y no, como era debido en plan de un posible aumento de la producción agrícola, con mejor aprovechamiento de las tierras y reducción de los costes de entretención, al reunir en una misma explotación ambas fincas; ya que del dictamen pericial aparece que, desde tal punto de vista agrícola, suponía mayor beneficio el no haber vendido al retrayente la serie de parcelas que enajenó como solares, que adquirir la finca objeto del presente retracto, lo cual acredita que no fue la finalidad agrícola la intentada por el actor.*

⁷⁶ Sentencia 19 de octubre de 1981 (R. A. 3807): *La finca objeto de litis no cabe entender respondona a los fines y resultancias reales y prácticas a las que obedece el retracto de colindantes o asurcanos –denominación, quizá, más acorde a la institución–.*

⁷⁷ Sentencia 23 de febrero de 1982 (R. A. 788): *El pretendido retracto es contrario a la finalidad esencial que persigue el de colindantes, que no es otra, que el de reconstruir la propiedad rústi-*

mó los recursos interpuestos por resultar en todos ellos el retracto contrario a la finalidad esencial perseguida por el instituto. En el primer caso la negativa se funda en la finalidad meramente especulativa pretendida por los retrayentes, la cual se presume de su conducta anterior, consistente en la venta de solares a precios cada vez más elevados. En el segundo se alegan parecidos motivos, pues se basa en que la incorporación de la nueva finca sólo reportaría un beneficio particular al retrayente, dado el diverso destino que podía darse a la finca litigiosa. En el tercero se adujo que el retracto no reportaba ninguna ventaja económico-social, ya que su admisibilidad hubiera dado lugar a la ruptura de la unidad de explotación o cultivo.

Destacada la primacía del factor teleológico, del que da buena prueba la rígida aplicación jurisprudencial de las reglas de hermenéutica legal, sancionadas en el art. 3-1 del C.c., menester es abundar en los presupuestos de ejercicio del derecho.

En primer lugar se requiere que sendas fincas, la retraída y la retrayente, sean rústicas, pero el art. 1523 del Cc. no determina qué ha de entenderse por tales. Para solucionarlo la jurisprudencia ha resuelto con arreglo a los siguientes parámetros: el de la situación o emplazamiento, el del aprovechamiento o destino y el de la accesoriedad, bien aplicando la regla de dependencia o la de preponderancia, en caso de concurrir rasgos propios de los rústicos y urbanos⁷⁸. Pero estos criterios han sido completados con otros módulos como son el del valor de la finca en venta⁷⁹, el de la proximidad a la carretera, así como los resultantes de la aplicación de la ley de arrendamientos rústicos⁸⁰. Ahora bien, si el recurso a dichos criterios se impuso como consecuencia de la ausencia de definiciones legales en torno a lo que debía de entenderse por finca rústica en el orden agrario, en la actualidad dichos criterios por sí mismos no bastan, ya que tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho interno se han adoptado definiciones en este ámbito. Por ello en lo sucesivo deberán cohonestarse con la exigencia de que la finca se incardine en una explotación agraria, entendiendo por tal, según el art. 2 del R. D. 1887/1991, de 30 de diciembre, *el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, pri-*

ca agrupando y uniendo los predios minifundistas y de ello deriva que tal retracto fue establecido en beneficio primordialmente del interés público y social, antes que del puramente privado de los particulares, puesto que tiende a que dicha propiedad, prácticamente inservible o de escaso rendimiento, pueda ser elemento de producción con más eficacia.

⁷⁸ Vid. por todas la sentencia de 14 de noviembre de 1991 (R. A. 8114).

⁷⁹ Vid. sentencia de 6 de noviembre de 1947 (R. A. 1216).

⁸⁰ Sentencias de 4 de marzo de 1960 (R. A. 1229), 12 de febrero de 1972 (R. A. 631), 4 de noviembre de 1977 (R. A. 4556) y 14 de octubre de 1978 (R. A. 3075).

*mordialmente con fines de mercado, y que constituya en sí misma una unidad técnico-económica caracterizada por la utilización de unos mismos medios de producción*⁸¹.

En segundo lugar es necesario que la finca retraída no exceda de una hectárea. Dicho límite fue impuesto en la segunda edición del Código civil como consecuencia de la adopción de una fórmula transaccional entre las medidas propuestas, que oscilaban entre las dos hectáreas a que se refería la redacción originaria del art. 1523 y la media hectárea de la que eran partidarios algunos parlamentarios.

En tercer lugar debe existir colindancia entre las fincas implicadas, razón por la cual es improcedente su ejercicio cuando haya una destacada individualización de las fincas por la existencia de accidentes tales que interrumpan la superficie contigua⁸², a cuya idea responde la disposición contenida en el párrafo 2.º del artículo 1523, en aplicación de la cual el Tribunal Supremo ha declarado, no obstante, que los accidentes físicos sólo tienen transcendencia cuando verdaderamente sean constitutivos de una servidumbre aparente, habiendo negado, finalmente, tanto que merezca la condición de servidumbre el camino por el que sólo puede pasarse con permiso o tolerancia del retrayente⁸³, como que constituya accidente de separación una acequia que se halle dentro de la finca retrayente⁸⁴.

Concurriendo los presupuestos vistos, la legitimación activa se otorga al propietario, aunque en este ámbito se ha impuesto por vía jurisprudencial, la exigencia de que además sea cultivador directo, cuya orientación data de la sentencia de 29 de octubre de 1985, la cual inadmitió el retracto con base en que el caso de autos no se cumplía por el retrayente la finalidad de extinguir minifundios inexplotables por tener cedida la finca a tres colonos o aparceros distintos⁸⁵.

⁸¹ En parecidos términos ha sido definida por la decisión emitida por la Comisión Europea de 26 de octubre de 1989 (*Diario oficial de las Comunidades europeas*, 30-12-1989, n.º L 391/3), según la cual por explotación agraria ha de entenderse *la unidad técnico-económica sometida a una gestión única y que produzca productos agrarios*, cuyo concepto se perfila con arreglo a los tres siguientes criterios: 1.º Producción de productos agrícolas. 2.º Gestión única aun cuando se ejerza por varias personas en común. 3.º Unidad técnico-económica sometida a una gestión única caracterizada generalmente por la utilización en común de la mano de obra y de los medios de producción.

⁸² La sentencia de 22 de enero de 1991 (R. A. 307) determinó la improcedencia del retracto de colindantes, habida cuenta de que la colindancia sólo se produce en algunos puntos, como consecuencia de la existencia de una finca intermedia perteneciente al mismo dueño que la retraída.

⁸³ Sentencia 8 de mayo de 1956 (R. A. 2413).

⁸⁴ Sentencia 2 de octubre de 1959 (R. A. 3654).

⁸⁵ Sentencia 29 de octubre de 1985 (R. A. 5090): *No se advierte la presencia de la finalidad de extinguir minifundios inexplotables si (...) la parte retrayente explota la finca de su propiedad y que sirve de soporte a la acción retractual, mediante tenerla cedida a tres colonos o aparceros distintos.*

Dicha doctrina ha sido posteriormente acogida en la sentencia de 14 de noviembre de 1991, al resolver que *la carencia de la cualidad de agricultor ya bastaría por sí sola para hacer ineficaz su pretensión*⁸⁶.

Pero si bien es cierto que de esta doctrina se desprende la improcedencia del retracto cuando sobre la finca retrayente se hayan constituido otros derechos, reales o personales, que impidan al propietario su cultivo directo, no lo es menos que en modo alguno se puede generalizar dicha afirmación, por cuanto ello equivaldría a frustrar su finalidad si el propietario retrayente tiene, por ejemplo, un único arrendatario, pues ¿no sigue siendo un objetivo de política jurídica deseable incrementar la dimensión de la explotación agraria minifundista, aunque no la lleve personalmente (por el momento) su propietario? En otras palabras, si la *ratio* del precepto es la lucha contra el minifundio, la exigencia del cultivo directo por aquél es un cuerpo extraño a la norma, por ello cada caso habrá de ser casuísticamente examinado a la luz de aquélla.

Por lo que dice relación a la regla adoptada para la resolución de los conflictos suscitados por la colisión de titulares, ésta no es la de la proporcionalidad, característica del de comuneros y coherederos, sino la de la preferencia en consonancia tanto con el principio de indivisibilidad de este derecho como con la unidad del objeto retraído, otorgándose al titular de la finca retrayente de menor extensión, y, en caso de ser iguales, a quien primero lo solicite en aplicación de la regla *prior tempore potior iure*.

4. La prelación enfiteútica

Finalmente, en los artículos 1636 a 1642 se regula en régimen de reciprocidad la prelación enfiteútica con el objeto de lograr la consolidación del dominio, cuya peculiaridad reside frente a los restantes tipos, no sólo en que se concede la posibilidad de hacerla efectiva en una fase previa, denominada tanteo, sino también en que dicho derecho se otorga cumulativamente con el retracto.

Para el ejercicio del primero se impone la obligación legal del preaviso, a partir del cual se computan los veinte días señalados al efecto, aunque su incumplimiento lejos de sancionarse con la nulidad, produce como único efecto hacer más dilatorio el término previsto para el ejercicio del retracto, al permitirlo en el plazo de un año contado desde la inscripción en el Registro, abriendo la vía, por lo tanto, al llamado plazo extraordinario⁸⁷.

⁸⁶ Sentencia 14 de noviembre de 1991 (R. A. 8114).

⁸⁷ En parecidos términos se expresan SCAEVOLA-RODRÍGUEZ ARIAS: *Código civil*, tomo XXIV, 2.ª edc., Madrid, 1951, pág. 563.

Sin embargo, las reglas anteriores no rigen en las ventas judiciales en las que el preaviso se sustituye por la publicidad derivada de los edictos para la subasta, su plazo de ejercicio es el fijado en ellos para el remate y el precio a satisfacer por el tanteante el que sirva de tipo para la subasta. Criterios que no rigen, en cambio, en las subastas extrajudiciales por no estar incluidas en la letra del artículo 1640, aunque en ellas concorra la misma razón de publicidad⁸⁸.

Ahora bien, dada la coexistencia de ambos derechos, el no ejercicio del tanteo, cumplido el preaviso, no entraña renuncia al retracto, cuya peculiaridad reside en el cómputo del plazo de los nueve días previstos al efecto, el cual es variable en función de que haya habido o no ocultación de la escritura pública de venta, ya que mientras en este último caso se cuenta desde el otorgamiento de la misma, en el primero se inicia a partir de la inscripción en el Registro. A este respecto se establece la presunción *iuris tantum* de ocultación cuando la escritura no se presenta en el Registro dentro de los nueve días siguientes al de su otorgamiento⁸⁹. Con ello se ha otorgado firmeza a la ambigua expresión consignada en la Ley Rituaria, que sentaba la presunción de ocultación cuando la venta no se inscribía oportunamente en el Registro.

Todo lo cual nos permite concluir que el retracto enfiteútico goza de una fuerza preferencial frente a los restantes tipos retractuales, no sólo por tener a su favor una fase adquisitiva previa, respecto de la cual mantiene en todo caso su independencia, sino también por ostentar el primer rango en la prelación, como lo corrobora el art. 1642 del C.c., al anteponerlo al retracto de comuneros sobre la base de que es más urgente erradicar la desmembración dominical que la enfiteusis entraña, que poner fin a los estados de indivisión, para lo cual el legislador ha arbitrado como instrumento complementario la llamada *actio communi dividundo*.

⁸⁸ En el mismo sentido se pronuncian MANRESA-BLOCH: *Comentarios al Código civil*, tomo XI, 6.ª edc., Madrid, 1972, págs. 175-176; CASTÁN-PASCUAL MARÍN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol II, 14.ª edc., Madrid, 1988, pág. 309, y BADENES: *la preferencia adquisitiva*, op. cit., pág. 96.

⁸⁹ Como ya dijeran SCAEVOLA-RODRÍGUEZ ARIAS: *Código civil*, op. cit., pág. 567, habrá ocultación cuando la enajenación se haga en documento privado, porque en tal hipótesis la transmisión carece de publicidad, *lo que hace que sea de fácil ocultación a las miradas fiscalizadoras de los interesados en el retracto*. Además, hay que tener en cuenta que en semejante supuesto no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, y que a dicho resultado conduce lo ordenado en el artículo 1638 del C.c., pues, al tomar como referencia para determinar el *dies a quo* del otorgamiento de la escritura, implícitamente está excluyendo el documento privado. Este criterio aparece, finalmente, corroborado por lo dispuesto en el artículo 1280 del mismo texto legal, al imponer la exigencia de que consten en documento público *los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles*.