

## **TANTEO Y OPCION. FRUSTRACION DEL INTERES DEL TITULAR DEL DERECHO**

**(Comentario a la STS. Sala 1.ª - 24 de octubre de 1990)**

**ANA CAÑIZARES LASO**

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

“Móvil Oil de Canarias” y “Cooperativa Industrial de Automóviles de Servicio Público San Cristóbal” realizan, en documento privado el día 1 de junio de 1978, un contrato en el que se incluye una cláusula, en virtud de la cual se pacta que la Cooperativa notificaría la venta para que Móvil Oil pudiese adquirir la finca en las mismas condiciones en que pudiese adquirirla cualquier persona. Posteriormente la mencionada Cooperativa, vende en escritura pública de 15 de noviembre de 1984 a don Tomás Guillén (que en representación de la Cooperativa había otorgado el primer contrato) la citada finca. Seguidamente D. Tomás y ESSO, S. A. conciertan un préstamo hipotecario y derecho de superficie a favor de esta última. La entidad “Móvil, S. A.” empresa absorbente de “Móvil Oil, S. A.” interpone demanda sobre reclamación de cantidad contra D. Tomás, Cooperativa Industrial de Automóviles San Cristóbal y ESSO, S. A.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia confirma la sentencia, y el Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos presentados por la Cooperativa y D. Tomás de una parte y ESSO Española de otra.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

“PRIMERO.—La sentencia recurrida, estimatoria en parte de la demanda presentada por la “Compañía Móvil, S. A.” contra la Sociedad Cooperativa Industrial San Cristóbal, Don Tomás Guillén Hernández y la entidad “Esso Española, S. A.”, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia, declara: A) La validez del contrato de opción en documento privado de fecha 1 de junio de 1978; B) Que la demandada Cooperativa ha incumplido sus obligaciones que tal contra-

to imponía y viene obligada a reponer a la demandante en la situación anterior al incumplimiento; C) Por tal incumplimiento, los demandados han de indemnizar solidariamente a la actora los daños experimentados; D) Que la actora tiene derecho de preferente adquisición sobre la finca n.º 3 de las que se enumeran en la escritura de división horizontal de 11 de enero de 1984, y ello en las mismas condiciones en que pudiese adquirirla cualquier persona, tal y como se pactó en la cláusula 5.ª del contrato de 1.º de junio de 1978, esto es, en las condiciones y precio que se contienen en la escritura de venta de la Cooperativa demandada al codemandado señor Guillén; E) Consecuentemente, se acuerda la nulidad de dicha escritura de compraventa de 15 de noviembre de 1984 por la que la Cooperativa vendió al Sr. Guillén dicha finca n.º 3 por el precio de 5.077.874 ptas., y los actos posteriores que haya realizado el comprador respecto a dicha finca, muy singularmente la hipoteca concertada con la codemandada Esso Española, S. A. y la cesión de superficie operada a favor de ésta, y consiguientemente procede decretar la cancelación de cuantas anotaciones o inscripciones registrales hayan podido producir tales escrituras. F) Se obliga a la Cooperativa a vender la mencionada finca n.º 3 a la entidad actora en el mismo precio por el que la vendió al codemandado Sr. Guillén. Se acuerda también se fije en ejecución de sentencia.

**SEGUNDO.**—*Contra esta sentencia, cuyo fallo se ha extractado en el apartado expuesto, formulan sendos recursos de casación la demandada Esso Española, S. A. y don Tomás Guillén Hernández, conjuntamente con la Cooperativa Industrial de Automóviles del servicio público San Cristóbal. Figura también como recurrente con D. Tomán Guillén su esposa doña Olimpia Díaz Ramos. El primero de estos recursos, basado en diez motivos, formula el primero al amparo del n.º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento alegando la excepción de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la citada doña Olimpia al mismo tiempo que su esposo. Como datos facticos básicos de este motivo la Sala de instancia consideró probado que: a) dicha señora no intervino en la escritura de venta de 15 de noviembre de 1984 que hizo la Cooperativa San Cristóbal a don Tomás Guillén del inmueble en que se ubica la estación de servicio que desde hacía largos años había instalado en él la entidad demandante. En esta escritura adquirió don Tomás una superficie de 213,72 metros cuadrados que le transmitía la vendedora. b) Que si bien en la escritura de 3 de diciembre de 1984, de préstamo hipotecario, que constituía el mismo recurrente don Tomás Guillén, compareció su esposa que prestó su consentimiento, sin embargo a lo largo de toda ella actúa únicamente el llamado "propietario", es decir, el Sr. Guillén, y lo mismo puede observarse en la escritura de la misma fecha sobre constitución de derecho de superficie y cesión de industria que hizo el Sr. Guillén a favor de la recurrente Esso Española, S. A. c) Muy significativo es que el contrato en documento privado de 1 de junio de 1978, en la que también interviene el Sr. Guillén como representante de la Cooperativa expresada, documento que es el origen de la litis y fundamental en ella pues allí consta un derecho de opción cuyo ejercicio se efectúa en este pleito por la entidad ahora recurrida, en tal documento no intervino la esposa doña Olimpia Díaz Ramos. De esta base de hecho no deriva como necesario que hubiera de intervenir en la litis como parte principal la citada señora: en cuanto es ajena a la constitución de un derecho de opción que fue lo que originó este pleito. De modo que de los diversos pronunciamientos del fallo impugnado, únicamente podrían afectar a doña Olimpia el relativo a la nulidad de la escritura de constitución de hipoteca y de de-*

recho de superficie; en las que, sin embargo, no hace más que ostentar una intervención “formal”, ya que el actuante y declarante en ella fue únicamente D. Tomás Guillén. Y en esos casos es evidente que no ha soportado indefensión alguna, en primer lugar porque a través de una demanda de nulidad, y sobre todo en el presente recurso de casación, que se formula también a su nombre al mismo tiempo que en el de su esposo, ha desplegado ampliamente su defensa en juicio sin que en ningún caso puede considerarse indefensa. Por último, le quedaría siempre el ejercicio de las acciones correspondientes para oponerse a la actuación de su esposo en cuanto perjudicial para sus derechos, en el aspecto, parcial, como se ha visto, en que le afectase lo que se ha discutido en la litis.

**TERCERO.**—La figura del litis consorcio pasivo necesario, de construcción jurisprudencial, no juega en los casos en que la esposa no intervino (el principal punto litigioso debatido), aunque sea distinto en acciones de otra naturaleza en que pueda resultar perjudicada, y no lo es presumiblemente cuando ha litigado en todo momento el marido defendiendo intereses comunes y con el mismo interés, como se deduce de las sentencias de esa Sala de 4 de abril de 1988 y 13 de abril de 1989. Y como el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos, sino que ambos pueden obligarse individualmente y responden con sus respectivos bienes, es evidente que opera en contra del litis consorcio pasivo aducido la circunstancia de no haber obstáculo alguno para que, si la esposa lo estima conducente a su derecho, pueda ejercitar, como ya se dice, las acciones correspondientes; sin que la sentencia recaída interviniendo sólo su marido produzca excepción de cosa juzgada, dado que faltaría en todo caso la identidad de la persona, requisito esencial para dicha excepción. En definitiva, al no resultar conculcada la doctrina que se expone, entre otras, en las sentencias de esta sala de 9 de abril, 31 de octubre y 4 de noviembre de 1985, 20 de enero de 1989 y del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1986, pues en todo caso se ha preservado a favor de las personas el derecho a la tutela judicial efectiva, el motivo examinado ha de ser desestimado.

**CUARTO.**—El segundo motivo de este recurso, con idéntico amparo procesal, acusa la infracción por no aplicación de los artículos 1508 del Código Civil, en relación con los 1091, 1255 y 1278 del propio Código, y 1618, n.º 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este motivo la parte recurrente parte de que se ejercita por el actor una acción de retracto convencional, sin que se haya seguido el juicio especial prevenido para tal derecho, ni se haya consignado el precio de la cosa enajenada. Se observa de este motivo, y en otros varios, que la recurrente identifica y asimila el derecho de opción, que es lo discutido en esta litis, con el derecho de retracto; lo que es totalmente inadmisibile y por tanto no puede aplicarse al derecho de opción la doctrina científica o jurisprudencial desarrollada sobre el derecho de retracto. De ahí el rechazo de este motivo, puesto que el derecho de opción, de naturaleza jurídica personal, es un contrato principal, pues no puede sostenerse que se halle subordinado a la declaración de voluntad del optante manifestándose conforme con los términos de la oferta, ni puede decirse que sea una mera cláusula de otro contrato, aunque en el caso debatido se incluya materialmente en otro contrato. Además, la opción origina un contrato unilateral, pues sólo crea para el concedente la obligación de mantener su oferta y para el optante el derecho de aceptarla o dejarla caducar. Pero en su fase evolutiva posterior, realizada la opción positiva en el plazo señalado, se torna en bilateral, puesto que el optante asume ya las obligaciones derivadas de la oferta (pago del precio, recepción de la cosa, etc.). Es, por

último un contrato consensual, creador a favor del optante de un mero derecho obligacional. Características que, junto a otras e incluso por sí solas, son suficientes para no confundir la opción contractual con el derecho real de retracto en cualquiera de sus variedades. Por todo ello fue acertado que la sentencia recurrida no aplicase las normas que este motivo estima infringidas. La Sala, en función de interpretación jurídica, llega a esa conclusión coincidente con la denominación clara que las partes dan a la cláusula 5.ª del contrato expresado, es decir coincidiendo con ella al calificar este derecho como de opción, en ningún caso de retracto.

QUINTO.—El tercer motivo de la entidad Esso Española, con el mismo apoyo procesal, acusa la no aplicación del art. 1115, inciso 1.º del Código Civil, y sostiene que como en la cláusula 5.ª del contrato de 1 de junio de 1978 se deja al arbitrio del deudor el cumplimiento de la opción que se establece, tal cláusula es nula. El motivo merece total rechazo, porque no se trata evidentemente de una obligación “condicional”, sino, como ya se deja dicho, de la constitución de un derecho personal de opción, en el que es consustancial conceder al favorecido (no al deudor, como el motivo dice) el derecho a concluir un contrato, aceptando, a través de voluntad unilateral, las condiciones de la oferta. Por consiguiente, no cometió infracción alguna la Sala “a quo”, al no aplicar el art. 1115 invocado.

SEXTO.—El motivo cuarto de este primer recurso, con el mismo apoyo procesal, acusa la no aplicación del art. 1257, primer inciso del Código Civil en relación con los artículos 1101 y 1107; basándose en que la recurrente Esso Española, S. A. no fue parte en el contrato de 1 de junio de 1978, respecto a cuyos acuerdos es un tercero de buena fe; por otra parte, viene a sostener que al tratarse de una opción no inscrita en el Registro de la propiedad no puede perjudicar a tercero, siendo los únicos implicados los contratantes entre los que no figura la ahora recurrente. Es de observar que la fuerza obligatoria de los contratos, relatividad de lo acordado en ellos, afecta generalmente sólo a los contratantes y sus herederos; pero ya de antiguo (sentencia de 14 de mayo de 1928) se declaró que también obliga el contrato al sucesor a título particular de los contratantes y en general a los adquirentes de los derechos de éstos, y también se ha declarado que el tercero ajeno al contrato no puede impugnar en juicio su validez o ineficacia (sentencia de 25 de febrero de 1984), contrariamente a lo que en el anterior motivo dice, en su criterio de ajena al contrato, la entidad recurrente. Más es de tener en cuenta que siendo admitido que tal entidad adquirió derechos de quienes allí intervinieron en concepto de propietarios del inmueble cuya opción de compra se concedió a la recurrida, derechos adquiridos a través de la escritura de cesión de industria y derecho de superficie, es claro que le afecta el contrato y sus efectos, pues, como declararon las sentencias de 17 de diciembre de 1959, 9 de febrero y 5 de octubre de 1965, el contratante a título particular, como lógica consecuencia de la relatividad de los contratos, ha de soportar los efectos de los que celebró con anterioridad quien le transmitió el derecho adquirido, sin que sea obstáculo dicha relatividad para que en otro aspecto pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, entre los que está la actual recurrente, que ha de soportar los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella, por lo que no puede reputársele tercero en el orden civil. Por tanto, este motivo decae igualmente.

SEPTIMO.—Si la entidad recurrente Esso Española, S. A. asume efectos del contrato de 1 de junio de 1978, según se razona en el fundamento anterior, y ello lo actúa en el aspecto sustantivo, es lógico que también los asuma en el aspecto pro-

cesal y por consiguiente no le es aplicable el art. 533, n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de que no concurre a su favor la excepción de falta de legitimación pasiva, puesto que evidentemente tiene “el carácter” con el que se le demanda; expresión de la ley procesal que alude, según la doctrina científica de más aceptación, al aspecto sustantivo de los derechos que se discuten en juicio. El motivo debe, pues, seguir la suerte desestimatoria de los anteriores.

OCTAVO.— Merecen igual repulsa los motivos sexto y octavo, que se formulan al amparo del n.º 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El primero de ellos acusa error de hecho en la apreciación de la prueba, con base en documentos que señala que, como el propio motivo reconoce, han sido examinados por la Sala de instancia, lo que es suficiente para su fracaso, en cuanto que, como se ha declarado con mucha reiteración, la Sala de casación no es Sala de instancia, y ha de admitir la interpretación de los contratos hecha por la sentencia recurrida en tanto no se impugnen, no a través del n.º 4, sino del 5.º del art. 1962 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El motivo octavo alega, con idéntico apoyo procesal, error de derecho en la apreciación de la prueba, y da lugar a un doble reproche para su desestimación: por un lado, enfoca el error de derecho a través del n.º 4 del art. 1692, cuando su cauce procesal adecuado, como con reiteración se ha declarado en la jurisprudencia, es el n.º 5, del propio artículo; por otro lado, es improsperable un error de derecho en cuanto en este caso no se citan, como es preceptivo, los artículos o normas sobre apreciación de la prueba que hayan sido infringidos.

NOVENO.— El motivo 7.º de este recurso, al amparo del n.º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acusa la aplicación de los artículos 434 del mismo Código y 34, párrafo 2, de la Ley Hipotecaria. Razona la recurrente a este respecto que no puede deducirse una actuación maliciosa de la recurrente, que ha ejercitado sus derechos de buena fe. Más es de recordar que la prueba de presunciones judiciales, que se impugna es este motivo en su utilización por la Sala, requiere por una parte partir de unos hechos básicos probados y el que la Sala “a quo” ha decidido (en este caso, la actuación de mala fe o de dudosa buena fe de la entidad recurrente) haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 del Código Civil). Y en este motivo lo que se hace no es combatir este enlace preciso y directo, sino los hechos básicos por conducto procesal equivocado, en cuanto esta Sala tiene muy reiteradamente declarado que la impugnación de los hechos básicos en que la Sala se apoya para establecer sus conclusiones ha de hacerse por conducto ahora del n.º 4 del art. 1692, y antes del n.º 7 del mismo artículo. En definitiva, que no impugnados debidamente los hechos que como probados aceptó la Sala de instancia, este Tribunal Supremo ha de admitirlos como tales; lo que lleva a la desestimación del motivo que se ha examinado, por deducirse de aquellos hechos que la entidad ahora recurrente conocía la situación fáctica precedente y ello la indujo a contratar con sus codemandados en la forma en que lo hizo, causando evidentes perjuicios a la entidad debidamente, aunque no lo cita, el art. 1253 del Código Civil y procedió correctamente al tener en cuenta los otros preceptos invocados en el motivo, aunque no para deducir las mismas conclusiones que la recurrente.

DECIMO.— El motivo noveno de este recurso, con el mismo amparo procesal que el anteriormente examinado, acusa la no aplicación del art. 34 de la Ley Hipotecaria; motivo que se dice complementario del séptimo. Se aduce que la cláusula 5.ª del contrato de 1 de junio de 1978 carece de efectos reales al no haber sido inscrita y que son válidas la constitución de los derechos de superficie e hipoteca

que el señor Guillén otorgó a favor de la recurrente Esso Española, S. A. El motivo, al igual que el séptimo al que complementa, debe decaer por las siguientes consideraciones: a) La Sala de apelación fija unos hechos de los que, al igual que el Juez de 1.ª instancia, deduce que la recurrente citada no actuó de buena fe (fundamento de derecho 5.º); hechos, como ya se indicó, cuya impugnación en este recurso ha fracasado, por lo que hay que considerarlos probados; de ellos se deduce que la recurrente Esso Española conocía los hechos y las transmisiones operadas y que ello aconteció antes de proceder a demoler las instalaciones y publicidad que en el mismo inmueble tenía la recurrida Móbil, S. A.; consta asimismo que ambas entidades (recurrente y recurrida) operan en el mismo negocio comercial, es decir que son competidoras; de todo ello en conjunto se deduce la mala fe de la recurrente Esso Española, S. A. b) Por consiguiente, a los efectos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, le falta el requisito inicial de la buena fe, apreciado no ya sólo por la Sala "a quo", sino también por esta Sala, partiendo de que la mala fe no se presume, pero que como calificación jurídica de conductas y actividades es cuestión de derechos, invariables los hechos que se aprecian, derivada de los factores de hecho que la misma instancia suministre (sentencias, entre otras, de 5 de febrero y 24 de abril de 1962 y 7 de octubre de 1972). c) Tal situación de mala fe a efectos registrales, y también civiles, deriva de este caso de la noticia perfecta de la situación jurídica "extratabular" o de fuera del Registro que tenía la recurrente mencionada, es decir, tanto del objeto de las enajenaciones como de las posibles causas susceptibles de enervar el derecho de su transferente (sentencias de 2 de julio de 1965 y 5 de enero de 1977), el Sr. Guillén, que incumplió lo estipulado en contrato anterior con la recurrida, de lo cual fue informada en tiempo suficiente para poder rectificar su conducta la entidad Esso Española, y no lo llevó a efecto. d) Se deduce, por lo tanto, que la recurrente no puede ser protegida por la fe pública registral, en cuanto las inscripciones no convalidan los actos defectuosos ante situaciones de discordancia del Registro con la realidad jurídica (arts. 33 y 39 de la Ley Hipotecaria); como fue la titularidad transmitida a Esso Española, viciada de los defectos de que adolece la titularidad del transmitente, comprometido con la recurrida a soportar los efectos del ejercicio de un derecho de opción válido y eficaz.

UNDECIMO.—Por último, el motivo décimo del recurso de Esso Española, S. A., con el mismo amparo procesal, acusa la no aplicación del art. 1137 del Código Civil, en relación con el 1902 del mismo Cuerpo legal. Se dice en el motivo que la sentencia hace compatible una responsabilidad contractual con otra extraconceptual en forma solidaria. El motivo también ha de rechazarse, porque: a) Lo debatido en la litis es únicamente los efectos de un contrato de opción; variados efectos, entre los que figura la indemnización de daños y perjuicios por su incumplimiento; por lo tanto, no es acertado estimar que hubo, además, una responsabilidad extracontractual. b) La declaración de solidaridad que hace la sentencia no es con base en el art. 1137 del Código Civil (solidaridad contractual), pues no hay contrato en que se estipulase; pero si se deduce del suplico de la demanda, donde se pide una condena solidaria derivada de la sentencia que la declara, y es conforme con al congruencia procesal del fallo; de igual forma que cuando se pide la condena solidaria al pago de costas, siendo viable entonces, si procede, acceder a dicha condena, como se deduce, entre otras, de la sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 1956). c) En definitiva, no hubo responsabilidad solidaria extracontractual, sino únicamente contractual que la Sala "a quo" consideró justo declarar para mayor ga-

rantía de los perjudicados por la infracción contractual origen de aquella responsabilidad.

**DUODECIMO.**—Pasando al estudio y resolución del recurso de casación interpuesto por la Cooperativa Industrial de Automóviles del Servicio Público San Cristóbal, por D. Tomás Guillén Hernández y doña Olimpia Díaz Ramos, son de examinar en primer lugar los motivos 9.º a 12.º, ambos inclusive, que vienen a plantear lo mismo que el motivo primero del recurso de casación ya examinado: la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la esposa del Sr. Guillén. Se tienen por reproducidos los razonamientos expuestos sobre este punto en los fundamentos de derecho 2.º y 3.º. Además, es de observar respecto del motivo 9.º, donde, al amparo del n.º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se acusa la infracción de los artículos 71, 1375 del Código Civil y 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo siguiente: a) Que no consta que don Tomás Guillén se atribuyese la representación de su esposa, luego no infringió el art. 71 del Código Civil, sino que se limitó a actuar en su propio nombre en negocios de su incumbencia. b) Por otro lado, como declara la sentencia de 5 de mayo de 1983, no pueden fundar su acción de nulidad (en este caso acusar falta de litis consorcio pasivo necesario) los vendedores que podían y debían tener conocimiento exacto sobre el alcance de sus facultades dispositivas en relación al inmueble que transmitieron; supuesto que es el de la cooperativa vendedora y de don Tomás Guillén, al pedir la casación de la sentencia por motivos que dependieron de su conducta persona. c) Según el art. 1382, párrafo 2.º, del Código Civil, “cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción”. Sin olvidar que los gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal y en tanto puede cada uno, según dicho precepto, accionar sobre dichos bienes (sentencias de 4 de diciembre de 1958, 27 de febrero de 1960 y 26 de septiembre de 1988, entre otras). En cuanto al motivo 10.º, ya se razonó que la posición de la esposa en esta litis no ha sido en modo alguno de indefensión; lo que elude la infracción de los artículos 24.1 de la Constitución, 7.3 y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y da lugar a la desestimación de dicho motivo. El motivo 11.º ampara en el n.º 3 del art. 1692, y acusa la infracción de los artículos 238, n.º 3, y 240 de dicha Ley Orgánica; y es totalmente improsperable, en cuanto no aparece que se haya prescindido indefensión, ni, por tanto, procede nulidad de pleno derecho de las actuaciones. Como ya se dijo, doña Olimpia Díaz interviene en este recurso de casación con toda la amplitud que ha tenido por conveniente, ello aparte de las acciones de que se crea asistida que puede ejercitar en el procedimiento correspondiente, en cuanto que los actos que haya realizado su esposo sin su consentimiento son anulables a su instancia, pero no radicalmente nulos, según doctrina reiterada de esta Sala. El motivo 12.º con amparo en el n.º 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, formulado de manera compleja y heterogénea, acusa error de hecho en la apreciación de la prueba, con apoyo en los mismos documentos que la Sala de instancia ya examinó, y por otro lado razona sobre la tutela efectiva de los derechos de la persona, en forma que ha sido ya refutada con anterioridad, por lo que también ha de ser desestimado el motivo indicado.

**DECIMOTERCERO.**—En el motivo primero de este segundo recurso se acusa al amparo del n.º 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, infracción de los artículos 238, 1 y 3, y 248, 3 y 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como del art. 120, apartado 3.º, de la Constitución, relativos a la forma de las resolucio-

nes judiciales. Motivo que ha de ser desestimado, porque es evidente que la resolución recurrida ha seguido estrictamente la forma establecida en la Ley, y, por lo ya dicho, no ha causado indefensión para ninguno de los recurrentes.

DECIMOCUARTO.—El motivo segundo del mismo recurso denuncia con apoyo en el n.º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la infracción del art. 533, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil y 150.4 de la Ley de sociedades anónimas, al causar falta de personalidad en la entidad actora por no haber sido la que actuó en el contrato de 1 de junio de 1978, sino su antecesora “Móvil Oil Canarias, S. A.”, y haber otorgado unos poderes para pleitos que los recurrentes consideran ineficaces. El motivo decae, en cuanto consta la legalidad de la absorción o fusión de sociedades que tuvo lugar a favor de la demandante, sin que nada conste probado en contrario, de modo que, como es evidente, en estos supuestos la nueva sociedad absorbente o resultante de la fusión lógicamente asume las obligaciones y los actos otorgados por la absorbida o fusionada; de otro modo se daría lugar a un evidente fraude que ninguna ley ampara (art. 7 del Código Civil). Por tanto, no cabe discutir la legalidad de la subrogación de la actora en el lugar de su antecesora y la validez de los actos otorgados por esta última, que la absorbente asumió. Así se deduce, además, de los artículos, 112, 1255 y 1258 del Código Civil, en cuanto sería contrario a la buena fe y al orden público que en caso de absorción de una sociedad por otra, la absorbente no respondiese de las deudas y compromisos contraídos por la absorbida.

DECIMOQUINTO.—En el motivo 3.º de este recurso segundo, apoyado en el n.º 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Se acusa la infracción de los artículos 1152, 1256 y 1257 del Código civil. En este motivo, con la prolijidad que caracteriza la exposición que los recurrentes hacen, se examinan desde un punto de vista parcial algunas de las pruebas practicadas en la litis, pero no se dice sustancialmente en qué consisten concretamente las acusadas infracciones de los preceptos invocados. Todo ello, aparte de que la cuestión de una cláusula penal es nueva en la litis al no haber sido objeto de debate, ni de tratamiento en la sentencia recurrida. Para nada se cita el art. 1152 del Código Civil, y en cuanto a la relatividad de los contratos, en el fundamento de derecho 6 de esta sentencia se razona la posición al respecto de los recurrentes, exposición que se da aquí por reproducida. Siendo, por todo ello, de rechazar también este motivo tercero.

DECIMOSEXTO.—El motivo 4.º, también sobre la base procesal del art. 1692, n.º 5, alega la infracción de los artículos 1521 y 1524 del Código Civil y 1618, número 1.º y 2.º y 5.º, del artículo 1518 de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativos todos ellos al ejercicio de la acción de retracto legal; y en relación con este motivo, el motivo 5.º, con idéntico apoyo procesal acusa la infracción también de los mismos artículos del Código Civil y Ley procesal y además la del art. 533.2.º, de la Ley procesal. Ambos motivos son rechazables sin duda alguna por las siguientes consideraciones: a) Se apoyan, a diferencia del otro recurso, en la existencia de un retracto “legal”; base evidentemente errónea porque, como ya se ha razonado, se trata de un derecho razonado, se trata de un derecho de opción derivado de contrato, y no de retracto alguno, legal ni convencional. b) Se señala que ha caducado la acción de “retracto”, lo que no puede ser, pues no había retracto alguno; pero aunque se entienda que se refiere al plazo para el ejercicio del derecho de opción, tal plazo no consta haya transcurrido, en cuanto no se probó que la vendedora del inmueble notificase la venta al titular del derecho de opción como le exige la estipu-

lación 5.ª del contrato de 1 de junio de 1978, según se probó en la instancia (fundamento de derecho 4.º de la sentencia del juez de primera instancia, implícitamente aceptado por la Sala “a quo”), en cuanto no puede de ningún modo empezarse a contarse tal plazo como sostiene el recurso desde el 15 de noviembre de 1984 en que se celebró la venta del inmueble sobre que recaía el derecho de opción. c) Se sostiene también que la recurrida, como demandante, carece de legitimación activa por no tener el carácter con que demanda: aseveración que ya sido refutada en cuanto es sucesora activa y pasiva de la sociedad a la que absorbió, consecuentemente, según el recurso, al no tener existencia al pactarse el derecho de opción no puede pedir la nulidad de un contrato, como el de 15 de noviembre de 1984 aludido, en que no fue parte. Más es de recordar lo que con anterioridad se razonó sobre la relatividad de los contratos, conclusión corroborada por el principio general de derecho “*resoluto jure dantis, resolvitur jus consessum*”, en el sentido de que resuelto el derecho del transmitente Sr. Guillén por haber incumplido el tan citado derecho de opción, quedan resueltos los actos posteriores que tal transmitente efectuó a espaldas de tal derecho; es decir, los actos basados en una transmisión viciosa de su derecho en que intervino la entidad Esso Española, S. A., que en tal concepto es tercero civil afectada por efectos contractuales en que cuya generación no intervino.

DECIMOSEPTIMO.—En el motivo sexto, también con idéntico amparo procesal, se acusa la infracción del art. 93 de la Constitución y los arts. 1257, 1261, 1300 y 1302 del Código Civil, y se alega que con el ejercicio de su acción la entidad demandante y ahora recurrida pretende un enriquecimiento injusto y anular un contrato en que no ha sido parte (el de 15 de noviembre de 1984). El motivo sigue basándose en la disciplina de un derecho de retracto, posición como se indica repetidamente equivocada. Y ha de ser desestimado, porque no se advierte infracción alguna del art. 9.3 de la Constitución cometida por el fallo recurrido, ni tampoco de los artículos del Código Civil que se invocan, siendo al respecto de reproducir lo que antes se dice acerca de la relatividad del contrato aplicada al caso ahora contemplado, tanto respecto del contrato de 1 de junio de 1978, como del celebrado el 15 de noviembre de 1984. En el primero intervino la sociedad antecesora de la recurrida, a la ésta absorbió, y por tanto asumió su posición jurídica total; y en el segundo, aunque no fue parte la recurrida, sí lo fue el recurrente don Tomás Guillén infractor del primero de los contratos ahora citados, cuya infracción acarrea la de los contratos posteriores, pues al resolverse su derecho originario quedaron resueltos esos actos posteriores. De ahí la legitimación de la recurrida para pedir esa nulidad, pues resultaba, de ser válidos, obligada, al menos subsidiariamente y perjudicada, por la conducta infractora de su contraparte en el contrato originario de 1978, con apoyo también la acción ejercitada en los artículos 1101, 1104 y 1106 del Código Civil; debiendo en consecuencia, como ya se dice, ser rechazado el motivo.

DECIMO OCTAVO.—El motivo 7.º del segundo recurso, con apoyo en el n.º 5 del art. 1692 de la Ley procesal civil, acusa la infracción de los artículos 1257 y 1137 del Código Civil, sosteniendo que no hay solidaridad, ni son acumulables las acciones derivadas de contratos diversos. Son de reproducir aquí las razones expuestas para refutar la infracción de los mismos preceptos en motivos ya examinados. La solidaridad que acuerda el fallo recurrido se atiene a la congruencia procesal que impone el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La relatividad de los contratos incluye, como ya se dijo, que los causahabientes de un contratante, como la entidad Esso Española, se hallan ligados por las declaraciones de sus causantes (el señor

Guillén) y la Cooperativa (también recurrente). Y, finalmente, la acumulación de acciones que hace de la demanda, basada principalmente en los contratos de 1978 y 1984, ya mencionados repetidamente, y la constitución de hipoteca y derecho de superficie y cesión de industria, se funda en el primero de estos contratos; título único que involucra a todos los demandados, según se ha razonado reiteradamente. De ahí que no haya sido infringido el art. 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil, puesto que las acciones ejercitadas en este caso de uno contra varios se basan en un mismo título o, en todo caso, tienen la misma causa de pedir; a saber, su base en el derecho de opción que convino la entidad recurrida y demandante en la instancia. En definitiva, también este motivo debe ser desestimado.

DECIMONOVENO.—Por último, el motivo 8.º del recurso segundo, formulado en base al n.º 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, viene a ser un resumen implícito, no sólo desde el punto de vista de hecho sino también de derecho, de toda la cuestión debatida. Desde el punto de vista fáctico, que es el que se transcribe en el título del motivo, es evidente su desacierto, en cuanto nos sirve para poner de relieve error de hecho en la apreciación de las pruebas por la Sala de instancia. Efectivamente, se citan en él unos setenta documentos, de cuyo examen concluyen los recurrentes que se deriva la falta de legitimación de la entidad recurrida, así como la ausencia de solidaridad en las obligaciones que ha sido declarada por la sentencia impugnada. De asumirse por esta Sala de casación este motivo, resultaría que este recurso extraordinario se habría convertido en una tercera instancia, en cuanto la Sala habría de volver a examinar los numerosos documentos que se aducen y deducir, no de cada uno o de alguno de ellos, el error señalado del fallo, sino una conclusión conforme con la que obtienen los recurrentes; lo que es desde luego inadmisibles y lleva consigo la desestimación del motivo; que se basa en su redacción, por otro lado, en cuestiones y afirmaciones de los recurrentes ya formuladas en otros motivos y que en cada caso han sido debatidas.

VIGESIMO.—La desestimación de todos los motivos en cada uno de los dos recursos de casación que se han examinado da lugar a la desestimación de ambos recursos, con imposición a cada parte recurrente de las costas del respectivo recurso, y acordar la pérdida de los depósitos que ambos constituyeron a los que se dará el destino legal; todo ello en cumplimiento del art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento civil”.

### III. COMENTARIO

Es indispensable en el análisis de esta sentencia aludir a tres cuestiones previas: En primer lugar, las partes califican el derecho otorgado como opción. En segundo lugar, no se encuentran entre los antecedentes de hecho los términos exactos con que se expresaron las partes en la cláusula 5.ª del contrato que dio origen al presente caso. No obstante la Sentencia de 1.ª Instancia (recogida en el Fundamento de derecho primero) declara “Que la actora tiene derecho de preferente adquisición sobre la finca n.º 3 de las que se enumeran en la escritura... y ello en las mismas condiciones y precio que se contienen en la escritura de venta de la Cooperativa demandada al codemandado Sr. Guillén”. En tercer lugar, en ningún momento se menciona la existencia de un plazo para el ejercicio de la opción. Y en cuanto al precio acabamos de señalar que sería el mismo por el que lo adquiriese cualquier persona.

Estas consideraciones conducen a preguntarse si la cláusula 5.ª del contrato existente confería un derecho de opción, o más bien un derecho de tanteo convencional. Las dos instancias y el Tribunal Supremo lo califican como contrato de opción. Sin embargo es bastante improbable que exista un contrato de opción cuando no se fija un precio cierto y un plazo determinado. Sería deseable, o mejor dicho indispensable que entre los antecedentes de hecho se redactasen los términos exactos de las cláusulas de un contrato, y sobre todo el contrato en el que se incluyen, máxime cuando precisamente son el origen del caso que se discute.

Con independencia de lo anterior, no entramos, a propósito, en el presente comentario en otras cuestiones, como la alegación por parte de ambos recurrentes de la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la esposa del Sr. Guillén al mismo tiempo que él, teniendo en cuenta que sólo el Sr. Guillén fue parte del contrato.

Otra cuestión suscitada por los recurrentes es la falta de personalidad de la actora por no haber sido la contratante inicial. Es evidente, como dice el Supremo, que en los supuestos de fusión de sociedades, la sociedad resultante asume las obligaciones y los actos otorgados por la absorbida o fusionada, pues los causahabientes de un contratante se hallan ligados por los actos de su causante.

Aclaradas estas cuestiones, el problema fundamental que se plantea en el caso de esta sentencia es a nuestro juicio la frustración de un tanteo convencional, y las consecuencias jurídicas a que conduce.

En principio, como señalan Díez-Picazo y Gullón (*Sistema de Derecho civil*, III. Madrid 1990, p. 55) “En sí mismos considerados los derechos de tanteo y de retracto son, como el derecho de opción, simples facultades de adquisición, que determinan la posibilidad de decidir la configuración de la situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados derechos potestativos”.

A pesar de ser discutible la configuración real o personal de estos derechos, depende en gran medida del carácter que en el título las partes decidan darle.

Es de todos sabido que el tanteo personal impone la carga u obligación de ofrecer antes que a otros la cosa que se pretende vender, mientras que el tanteo real sujeta a la cosa misma y puede hacerse valer “erga omnes” y por tanto incluso frente a los adquirentes. En el caso de que los contratantes configuren como real el tanteo, dice Peña y Bernaldo de Quirós (*Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid 1986, p.345) que “si el dueño con desconsideración a este derecho transmite la cosa a un tercero se dice que el tanteo se convierte entonces en retracto”. En este sentido son contradictorias la RDGR 4-1-1927 en la que la Dirección negó que el tanteo convencional pudiera ser un derecho real, y por tanto inscribible; y la RDGR 20-9-1966 en la que se señala que “existe convenio en el que se concede al titular la facultad (erga omnes) de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito”. El derecho de tanteo si es personal no dará lugar al retracto, mientras que dará lugar a él si tiene eficacia real.

A nuestro juicio, la opción y el tanteo son derechos potestativos, como veremos inmediatamente. En nuestro caso el derecho de tanteo, calificado por las distintas Salas de opción, no fue inscrito, aunque de seguirse el criterio de la Dirección en la última resolución citada podría haberlo sido (v. Arechederra, “Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal”, R.D.P.1980, pp.123 y ss.). Aunque el derecho de tanteo se inscriba, la inscripción no opera un cambio de naturaleza en el derecho, si bien éste adquiriría eficacia real.

A pesar de calificarse como opción y en este tipo de derecho centramos el comentario, no debe olvidarse que la frustración del interés del titular de los derechos de tanteo y opción entendidos como derechos potestativos, conduciría a las mismas consecuencias jurídicas.

La sentencia que comentamos confirma la de 1ª instancia declarando: válido el contrato de opción; incumplimiento de la Cooperativa a la que obliga a reponer a la demandante (Mobil S.A.) en la situación anterior al incumplimiento, nulidad de la compraventa y de los actos posteriores que realizó el comprador, concretamente el derecho de hipoteca y la cesión de superficie. (Fundamento de Derecho Primero).

Frente a estas declaraciones es completamente necesario definir el contrato y el derecho de opción (v. Fundamento de Derecho Cuarto: la opción origina un contrato unilateral... Pero en su fase evolutiva posterior, realizada la opción se torna en bilateral). En virtud del contrato de opción, el concedente de la opción atribuye al beneficiario de la misma un derecho por el que ésta última, en cierto período de tiempo, podrá decidir unilateralmente la celebración de un determinado contrato. Díez-Picazo (Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, Madrid 1983, p. 229) comparando el contrato de opción con la oferta irrevocable, caracteriza la opción a diferencia de la oferta como negocio bilateral, que obliga a ambas partes y puede, por tanto, determinar para el beneficiario específicos deberes, por ejemplo el pago del precio de la concesión de la opción. En efecto, el contrato de opción podrá ser unilateral o bilateral según los casos, esto es, dependiendo de que existan o no obligaciones para ambos y de la estructura de estas obligaciones.

El contrato de opción, crea, como todo contrato, obligaciones. El concedente de la opción queda vinculado por este contrato de una parte, a aceptar el contrato prefigurado si es que el optante decide ejercitar su derecho y de otra, queda sujeto a no celebrar contratos incompatibles con terceros durante la vigencia de la opción (vid. por todos Díez-Picazo, Fundamentos I, cit., p.230).

La celebración de un contrato de opción atribuye al beneficiario un derecho de opción. Puede pensarse que el derecho de opción es un derecho de adquisición a modo de derecho potestativo, entendiéndose por tal, el que corresponde a una determinada persona de llevar a cabo una relación jurídica entre ella y otra, o de determinarla específicamente en su contenido, modificarla o rescindirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo regular, una declaración de voluntad recepticia (vid. Larenz, Derecho Civil. Parte General, Jaén 1978, p.2819. En realidad, como acabamos de decir, estamos en presencia de una facultad otorgada al optante que en ningún momento origina una pretensión, sino una sujeción del sujeto pasivo. En este sentido señala Larenz (ob. cit., p. 281) que “el derecho potestativo confiere al titular un (poder) jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos sólo según su voluntad... Al derecho potestativo corresponde por parte del otro, el oponente a ese derecho, una vinculación, debido a la cual éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica”.

En este sentido entendemos que esta facultad en ningún momento origina una pretensión sino una sujeción del sujeto pasivo. Hasta el momento en que el optante no manifiesta su consentimiento para comprar no existe compraventa.

Declarada la validez del contrato de opción por las distintas Salas, e “incumplido”, en términos de la sentencia, este contrato, se declara al mismo tiempo la nulidad de la escritura de compraventa. Como se puede observar (Fund. de Derecho Décimo sexto) el Tribunal Supremo argumenta primero al hilo de la relatividad de

los contratos, la nulidad del contrato de compraventa porque el vendedor se hallaba vinculado anteriormente por un contrato de opción. Recordemos que por el contrato de opción, el concedente de la misma queda sujeto a no celebrar contratos incompatibles, pero de ningún modo se priva de su titularidad, puesto que sigue siendo propietario. Si trata de frustrar la opción deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados pero no existe vicio que pueda afectar a su titularidad (vid. mi comentario a la STS 6-11-1989, Poder Judicial nº 20, pp. 75 y ss.). Incluso no siendo titular, podría obligarse válidamente.

Configurada la opción como un derecho potestativo con alcance personal es eficaz inter partes, por lo que el beneficiario de la opción perjudicado por la conducta del concedente podrá únicamente reclamarle indemnización de daños y perjuicios, pero no podrá dirigirse contra el tercero. Se ha querido ver en la opción un derecho real cuando ésta se halla inscrita (art. 14 R.H.). No obstante ya hemos dicho que la inscripción no opera un cambio de naturaleza en el derecho, y la opción no otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de poner en vigor un negocio jurídico independientemente de la voluntad del sujeto pasivo. Del negocio jurídico, compraventa, nace ya el derecho a exigir su cumplimiento y por tanto su pretensión de naturaleza obligacional. El derecho real nacerá cuando se entregue la cosa. La inscripción de la opción hace oponible a terceros adquirientes pero no la convierte en un derecho real. En el caso de la sentencia que comentamos, la calificada opción no estaba inscrita, pero es que aunque lo hubiese estado el contrato de compraventa realizado con posterioridad no habría sido nulo. Si la opción está inscrita, la venta posterior de la cosa objeto de la opción no imposibilita el ulterior ejercicio de la opción. Textualmente señala Torres Lana (Contrato y Derecho de opción, Madrid 1987, p.114) que “al optante no le corresponde una acción indemnizatoria, porque no ha experimentado perjuicio alguno. La integridad con que el optante sigue ostentado su derecho se manifiesta en la posibilidad de ejercerlo frente a cualquier titular registral posterior”.

Como se puede observar el derecho de opción de compra no imposibilita y menos hace nula la venta posterior de la cosa objeto del contrato de opción. Estaríamos ante un supuesto distinto, en el caso de que el concedente de la opción que mantiene en su poder la cosa se niegue a cumplir lo pactado. Ello no daría lugar sólo a indemnización de daños y perjuicios sino que su cumplimiento puede ser exigido al amparo del art. 1451 CC (v. De Castro, La promesa de contrato, ADC 1950, pp. 1181 y ss.). En nuestro caso, siendo un derecho de tanteo y hecha la notificación, el titular del tanteo podrá comprar por el mismo precio, puesto que el derecho de tanteo impone el deber de ofrecer al que se halla sujeto a él. En caso de incumplimiento de este deber tendrá que indemnizar pero en ningún caso hace nula la venta posterior realizada.

Por último es fundamental en el estudio de este caso, analizar de que manera incide la buena o mala fe de los contratantes, pues, quizá ello sea la piedra angular en la decisión de las tres Salas.

La recurrente Esso E., al amparo del nº 5 del art. 1692 LEC acusa la no aplicación de los arts. 434 CC y 34 LH. Acusa el Supremo el mal planteamiento (Fund. de Derecho Noveno) pues “la impugnación de las hechos básicos en que la Sala se apoyó para establecer sus conclusiones ha de hacerse por conducto ahora del nº 4 del art. 1692 y antes del nº 7 del mismo artículo”. No obstante, la recurrente al mismo amparo acusa la no aplicación del art. 34.2 LH.

La apreciación de la buena fe subjetiva en cuanto consiste en hechos sería atacable por la vía del nº 4, pero como señala Miquel González (Comentario al art. 7.1 CC, en Comentario al CC, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, en prensa) “no debe olvidarse que respecto de ella existen disposiciones de la Ley cuya infracción debe atacarse por la vía del nº 5”.

A la hora de aplicar el Derecho, el concepto de la buena fe puede ser valorado de distintos modos. De forma general el art. 7.1 establece que “los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. Como señala Miquel “Una sentencia que tan sólo mencione o reproduzca el art. 7.1 no contiene una verdadera fundamentación por la extrema vaguedad e indeterminación del mismo. Se requiere que concrete la regla que hace contrario a la buena fe, el ejercicio del derecho en cuestión, y la consecuencia jurídica que esa regla impone, porque nada de eso se desprende directamente del art. 7. 1”.

En el caso del art. 34.2 LH nos hallamos ante una concreción legislativa de la buena fe, no ante una invocación de la buena fe que requiera un ulterior desarrollo. Señala Miquel, “hay que distinguir la buena fe como parte de un supuesto de hecho normativo delimitado por el legislador, lo que no sucede en el art. 7 de la buena fe como contenido material de un principio del que surgirán normas en sentido técnico”. En algunos casos la buena fe opera en una norma determinada pero ella misma no está definida, mientras que en otro la buena fe opera y además está definida. Siguiendo al citado autor “En estos casos el Juez se encuentra ante normas perfectamente determinadas e incluso en cuanto al contenido de la buena fe. No sólo están descritos y delimitados el supuesto de hecho del que forma parte como un elemento más, la buena fe, y la consecuencia jurídica, sino además la buena fe está definida de manera que su determinación está sustraída a la libre apreciación judicial”.

Con respecto al art. 434, aunque el recurso se plantee mal, hay que decir, que, de acuerdo con lo establecido por este artículo la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba. En dicho precepto se establece la distribución de la carga de la prueba en términos de presunción. Debe probarse por tanto la mala fe. En el caso que nos ocupa, la Sala de instancia dedujo la actuación de “mala fe o de dudosa buena fe”. No parece, en principio suficientemente demostrativa la “dudosa buena fe” a efectos de prueba, pero así lo estima.

En el supuesto del art. 34.2 LH la buena fe ha sido concretada por el legislador, ya no es un concepto indeterminado que el juez deba precisar, por lo que sólo procede la subsunción. La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, comprendiéndose en este concepto los posibles vicios de la titularidad del trasferente. En nuestro caso la mala fe de Easo S. quedaría probada en cuanto al conocimiento por parte de esta entidad de los posibles vicios en la titularidad de su transmitente.

Por ello no parece suficiente, el conocimiento de la situación fáctica. Tanto si fuese un derecho de opción como lo que parece realmente, esto es, un tanteo personal, pues es de todos conocido que la existencia de un contrato anterior no “vicia” la titularidad del transmitente. En este caso en cuestión si la mala fe no se hubiera demostrado, puesto que la dudosa buena fe no es mala fe, es muy dudoso que se pueda conceder eficacia a una opción de compra no inscrita frente a derechos reales inscritos, hipoteca y derecho de superficie.

En el segundo recurso no se discute por los recurrentes, Cooperativa y Sr. Guillén, la mala fe de ambos probada por la Sala de instancia, fundamentalmente por lo que se desprende del segundo Fundamento de Derecho, puesto que el Sr. Guillén (comprador) había intervenido como representante de la Cooperativa en el anterior contrato por el que se concedió la supuesta opción.

Aunque la mala fe aquí, no radicaría tanto en el conocimiento de la existencia de un contrato de opción, sino en el conocimiento de la existencia de la falta de notificación.

En este caso podría pensarse en la figura del contrato en daño de tercero. Si se estimarse contrato en daño de tercero el otorgado por la Cooperativa y el Sr. Guillén, la Cooperativa (parte en el segundo contrato y sujeto pasivo del derecho lesionado) incurrirá en responsabilidad contractual por incumplimiento. El Sr. Guillén, probado el conocimiento de la lesión incurrirá en responsabilidad extracontractual del art. 1902. Ambos deberían indemnizar solidariamente los perjuicios. Como señalan Díez-Picazo y Gullón (Sistema II, Madrid 1990. p. 97) "Si son conscientes de que a través del contrato lesionan un derecho ajeno es un contrato con causa ilícita, el perjudicado estará legitimado en todo caso para solicitar su nulidad absoluta. Actúan inmoralmemente, porque a pesar de ser conscientes de la consecuencia de su acto, lo celebran". Pero como dice Gullón ("En torno a los llamados contratos en daño de tercero" RDN 1958, abril - junio p. 112) esta categoría encierra un posible peligro "el que los contratos en perjuicio de tercero se conviertan en cómodo reducto al que se acuda para huir de las dificultades que surgen de la debida caracterización de algunos institutos jurídicos".

No obstante, podría existir otra vía. Argumenta Miquel, si bien en el supuesto del art. 1473 CC que la buena fe (objetiva) impide que adquiera un derecho quien cumpliendo con los presupuestos de su adquisición (título, modo y propiedad del tradente) sin embargo, lo adquiere maliciosamente, esto es, con conocimiento de una compraventa anterior no consumada por la tradición. En nuestro caso la solución del TS podría apoyarse en la inadmisibilidad de ejercitar posiciones jurídicas maliciosamente obtenidas. Lo que no haría nulo el contrato como creador de obligaciones entre las partes, pero sí lo haría inoponible al titular del tanteo.

En conclusión no es posible justificar la eficacia real de un tanteo personal frente a terceros adquirentes si no es por relevancia de su mala fe. De modo análogo a lo que sucede en el art. 1473, en el que una persona ha cumplido todos los requisitos de la adquisición de la propiedad (título, modo y propiedad del tradente) no adquiere la propiedad si tiene conocimiento de una compraventa anterior. No obstante, no hay que olvidar que no es lo mismo la relevancia de una compraventa perfeccionada que la de un derecho potestativo todavía no ejercitado.