

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

«Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales. Analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995».

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

HECHOS PROBADOS

Los hechos probados se contienen en el primer fundamento de derecho de la Sentencia comentada y son los siguientes:

Tres hermanos adquieren la propiedad de una serie de fincas, sitas en Cataluña, por escritura de donación de 2 de noviembre de 1967. En dicha escritura se establece, en favor de todos los donatarios, un derecho de tanteo y un derecho de retracto para caso de enajenación de cualquiera de las fincas. Por subasta judicial, celebrada el 11 de mayo de 1984, se enajena la finca correspondiente a uno de los donatarios, escriturándose la enajenación forzosa el 18 de septiembre de 1985. La adjudicataria, el 8 de junio de 1987, vende a un tercero la finca adjudicada mediante documento privado. Uno de los donatarios, hermano del propietario de la finca subastada promueve demanda, en juicio de retracto, presentada el 16 de septiembre de 1989. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Barcelona dictó sentencia el 21 de diciembre de 1990 por la que, acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, absolvió a la demandada en la instancia. En grado de apelación, la sección 11 de la Audiencia de Barcelona, entrando a conocer del fondo del asunto, rechazó íntegramente la demanda em sentencia de 16 de octu-

bre de 1991. La donataria demandante, recurre en casación y el TS declara no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.— Ninguno de los motivos se encauza por vía del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en punto a la errónea valoración de los hechos deducidos de los instrumentos de prueba, ni de la posible violación de alguna regla legal de valoración de algún medio de prueba, al amparo del número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que las declaraciones fácticas contenidas en la sentencia recurrida han de constituir firmes premisas en la adecuada aplicación del Ordenamiento Jurídico.

TERCERO.— El primer motivo con base en el número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/3421 886 y NDL 18732), párrafo 2.º y jurisprudencia cuyas sentencias invoca. Hay que tener presente que la categoría de Derecho Real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia «erga omnes» y constituye por lo tanto una petición de principio hacer uso y aplicación del precepto hipotecario que se invoca en el motivo, dando por supuesto que se está en presencia de un derecho real en la convención de unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios para el caso de enajenación de su cuota o finca adjudicada. Precisamente esa eficacia «erga omnes» que está paladina y taxativamente recogida para el retracto legal en el artículo 37.3.º de la misma Ley se echa de menos en lo que atañe al retracto convencional «sui generis», que en el presente pleito se contempla. Piénsese que el derecho real para ser tal ha de estar constituido por una serie de características como la inmediatividad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que lo proyecten al campo del tráfico jurídico con una serie de garantías frente al tercero que le permitan esa eficacia «erga omnes» que no se comprendería sin aquellas; y es el caso de que este retracto convencional, precedido de su tanteo, es un retracto-convencional en el sentido estricto de la palabra porque no está erigido simplemente por la voluntad de la donante, sino por el concurso de voluntades que es imprescindible para su constitución incluso como institución gratuita (artículos 621, 623 y 630 del Código Civil). Y ha de constatarse que no es un supuesto el de autos de los previstos en el artículo 1507 del citado cuerpo legal, pues este

precepto se refiere exclusivamente a la compraventa con pacto de retracto entre vendedor y comprador de la cosa y aquí es un retracto instituido a favor de los donatarios frente al tercero comprador de la finca de uno de ellos y por esta razón la falta del signo de publicidad y garantía de seguridad para el ejercicio de tanteo y del retracto en su caso con la fijación de un plazo a partir de dicha enajenación a tercero que se instaura en los de carácter legal, es más preciso y necesario aun en los que simplemente convencionales y así lo exigía con energía para su operatividad como tal retracto convencional la RDG de Registros de 27 de marzo de 1947 (RJ 1947/440), en la que, en lo pertinente al caso que se examina, se dice «como las partes se limitaron a establecer un pacto que sólo a las mismas afectaba, es indudable que los posteriores adquirentes del inmueble deben verse libres de sus trabas y restricciones y desligados en absoluto de las consecuencias que pudieran derivarse de la estipulación, que si bien fue recogida en la inscripción que causó oportunamente la escritura... no perdió por ello su verdadero carácter obligacional, toda vez que los asientos practicados en el Registro no alteran la naturaleza de los derechos que se inscriben». Es de notar que los derechos de tanteo y retracto —fases al fin y al cabo de un mismo derecho preferente de adquisición—, cuando están obligados legalmente se les asigna un tiempo de caducidad para su ejercicio, incluso en el caso del derecho de traspaso arrendaticio embargado y ejecutado, se marcan unas normas que sirven de garantía a extraños (artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Urbanos [RCL 1964/2885; RCL 1965/86 y NDL 1844]) y en la institución del retracto convencional «stricto sensu» del artículo 1507 del Código Civil también se preocupa el mismo texto legal en su posterior precepto de marcar un límite temporal para su ejercicio si falta el pacto expreso y ello para aviso de terceros y garantía de la seguridad jurídica, luego en el caso de autos no puede pretenderse revestir como se propugna de los honores y preeminencias de derecho real a una simple convención con efectos simplemente obligacionales al que le falta por lo menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de los derechos de tanteo y retracto convenidos a partir de la enajenación a un extraño. De ahí, que no pueda acusarse la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria porque se está en presencia, ni más ni menos, que de un derecho personal u obligacional y por ello no era necesario entablar la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. Por todo ello el motivo decae.

CUARTO.— El motivo segundo, consecuente al primero como dice la propia recurrente, se apoya en el número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para de-

nunciar la infracción del artículo 359 de la misma Ley procesal por supuesta incongruencia de la sentencia recurrida al conceder lo no solicitado en la contestación a la demanda. No es exacto el alegato y no hay incongruencia por tanto; estando como están conformes las partes —y la escritura que establece el derecho de retracto convencional lo avala—, en que no se determinó el tiempo hábil a partir de la enajenación y se ha polemizado hasta la saciedad cuál sería el aplicable en este caso. Lo que sienta como doctrina la sentencia recurrida, que aquí se confirma, es la improsperabilidad del ejercicio de un derecho contra tercero —el adquirente en la subasta judicial—, por no poder afectarle como tal, un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional y precisamente por no establecerse un plazo careciendo por ello de la eficacia de la que se quiere investir por la recurrente, máxime cuando preténdese que la tenga no en un acto de enajenación voluntaria sino forzosa como es la vía de apremio procesalmente considerada. En la fase primera de tanteo, técnicamente, puesto que así se convino juntamente con el retracto, debió perfilarse en la contratación a ellos alusiva, la forma y tiempo de su ejercicio e inscribirse para su eficacia ante terceros y poder cumplirse, caso de ser fallido el tanteo, la segunda fase, cual es el retracto, como modo de adquisición preferente que es y con iguales detalles de tiempo y forma, por lo que no tendría sentido en este caso de convención conjunta de ambas fases, de pasar a la segunda sin intentar la primera, siendo segmentos de un mismo ciclo institucional, por lo que el motivo no puede prosperar.

QUINTO.— El motivo tercero, con sede en el número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala la violación de los artículos 781 y 785.2.º del Código Civil y artículo 26.3.º de la Ley Hipotecaria. No hay vulneración posible cuando dichas normas no se han mencionado explícita ni implícitamente por lo que tampoco puede haberla respecto de la jurisprudencia encarnada en las sentencias que se invocan. En efecto, en la sentencia recurrida, no se pone en tela de juicio, la licitud de la convención o pacto a través de la donación, de conservar en el seno familiar o vincular los inmuebles objeto de la donación, lo que no está conforme la sentencia es en reconocer la categoría del derecho real del tanteo y retracto en la forma que se ha convenido, como instrumento jurídico para hacer efectiva tal vinculación, sin olvidar que —y esto es trascendente—, que técnicamente tampoco constituye una prohibición de disponer o enajenar en la forma y modo a que se refiere el precepto hipotecario y el artículo 785.2.º del Código Civil, sino la constitución de un dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo o retracto, evitar salgan los inmuebles del patrimonio familiar, pero insistimos, en que esa

voluntariedad de ejercicio de los codonatarios, excluye por sí misma la prohibición de disponer absoluta que es a la que se refieren los preceptos señalados, por lo que el motivo decae. Y en todo caso, a la misma solución jurídica se llegaría, es decir, por aplicación de dichas normas civiles comunes, conforme disponen por un lado y en función del régimen estatutario la Ley 10, en relación con la Ley 452 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra (RCL 1973/408, 456; RCL 1974/1077 y NDL 22212; DLN II 86) ya que como se ha visto no se ha constituido el retracto voluntario con carácter real sino personal (Ley 460) lo que nos remite a esas normas civiles del Derecho Civil Común según Ley 6 y por otro lado el artículo 117 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (ApNDL 2001 y LCAT 1984/1888), nos da idéntica conclusión a la establecida en el Código Civil en el tema que aquí se examina; todo ello habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1.º de dicha Compilación, artículo 12 del Código Civil y dada la vecindad civil navarra de donante y donatarios y la ubicación catalana de las fincas cuestionadas.

SEXTO.— El motivo cuarto, residenciado en el número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción de los artículos 26.3.º de la Ley Hipotecaria; artículo 1521 del Código Civil y jurisprudencia cuyas sentencias cita. En cuanto a la infracción del precepto hipotecario coincidente en señalar su conculcación con la expuesta en el motivo anterior ha de estarse a lo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente para no repetir idénticas consideraciones; en cuanto a la infracción de la norma civil, no ha lugar a su examen por referirse al retracto legal y el del presente caso es voluntario y tratarse además de una norma genérica de nula aplicación al litigio que nos ocupa y en lo atinente al alegato relativo a la enajenación forzosa por subasta judicial, que ciertamente tiene escasa conexión con las normas del epígrafe del motivo que se dan por infringidas ha de estarse a lo expuesto precedentemente en lo a ello relativo, sin perjuicio de reiterar una vez más que la forma abstracta de establecer el tanteo y el retracto sin concreción de tiempo de caducidad para uno y otro, devalúa el carácter real, que acaso quiso imprimirse, quedando reducido a un ámbito obligacional impermeable en su afectación a terceros. En razón de todo ello el motivo fenece.

SÉPTIMO.— Rechazados los cuatro motivos se desestima el recurso, con costas a la parte recurrente (artículo 1715 «*in fine*» de la Ley de Enjuiciamiento Civil) con devolución del depósito innecesariamente constituido (artículo 1703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

COMENTARIO

La cuestión central de la Sentencia objeto de nuestro estudio es el carácter real o personal del derecho alegado por la demandante y recurrente. Antes de entrar en ella, es necesario examinar la calificación del citado derecho, que según el TS es un retracto convencional «sui generis». Finalmente, nos ocuparemos de otras cuestiones importantes: a) la existencia de litisconsorcio pasivo necesario en los procedimientos de retracto; y, b) el posible ejercicio del derecho de retracto en una subasta judicial.

A. Calificación del derecho de los donatarios

La recurrente y demandante alegaba la titularidad de un derecho de retracto convencional de carácter real. Frente a tal argumentación, el TS lo califica como derecho de retracto convencional «sui generis» de carácter obligacional.

Nosotros en este punto, dejaremos a un lado, el carácter real o personal del derecho, para entrar en el estudio de su calificación.

De acuerdo con la argumentación del TS, se puede comenzar diciendo que no estamos ante una compraventa con pacto de retro o retracto convencional «strictu sensu» regulado en los arts. 1507 y ss. C.c. (1).

El pacto de retro, como señalan DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, es el derecho a recuperar la cosa vendida que el vendedor se reserva. Se configura como una condición resolutoria de la compraventa (2).

Como puede observarse, es una figura distinta a la que se presenta en el caso de autos y que el mismo Tribunal califica como «retracto convencional “sui generis”». En este caso, estamos ante la posibilidad otorgada a los donatarios por el donante de que puedan adquirir la finca si ésta va a ser enajenada a un tercero (tanteo) o para recuperarla si ya ha sido transmitida a tercero (retracto) (3).

(1) El TS en su fundamento de derecho 3.º señala: «Y ha de constatarse que no es un supuesto el de autos de los previstos en el artículo 1507 del citado cuerpo legal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la compraventa con pacto de retracto entre vendedor y comprador de la cosa y aquí es un retracto instituido a favor de los donatarios frente al tercero comprador de la finca de uno de ellos...». El TS recoge en esta argumentación la posición unánime de la doctrina: el art. 1507 del Cc. regula bajo la denominación «retracto convencional» el pacto de retroventa o la compraventa con pacto de retro.

(2) Es opinión unánime en la doctrina y jurisprudencia. *Vid.* por todos, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», II, 7.ª ed., Madrid, 1995, p. 320; LA-CRUZ/RIVERO: «Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones»; II-3.º, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 102. En la jurisprudencia, *vid.* STS de 26 de mayo de 1951; 28 de mayo de 1957 y 14 de diciembre de 1961; entre otras.

(3) La existencia de los derechos de tanteo y retracto en la misma persona, es lo normal, pues como señala el TS en su fundamento de derecho 3.º: «tanteo y retracto (son) - fases al fin y al cabo de un mismo derecho preferente de adquisición».

Es claro, en conclusión, que no estamos ante un pacto de retroventa. ¿Podríamos afirmar que estamos ante una figura similar al retracto legal?, es decir, ¿un retracto atípico configurado a semejanza de los retractos legales? Esta parece ser la postura de la recurrente, al alegar como motivo cuarto de su recurso de casación la infracción del art. 1521 del Cc.

Es evidente que no estamos ante un retracto legal, puesto que no lo crea la ley sino que lo establece el donante. Si se puede entender que se quiso configurar un derecho de adquisición preferente en favor de los donatarios similar en su estructura a los recogidos en la Ley. Entramos así en la vieja cuestión del «*numerus clausus-numerus apertus*» en los derechos reales, la posibilidad de crear nuevos derechos de adquisición preferente por el juego de la autonomía privada. Según la doctrina mayoritaria, científica y jurisprudencial, en el Derecho de cosas español rige el sistema de número abierto, sin ninguna duda en lo relativo a los derechos de adquisición preferente (4). En mi opinión, sin embargo, es dudosa la existencia de un sistema de número abierto de derechos reales si se entiende como creación de nuevas figuras atípicas, porque si se atiende a las razones aducidas por la doctrina que apoya la teoría del número abierto (5), y se atiende a la distinción entre los derechos reales y personales (seguridad, determinación, etc.), el ámbito de la autonomía privada queda tan reducido que sólo se da opción a modificar el contenido de los derechos reales típicos existentes (6). Es muy difícil, por no decir imposible, llegar a crear por los particulares una nueva figura de derecho real.

Llegados a este punto, el TS llega a la conclusión de que nos encontramos ante un retracto convencional «*sui generis*». Esta calificación se dio ya por la Audiencia de Barcelona, pues el Tribunal de Primera Instancia sólo señaló que se trataba de un retracto convencional, pero no entró en el fondo del asunto por aceptar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el demandado.

(4) *Vid.* en este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA: «Retracto de origen voluntario», en Homenaje a Roca Juan, Murcia, 1989, p. 333; Díez-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», III, 4.^a ed., Madrid, 1988, p. 55; CASTÁN: «Derecho civil», II-1.º, 13.^a ed., Madrid, 1987, p. 82; PUIG BRUTAU: «Fundamentos de Derecho civil, III-1.º, 3.^a ed., Barcelona, 1989, p. 34.

(5) La admisión de nuevas figuras de derechos reales creadas por los particulares exige, como ha señalado Díez-PICAZO analizando la jurisprudencia registral, los siguientes requisitos o límites: 1.º— Sometimiento a los límites generales del art. 1255 C.C.; 2.º— Deben reunir los caracteres propios de los derechos reales; 3.º— Necesidad de configurarlo con claridad, atenerse a la estructura típica y determinar de forma precisa su contenido y la cosa sobre la que recae (principio de determinación); 4.º— Que se vincule a una determinada cosa y no a personas; y, 5.º— Que tenga una causa que le sirva de modo continuado, se funde en un interés serio y legítimo y trate de cumplir la función económico-social para la que ese derecho real es necesario. *Vid.* Díez-PICAZO/GULLÓN: «Sistema...», III, *cit.*, p. 55.

(6) CASTÁN: *Op. cit.*, II-1.º, p. 83 señala que el número cerrado es más conforme con la naturaleza e intereses de los terceros.

B. Carácter del derecho de los donatarios.

Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo consideran que ese retracto convencional «sui generis» no es real sino meramente personal por adolecer de un defecto importante: la falta de fijación de un plazo, desde la enajenación a un tercero, para ejercitar el retracto.

El TS, en su Fundamento de derecho Tercero considera que para que un derecho sea real «ha de estar constituido por una serie de características como la inmediatividad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que lo proyecten al campo jurídico con una serie de garantías frente al tercero que le permitan esa eficacia «erga omnes» que no se comprendería sin aquéllas... el signo de publicidad y garantía de seguridad para el ejercicio del tanteo y del retracto en su caso con la fijación de un plazo a partir de dicha enajenación a tercero que se instaura en los de carácter legal, es más preciso y necesario aún en los simplemente convencionales». En el mismo sentido, la Audiencia había considerado que tanto los retractos legales como convencionales, todos son derechos reales de adquisición preferente, que gozan de igual naturaleza, estructura y contenido pero de origen distinto (F. de Derecho 2.º) y, añade en su fundamento de derecho 4.º, que si bien rige el principio de número abierto de los derechos reales, la estructura y alcance de dicho pacto debe ostentar los caracteres propios de los derechos reales, en el caso del retracto, necesitan un plazo: la fijación taxativa de un plazo para su ejercicio, en atención a su eficacia «erga omnes» como derecho real por el legítimo interés de los terceros, de la seguridad jurídica (7).

(7) En términos similares se resolvió el asunto en la RDGRN de 27 de marzo de 1947 (Ar. 440) citada por la STS. En la citada Resolución los hechos eran los siguientes: D.ª M. vende a D. J. una finca por escritura pública, pactándose en la estipulación 5.ª: «Para el caso de que D.ª M. o sus herederos tuviesen que vender la casa n.º 1 de la calle M. S., de esta ciudad, y el comprador o compradores de la misma les exigieren la adquisición de la casa almacén que se transmite en esta escritura al señor B. viene obligado dicho señor y, en su caso, sus herederos a ceder la casa-almacén con un aumento en el precio de venta en que figura en la presente escritura que no excederá del 160 por 100, libre de todos los gastos para el señor B., en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El comprador, D. J., transmite la finca a un tercero y éste a D. M. El actual adquirente presenta instancia de cancelación de la citada cláusula y el Registrador lo deniega por ser una reserva de derechos en favor del vendedor que limita las facultades del adquirente y que debe constar como elemento determinante de la extensión del derecho inscrito. La DGRN, en recurso gubernativo, revoca la nota del Registrador. El problema que se planteó era la naturaleza de la figura creada en la estipulación 5.º. La DGRN en su 2.º Considerando señaló: «Que la posible analogía ...con el retracto convencional queda descartada desde el momento que carece de los dos elementos esenciales exigidos por el Código civil en sus artículos 1507 y 1508 y que son la consignación expresa del derecho de retraer ...y el establecimiento de un plazo para su ejercicio que, en defecto de pacto expreso, lo señala taxativamente dicho Cuerpo legal, por todo lo cual pudiera estimarse que el contenido de dicha relación guarda mayor afinidad con el denominado derecho de opción, pero configurado en este caso como simple compromiso o promesa de venta, según lo demuestran las siguientes circunstancias:...tercera, existe una absoluta indeterminación en cuanto al plazo para el ejercicio del derecho convenido concedido a la vendedora...».

El plazo del ejercicio del retracto, así como el plazo de su duración, es un requisito esencial de la figura. La doctrina considera que es una exigencia necesaria para que este derecho reúna los requisitos de determinación, especialidad y respeto a las exigencias del tráfico, que señala el plazo respecto del dueño a efectos de preferencia y el plazo por respeto al retrayente (8). Además, el plazo al ser de caducidad (fundamentos de derecho 6.º y 3.º) implica que es una razón de orden público la que interviene en este sentido.

Respecto del plazo de duración del citado derecho, si bien, no se decía nada en la escritura de donación la demandante y recurrente alegaba en el motivo tercero de su recurso la violación de los arts. 781 y 785,2.º del CC. y del art. 26,3.º de la LH. El TS contesta a este motivo en su fundamento de Derecho quinto: «... técnicamente tampoco constituye una prohibición de disponer o enajenar en la forma y modo a que se refiere el precepto hipotecario y el artículo 785,2.º del Código Civil, sino la constitución de un dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo o retracto, evitar salgan los inmuebles del patrimonio familiar, pero insistimos, en que esa voluntariedad de ejercicio de los codonatarios, excluye por sí misma la prohibición de disponer absoluta que es a la que se refieren los preceptos señalados». No creo que la recurrente pretendiese alegar la existencia de una prohibición de disponer a través de este motivos sino más bien alegar a su favor la existencia del derecho de retracto, es decir, señalar los límites de duración de su derecho. No tiene demasiado sentido querer alegar una prohibición de disponer. Como bien señaló el TS, no estamos ante una prohibición de disponer, ni tampoco cabe hablar de una obligación de no disponer.

No es una prohibición de disponer porque ésta priva a su titular de la facultad de disposición, careciendo en adelante de ella (9). Lo que no ocurre en el caso examinado, pues a los donatarios no se les priva de la facultad de disposición por el donante, si se sostiene que también son eficaces las prohibiciones de disponer impuestas a título gratuito *inter vivos* (10), que sería quien debería establecer la prohibición de disponer respondiendo a un interés justo y legítimo (interés de la familia). Lo que se establece, parece, es la preferencia adquisitiva de los otros donatarios en caso de enajenación.

(8) *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA: «Retracto de origen voluntario», *cit.*, p. 338.

(9) *Vid.* en este sentido por todos, Díez-PICAZO: «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», III, *cit.*, p. 842; CAÑIZARES LASO: «Eficacia de las prohibiciones de disponer», *ADC*, 1991-IV, p. 1454.

(10) En este sentido, Díez-PICAZO: «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», III, Madrid, 1995, p. 842. En contra, CAÑIZARES LASO: «Eficacia de las prohibiciones de disponer», *ADC*, 1991-IV, pp. 1473, para la que sólo son prohibiciones de disponer las establecidas a título gratuito *mortis causa*, porque el art. 26.3.º de la LH prescribe que sólo son inscribibles la prohibiciones de disponer si la legislación vigente reconoce su validez, y en la ley sólo se mencionan las prohibiciones de disponer impuestas por el testador.

Tampoco puede considerarse como una obligación de no disponer, entendamos que ésta incluye sólo la prohibición de disponer impuesta a título oneroso o que además incluye las prohibiciones de disponer a título gratuito *inter vivos*. La razón es que los donatarios en ningún momento se obligan a no ejercitar la facultad de disposición sobre el bien.

Aun admitiendo que fuese una prohibición de disponer es dudoso que no quepa su enajenación por ejecución judicial. Es decir, es dudosa la afirmación de que la prohibición de disponer inscrita en el Registro sea un impedimento absoluto para los acreedores. En este sentido se pronunció la RDGRN de 22 de febrero de 1989 (Art. 1696) que consideró que la prohibición de disponer sólo afecta a la facultad del adquirente de disponer voluntariamente, pero no al poder que el art. 1911 C.C. concede a los acreedores. Es decir, cabe no sólo embargar los bienes sobre los que recae una prohibición de disponer sino también su ejecución (11).

En mi opinión, la recurrente pretendía alegar un plazo de duración de su derecho que sería el mismo que el que se señala para las prohibiciones de disponer. Para fundamentar esta afirmación hay dos razones en cierto modo conectadas: de una parte, la idea tradicional de que los derechos de adquisición preferente son vínculos impuestos a la propiedad, limitaciones a la facultad de disposición (12); y, de otra, si una prohibición de disponer puede tener esa duración tan prolongada, también la puede tener un derecho de retracto que implica una restricción menor para el disponente. No obstante, se puede señalar que estos derechos no afectan a la facultad de disposición como las prohibiciones de disponer. El titular del bien tiene la facultad de disposición y puede ejercitarla, lo que ocurre es que se limitan los sujetos a los que se puede enajenar. Primero debe ofrecerse (tanteo) al que tenga el derecho de adquisición preferente. Si no se ofrece y se enajena a un tercero, éste puede verse privado del bien recuperando todo lo que él pagó (retracto).

El verdadero problema se plantea porque no se estableció un plazo de ejercicio del retracto. A este respecto, debo señalar que:

- No se puede aplicar el plazo de cuatro años recogido en el art. 1507 C.c. para la compraventa con pacto de retro, (que de ser aplicable supondría que la donataria lo ha ejercitado en plazo), porque el supuesto de hecho es diferente al del caso planteado. Es decir,

(11) *Vid.* en este sentido, CAÑIZARES LASO: *Op. cit.*, pp. 1522 y ss., que se basa en la evolución del criterio de la DGRN a partir de 1980, y concretamente con la Resolución de 22 de febrero de 1989. En una posición contraria, *vid.* ROCA SASTRE: «Derecho hipotecario», Barcelona, 1979, p. 737 que niega la posibilidad de embargar estos bienes. Algo más matizada, *vid.* DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», III, 5.ª ed., Madrid, 1990, p. 63 para quienes cabe el embargo y la anotación pero no la ejecución hasta que desaparezca la prohibición.

(12) *Vid.* en este sentido, RDGRN de 4 de enero de 1927; GONZÁLEZ PACANOWSKA: *Op. cit.*, p. 337.

no puede aplicarse analógicamente porque la adquisición del derecho no es por venta y en favor del vendedor sino por donación y en favor de un donatario.

- El retracto convenido guarda una cierta relación estructural con la figura del retracto legal (13). El problema es si a pesar del distinto origen se puede aplicar por analogía el plazo legal previsto: ejercicio del retracto durante los nueve días siguientes a la inscripción. Esto nos plantea problemas importantes, pues la interpretación analógica entraña graves dificultades (14).

Se podría plantear el problema de la posible aplicación de los Derechos civiles especiales o forales por la situación de las fincas y la vecindad de los donatarios. Debe decirse, a este respecto, que no cabe la aplicación del Derecho Civil Navarro porque son necesarios dos requisitos para su aplicación: que las fincas estén en Navarra, cosa que no se da, y que sean vecinos de tal Comunidad Autónoma. En consecuencia, no cabe la aplicación de la Ley 460 en relación con la Ley 462 relativos a los retractos convencionales y donde se señala un plazo de 30 días desde el conocimiento de la enajenación para ejercitar el retracto. Tampoco cabe la aplicación de la ley 452 relativa al retracto gentilicio (15), que podría ser la figura que más se asemeja al caso concreto porque los bienes no están situados en Navarra. Tampoco cabe la aplicación del Derecho civil de Cataluña porque con base en su art. 3, ante un conflicto interregional hace remisión al Código Civil. Concretamente sería aplicable el art. 10,1.º del CC por lo que habría que atender a la situación del inmueble y sería aplicable la ley catalana. No obstante, el art. 117 de dicha Compilación se refiere a las prohibiciones de disponer, y como hemos visto no estamos ante tal figura. Además la Audiencia argumenta en su fundamento de derecho 4.º: «El pretender aplicar al caso, como se postuló por la recurrente, el plazo de prescripción de treinta años regulado en la Compilación de Cataluña resulta dogmáticamente inaceptable (pues el plazo prescriptivo es de extinción del derecho, con independencia de su previa naturaleza), y, en la práctica permitiría situaciones de abuso de derecho que resultarían contrarias a la más elemental seguridad jurídica».

(13) En igual sentido, RUBIO TORRANO: «Comentario ...», *cit.*, p. 800 y 802, quien entiende que las partes convinieron un derecho de adquisición preferente típico, en cuanto que su estructura es idéntica a la del retracto legal, no su origen.

(14) *Vid.* en igual sentido, RUBIO TORRANO: «Comentario...», *cit.*, p. 802: la aplicación del 1524 C.c. por analogía resulta forzada.

(15) Ley 452: «El retracto gentilicio, familiar o de sangre, podrá ejercitarse para rescatar determinados bienes inmuebles o cuotas indivisas de éstos. Ley aplicable.— Este Derecho de retracto se dará sobre bienes situados en Navarra y únicamente a favor de personas que tengan la condición foral de navarros».

En consecuencia, concluye el Tribunal Supremo, la falta de señalización de un plazo de ejercicio para el derecho impide considerar a éste como un derecho de adquisición preferente de carácter real. El derecho es meramente personal y con eficacia entre las partes. En igual sentido, la Audiencia consideró que el retracto convencional era nulo por faltar, desde el principio, un plazo de duración. Por consiguiente, prosigue en su fundamento de derecho quinto, podría subsistir como un derecho personal con eficacia interpartes, por el principio de conservación de los actos jurídicos. Ante esta consecuencia, se puede cuestionar si realmente tiene algún derecho la donataria, pues ¿de qué sirve un derecho de retracto sin eficacia frente a tercero? En realidad se debe concluir que la donataria no tiene ningún derecho de adquisición preferente puesto que no puede oponer o ejercitar ningún derecho frente al adquirente. Aún más, tampoco puede dirigirse frente al donatario ejecutado puesto que no ha ejercitado ningún derecho.

Por último señalar, que como bien dejaron de manifiesto los tribunales citados, la inscripción no cambia el carácter de los derechos. La inscripción en el Registro no es constitutiva, y su finalidad es dar publicidad de un derecho frente a determinados terceros.

En la hipótesis de que se considerase que es un derecho de retracto y, admitiendo su carácter real (16), se presentan dos nuevos problemas: el del sujeto o sujetos contra quien debe ejercitarse (si existe litisconsorcio pasivo necesario) y, el de la posibilidad de su ejercicio cuando se produce la adquisición del bien por subasta judicial.

C. El litisconsorcio pasivo necesario en el retracto

Como se deduce de los hechos relatados en el presente caso, el Tribunal de Primera Instancia absolvió a la demandada al admitir la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que ésta había transmitido la finca objeto del litigio a otro sujeto que no había sido demandado (17).

(16) En mi opinión los derechos de adquisición preferente no son derechos reales. El derecho real es un poder directo e inmediato sobre la cosa (*vid.* por todos, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», III, *cit.*, p. 41; PUIG BRUTAU: «Fundamentos de Derecho civil», III-1, *cit.*, p. 6; CASTÁN: «Derecho civil», II-1.º, *cit.*, p. 39) con sus notas de inmediatez, carácter absoluto e inherencia. Esta definición no se puede aplicar al retracto porque no otorga poder directo e inmediato con la cosa. Como señalan DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: «Sistema de Derecho civil», III, *cit.*, p. 53, son simples facultades de adquisición que se pueden englobar bajo los llamados derechos potestativos. En contra, entre otros, RUBIO TORRANO: «Comentario a la STS de 3 de marzo de 1995», *cit.*, p. 800 para el que la inmediatez se da en el retracto porque ésta es la actuación del propietario sobre la cosa, no directa sino sin intermediación.

(17) Así lo recoge expresamente la sentencia de la Audiencia en su fundamento de derecho primero.

La demandante y recurrente en apelación, motivó su recurso en que la doctrina de que existe situación consorcial entre el transmitente y el adquirente en materia de retractos no es aplicable a los retractos convencionales, sino sólo a los legales (18).

Si es un retractor convencional, como bien señaló la Audiencia, es necesario que la acción se dirija por el retrayente contra el actual poseedor del bien, pues considera que la «reipersecutoriedad (art. 1510 C.c.), tal acción reivindicatoria, en materia de retractos convencionales..., hace que la acción pueda dirigirse por el retrayente contra el actual poseedor de la cosa, sin necesidad de traer a juicio a los transmitentes intermedios de la misma, lo que excluye, en el caso de sucesivas transmisiones del bien sometido al retractor convencional, la situación consorcial...contrayéndonos al presente caso, precisamente el poseedor actual del bien no resulta el demandado...».

Es doctrina jurisprudencial unánime que el litisconsorcio pasivo necesario es una excepción creada por la jurisprudencia y basada en los principios de que nadie puede ser condenado en juicio sin ser oído y vencido y, en la autoridad de la cosa juzgada, evitando que sobre un mismo asunto puedan recaer sentencias contradictorias (19). La finalidad que se persigue es evitar que la sentencia pueda afectar directa y perjudicialmente, con los consiguientes efectos de cosa juzgada, a alguna persona que no haya sido parte, sin posibilidad de ser oída ni defenderse, con infracción del art. 24 CE (20). El litisconsorcio pasivo necesario como excepción invoca una defectuosa determinación de las partes litisconsortes, que supone una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal (21).

No obstante, si se da dicha excepción, que puede incluso ser apreciada de oficio (22) porque afecta a la recta constitución de la relación jurídico-procesal, es una cuestión de orden público, podría corregirse mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, reponiendo las actuaciones al momento procesal oportuno (23).

(18) *Vid.* fundamento de derecho segundo de la Sentencia de la Audiencia.

(19) *Vid.* STS 7 de julio de 1995 (Art. 5594); 19 de abril de 1995 (Art. 3428); 11 de abril de 1995 (Art. 3187); 17 de marzo de 1993 (Art. 2017); entre otras.

(20) *Vid.* STS 24 de junio de 1995 (Art. 4985); 27 de enero de 1995 (Art. 175); 7 de octubre de 1993 (Art. 7311); 5 de noviembre de 1991 (Art. 8145); 2 de febrero de 1991 (Art. 699); entre otras.

(21) *Vid.* STS 14 de julio de 1995 (Art. 6008); 7 de julio de 1995 (Art. 5594); 19 de abril de 1995 (Art. 3428); 11 de abril de 1995 (Art. 3187); 19 de abril de 1993 (Art. 3100); 17 de marzo de 1993 (Art. 2017); 15 de marzo de 1993 (Art. 2017); 29 de abril de 1992 (Art. 4468); 31 de marzo de 1992 (Art. 2316); 24 de abril de 1990 (Art. 2799); 27 de mayo de 1988 (Art. 4348); entre otras.

(22) *Vid.* por todas, STS 14 de julio de 1995 (Art. 6008); 24 de junio de 1995 (Art. 4985); 9 de mayo de 1995 (Art. 3631); 19 de abril de 1993 (Art. 3100); 20 de febrero de 1990 (Art. 702); 11 de abril de 1988 (Art. 8435).

(23) *Vid.* en este sentido, STS de 7 de julio de 1995 (Art. 5594); 9 de mayo de 1995 (Art. 3631).

En el caso concreto, la demandante y recurrente no actúa en ningún momento contra el actual titular del bien sino contra la adjudicataria. Quizá debido a que atendió a los datos del Registro (24) y porque cuando ejercita la acción desconoce la transmisión efectuada por la adjudicataria por lo que siempre podría oponer el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH). No obstante, ya en primera instancia, cuando el demandado alegó la excepción y le dio conocimiento de la sucesiva transmisión debería haber demandado al actual adquirente, incluso para mayor seguridad de su proceso, conjuntamente con el transmitente y suspender así el plazo de caducidad del retracto. Porque, en materia de retractos es doctrina jurisprudencial reiterada, que la acción ha de dirigirse conjunta y sucesivamente contra los que, por enajenaciones posteriores, hubiesen adquirido la finca objeto de retracto (25). Y, como señala la STS de 7 de julio de 1995 (26) «es sentir general de la doctrina y jurisprudencia, que cuando se ejercita antes de caducar el plazo de ejercicio del retracto, si se ha producido otra transmisión y ésta la conoce también el actor retrayente, puede dirigir su acción contra ambos sucesivos adquirentes, con lo cual si prospera el retracto, hará efectivo su derecho sin que se plantee cuestión alguna en ejecución de sentencia (27). Cuando esas sucesivas transmisiones se conocen durante el litigio y se esta en tiempo en que cabe extender la demanda a dicho nuevo adquirente, ningún obstáculo se opone a que el actor amplíe su demanda frente a este segundo adquirente, con lo que igualmente evitará problemas de ejecución, en caso de prosperar el retracto, porque el tercero poseedor no demandado, no habría podido ser condenado».

Como se deduce de lo expuesto, la razón de demandar conjuntamente a los sucesivos adquirentes para ejercitar el retracto es la de evitar que la acción del retrayente sea estéril. En todo caso es una doctrina que se aplica a los retractos legales. Pero, como bien señaló la sentencia de la Audiencia, si se tiene en cuenta que estamos ante un retracto convencional y conocemos al actual poseedor del bien, nos basta con demandar a éste sin que se nos planteen problemas de situación consorcial. Pues, con el ejercicio del retracto pretendemos adquirir un bien sobre el que tenemos un derecho de adquisición preferente frente a los demás.

En nuestro caso, la demandante sólo actúa contra la adjudicataria y no contra el actual poseedor del bien. Pero aún debemos tener en cuenta dos datos importantes: que la subasta se celebra el 11 de mayo de 1984 y, que la escritura de enajenación forzosa se otorga el 18 de septiembre de 1985, mientras que la actora demanda el 16 de septiembre de 1989. Si fuese un retracto convencional ¿estaría dentro de plazo? No, si se atiende a la fecha de la subasta, pero sí, si tenemos en cuenta la fecha de la escritura de enajenación, donde aún faltan 2 días para cumplir el plazo de caducidad de cuatro años.

(24) Entendió que ella era titular registral, tenía su derecho inscrito, y la adjudicataria también.

(25) *Vid.* por todas la STS de 20 de junio de 1980 (Art. 3079).

(26) Art. 5564, fundamento de derecho segundo.

(27) *Vid.* en igual sentido, STS de 10 de abril de 1904; 8 de junio de 1906; 27 de mayo de 1927; 13 de marzo de 1949.

Aquí, entramos en un nuevo problema: ¿Puede ejercitarse un re-tracto de carácter real en una adjudicación judicial previa subasta?

D. Ejercicio del retractor en la subasta judicial (*)

Es un problema al que alude el Tribunal Supremo en su fundamento jurídico cuarto y que él niega en el caso concreto debido a la falta de carácter real del derecho «Lo que sienta como doctrina la sentencia recurrida, que aquí se confirma, es la improsperabilidad del ejercicio de un derecho contra tercero —el adquirente en la subasta judicial—, por no poder afectarle como tal, un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional y precisamente por no establecerse un plazo para su adecuado ejercicio dada su intrínseca naturaleza, careciendo por ello de la eficacia de la que se quiere investir por la recurrente, máxime cuando preténdese que la tenga no en un acto de enajenación voluntaria sino forzosa como es la vía de apremio procesalmente considerada». Como remite a la sentencia de la Audiencia, nosotros vamos a reproducir íntegramente su fundamento de derecho sexto por su gran interés:

«Aunque a los solos efectos dialécticos se mantuviera que el derecho de retractor convencional “sui generis” debatido en el presente pleito ostentara una naturaleza real, cabría preguntarse si el mismo puede ser ejercitado cuando la transmisión se produce por adjudicación judicial previa subasta. Para la concepción clásica más generalizada la respuesta a la cuestión enunciada no ofrece duda ninguna, pues, partiendo de una análoga conceptualización de ambas instituciones —compraventa y subasta judicial— se llega a la conclusión de que la eficacia de una y otra institución, a los efectos que nos interesan, es idéntica, procediendo, incluso en el caso de transmisión de la cosa por medio de una subasta judicial, el ejercicio de la acción de retractor. Sin embargo, desde una óptica científica más actualizada, se ha de discrepar de la anterior conclusión. Pensemos que ya en la época en la que fueron redactados nuestro Código Civil y la correspondiente Ley Adjetiva, época de la que procede la concepción unitaria de la materia, permanecían en la penumbra dos diferencias radicales entre uno y otro instituto —subasta y compraventa— cuales son, a saber, la fijación del precio de la cosa, que requiere una tasación pericial

(*) Debe tenerse en cuenta que la fecha del procedimiento ejecutivo es anterior a la reforma procesal operada con la Ley 10/1992, de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Esta reforma introduce novedades importantes en la subasta judicial: obligación del Registrador de comunicar a los titulares de los derechos inscritos, posteriores al del ejecutante, el estado de la ejecución para que puedan intervenir (Art. 1490 LEC); el acto de remate lo preside el Secretario judicial y no el Juez que lo aprueba posteriormente (Art. 1503 LEC); así, como se ha suprimido el requisito del otorgamiento de escritura, bastando para inscribir la adquisición en el Registro de la Propiedad, el testimonio expedido por el Secretario judicial con el visto bueno del juez (Art. 1514 LEC).

en la subasta, practicada por un tercero extraño a las partes, mientras que, en la compraventa, el precio es convenido libremente por ellas, y, además, el hecho de que en la subasta judicial no existe para el titular del órgano jurisdiccional la responsabilidad por saneamiento que atañe, conforme a lo dispuesto en el artículo 1474 del Código Civil, a cualquier vendedor.

Estas dos diferencias fundamentales patentizan algo más profundo que el distinto tratamiento legal entre una y otra institución. Ponen de relieve la diferencial naturaleza de ambas, si bien, en la época en la que se redactaron los cuerpos legales antes mencionados, la ciencia del derecho carecía de los instrumentos conceptuales suficientes para explicar satisfactoriamente tal diferencia, que estriba en el hecho de que mientras que la compraventa es un acto de autonomía de la libertad de las partes —un negocio jurídico— la subasta no lo es, sino que es un acto de naturaleza procesal. Baste para justificar la deficiente utilización de categorías jurídicas que se emplea por el legislador, la constatación de que si el concepto de negocio jurídico es de aparición relativamente tardía en el mundo del derecho, mucho más lo es la llegada a dicho mundo del concepto de acto procesal —de rabiosa coetaneidad—, del que la subasta judicial constituye una mera manifestación, en la cual la transmisión de la cosa no se opera negocialmente, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, potestad que queda sustraída en ciertos aspectos como el debatido, en el que se ejercita una facultad de retraer, a la virtualidad de tal ejercicio, sin que a lo dicho obste el hecho de que el procedimiento civil sea respetuoso con los legítimos derechos subjetivos de terceros sobre la cosa transmitida, y, v.gr. obligue a notificar a sus titulares la existencia del procedimiento de apremio, a fin de que puedan ejercitar sus derechos conforme a su contenido. Pero, en lo que nos atañe, se ha de decir que la radical diferencia entre las dos instituciones —compraventa y subasta judicial—, que, de paso, ha sido puesta de relieve timidamente en la última reforma legislativa efectuada en la ley hipotecaria —cuando dice que el titular del órgano jurisdiccional, en el otorgamiento de la escritura, no es representante del deudor—, hace que, en las transmisiones (nótese que, además, en la subasta judicial no existe una verdadera y propia transmisión del derecho en el sentido del derecho privado, pues ésta tiene un origen voluntario —en la voluntad del transmitente—, mientras que el procedimiento de apremio constituye, considerado en su conjunto, una serie de actos procesales tendentes a privar al deudor forzosamente —mediante un acto de la potestad jurisdiccional— de su derecho, todo ello con las debidas garantías procesales, por lo que entre ambas instituciones no existe analogía estructural alguna) de la propiedad operada mediante el acto procesal de la subasta —de derecho público— no exista

la facultad de retraer la cosa ante la inexistencia del precio (sustituido en el procedimiento por la tasación pericial previa a la licitación). Basta lo razonado para justificar la diferencia radical entre una y otra institución, aunque, a mayor abundamiento, se puede decir que otros efectos de la subasta, como es el derecho que ostenta a percibir el laudemio el enfiteuta, no deriva, en una interpretación actualizada de la Ley (artículo 3 del Código Civil), de la analogía de las instituciones traídas a examen, sino que tales efectos son consecuencia de una particular eficacia del acto de subasta, querida por el legislador, pues no cabe olvidar al respecto que, precisamente, la fuente primordial de las obligaciones, según nuestro Código Civil, es la Ley. En supuestos como el enunciado cabría hablar de una obligación impuesta «ex lege» que para nada enturbia la concepción de la subasta como acto procesal y, por tanto, de derecho público.»

La Audiencia considera que no cabe ejercitar el derecho de retracto durante la sustanciación de la subasta judicial porque, en primer lugar y como rasgo distintivo esencial, subasta y compraventa son instituciones de distinta naturaleza; y, en segundo lugar, porque no existe responsabilidad por saneamiento (art. 1474 CC) en la subasta a diferencia de la compraventa.

Antes de entrar a analizar el carácter de la subasta judicial, tengo que manifestar mi discrepancia con la Audiencia respecto a la segunda diferencia apuntada. De acuerdo con el art. 1489 CC, comprobamos que se excluye, claramente, la responsabilidad por daños y perjuicios pero no se excluye el saneamiento por vicios ocultos, del que responde el deudor como titular del bien subastado (28). El problema está en si también se entiende excluido el saneamiento por evicción.

Respecto de la primera diferencia, compraventa y subasta judicial son instituciones diferentes, he de señalar que estamos ante un problema jurídico espinoso y difícil. Nos encontramos con opiniones discrepantes en la doctrina. De un lado, los procesalistas, casi unánimemente, entienden que la subasta es un acto procesal y no una venta (es la posición

(28) *Vid.* en igual sentido, FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», Barcelona, 1987, pp. 275 y 277; MORALES MORENO: «Comentario al artículo 1489», en Comentario del Código civil, I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 966 quien justifica la responsabilidad del saneamiento por vicios ocultos en que: «...la actuación judicial conduce, en definitiva, a una compraventa en la que puede intervenir o ser sustituido el deudor. La transmisión se produce del patrimonio del ejecutado al del rematante, y el precio obtenido sirve, a través del patrimonio del deudor, para pagar a los acreedores... Añádase otra razón: limitar las garantías para el comprador en las ventas judiciales tiene como efecto hacer menos realizables (o en peores condiciones) los bienes de los deudores...».

de la Audiencia). De otro, los civilistas, mayoritariamente, se inclinan por entender que estamos ante un contrato de venta forzosa del bien (29).

Adoptando una postura en el tema, considero que la subasta judicial tiene bastantes diferencias con la compraventa. La compraventa es un negocio jurídico, un contrato, en el que juega plenamente la autonomía de la voluntad y por el que el vendedor, en el momento de la celebración, se obliga a transmitir voluntariamente al comprador la propiedad de un bien a cambio de un precio acordado entre ambos. Si la consumación no es simultánea, el vendedor debe posteriormente, entregar al comprador la cosa vendida (traspaso de la posesión y del derecho de propiedad) y el comprador debe pagar el precio.

La subasta judicial no es un contrato entre vendedor (ejecutado) y comprador, al menos si lo concebimos como acuerdo de voluntades. El deudor no emite ningún consentimiento, ni acuerda con el adjudicatario la entrega de un bien a cambio de un precio. Lo que ocurre en este caso, es que el deudor ante el incumplimiento de una obligación, por mandato legal, se ve forzado legalmente a cumplir (art. 1098, 1.º Cc.) y para ello se embargan bienes con los que se pretende conseguir la cantidad dineraria suficiente para pagar al acreedor quien ha visto reconocido su derecho en una decisión judicial anterior, causa del procedimiento ejecutivo. En la subasta no cabe el juego del principio de autonomía privada puesto que es una figura de Derecho público, una fase de un procedimiento a través del cual se tiende a privar al deudor forzosamente de la propiedad del bien para pagar una deuda al acreedor ejecutante. Además, debe señalarse, ahondando en esta postura, que el juez no actúa como representante legal del ejecutado, ni está tutelando los intereses del acreedor. Su función, en esta fase del proceso, es asegurar la efectividad de una decisión judicial anterior que obliga al deudor a cumplir su obligación.

No obstante, hay semejanzas que permitirían concebir la subasta como un contrato forzoso de compraventa (30) impuesto por el órgano judicial al deudor, tal y como ordena la Ley (31), para reestablecer el equilibrio patrimonial de las partes contratantes roto como consecuencia del

(29) Una buena exposición de las diversas posturas sobre el tema puede verse en SOLCHAGA LOTTEGUI: «El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles», Pamplona, 1986, pp. 68 y ss.; y, FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», Barcelona, 1987, pp. 27 y ss.

(30) Tal y como señaló Díez-Picazo: «Contratos forzosos», *ADC*, 1956-I, pp. 101, 108 y 112; los actos de constitución forzosa de relaciones jurídicas son nuevas formas surgidas en el tráfico junto al contrato, de los que nace una relación idéntica esencialmente a la que puede originar un contrato, en los que sólo varía la fuente de producción: acto de creación voluntaria (contrato), acto de creación forzosa. Pero, la relación jurídica que de ellos surge y es consecuencia (compraventa) es en esencia la misma. En los actos forzosos, el acto de constitución es una manifestación de autoridad a la que el Derecho reconoce también eficacia vinculante. A través de ellos se intenta la realización del interés público, pero a la vez se trata de satisfacer un interés privado. En igual sentido, MORALES MORENO: «Comentario al art. 1489 del CC», en Comentario del Código Civil, I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 966 que entiende que la subasta es una venta judicial impuesta al deudor y en la que el vendedor se sustituye por la actuación del órgano judicial; USÓN DUCH: «Las subastas judiciales», Barcelona, 1993, p. 64 quien ve en la subasta un contrato procesal de venta forzosa.

(31) Los contratos forzosos, como señala Díez-Picazo: «Contratos forzosos», *cit.*, p. 116 son excepcionales y deben venir recogidos en la ley.

incumplimiento de éste (32). La Ley ordena al Juez que promueva la venta pública del bien del deudor sin posibilidad de que éste intervenga y aún contra su voluntad, y que adjudique la propiedad al mejor postor. Desde el punto de vista del adjudicatario, no hay duda de que es una compra voluntaria. Su participación voluntaria en la subasta, a través de la licitación, entraña una emisión de consentimiento contractual (33). Además, aprobado el remate por el juez a cambio del precio ofrecido, igual o superior al tipo base de la subasta, se perfecciona el contrato (34), el adjudicatario puede obtener la propiedad del bien una vez que se otorgue escritura de compraventa por el deudor o por el juez según el caso.

No obstante, a diferencia de la compraventa ordinaria del CC, el precio pagado por el adjudicatario no está fijado de común acuerdo entre él y el vendedor (juez) sino que el precio del bien subastado resulta del tipo de salida fijado para la subasta por el juez una vez que el bien es valorado pericialmente (35). Además, todas las condiciones del contrato, de la subasta, están fijadas previa y unilateralmente por el Juzgado de acuerdo con la ley, y se manifiestan en el anuncio de la subasta. Ello es consecuencia de la finalidad que se persigue a través de la venta judicial: Dar efectividad a una sentencia anterior satisfaciendo el derecho reconocido al acreedor. En este sentido, la subasta judicial podría considerarse como un contrato forzoso de adhesión (36).

No obstante la no intervención del titular del bien en la subasta, obligaría a hablar de compraventa con especialidades (37) en la que

(32) En contra, *vid.* por todos FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», *cit.*, pp. 46-47 y nota 140 quien entiende que a pesar de los múltiples puntos de contacto entre ambas figuras la subasta no se puede concebir como una modalidad de compraventa. Los puntos de contacto entre subasta y compraventa están motivados porque ambas pretenden regular una actividad humana básicamente idéntica: el intercambio de bienes. Pero, sus diferencias vienen dadas por la diversidad de circunstancias que en cada caso envuelven esa actividad común. Hay por ello distintos conjuntos normativos y en caso de laguna legal se puede acudir a la normativa de la compraventa para aportar criterios de solución por vía de analogía. FERNÁNDEZ MONTALVO/XIOL RÍUS: «Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La reforma del proceso civil», I, Valencia, 1992, p. 259; para quienes más que una compraventa es un supuesto de expropiación de la facultad dispositiva que normalmente corresponde; GOZÁLVEZ ESCOBAR: «El procedimiento de apremio», en *Estudios sobre Derecho procesal*, II, dirigidos por Díez-Picazo Giménez y Martínez Simancas y Sánchez, Madrid, 1996, pp. 1729-1730.

(33) *Vid.* en este sentido, DÍEZ-PICAZO: «Fundamentos de Derecho civil patrimonial», I, 4.ª ed., 1993, p. 301.

(34) *Vid.* en este sentido, DÍEZ-PICAZO: «Fundamentos...», I, *cit.*, p. 301; FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», *cit.*, p. 186-187.

(35) El precio de tasación o avalúo es indispensable para que el órgano judicial pueda velar por los derechos del deudor y también por los derechos de los acreedores posteriores. *Vid.* USÓN DUCH: «Las subastas judiciales», Barcelona, 1993, p. 143.

(36) *Vid.* en este sentido, USÓN DUCH: «Las subastas judiciales», *cit.*, p. 65. En igual sentido, SSTs de 23 de octubre de 1980; 20 de septiembre de 1983; 16 de julio de 1984; 31 de enero de 1985.

(37) DÍEZ-PICAZO: «Contratos forzosos», *cit.*, p. 114-115 entiende que la subasta judicial como contrato forzoso de compraventa es un acto estatal, de Derecho público

la subasta sería la fase de perfeccionamiento o de celebración del contrato: fijación del precio y selección del comprador (38).

La especialidades continúan en la fase de consumación. En la compraventa ordinaria, el vendedor debe transmitir la propiedad del bien mediante la entrega de la cosa: traspaso posesorio e intención de transmitir la propiedad; y, responde del saneamiento por evicción y vicios ocultos, así como debe indemnizar daños y perjuicios si es de mala fe. En la subasta o venta judicial es necesario, según la Ley, un auto de adjudicación otorgado por el Juez. Tras él, la venta deviene irrevocable, se hace perfecta, pero aún no se ha transmitido la propiedad. Posteriormente, se notifica al deudor para que otorgue escritura pública y si no lo verifica la otorga el juez de oficio y con ello se transmite la propiedad al adjudicatario (art. 1462, 2.º CC). Tras la reforma de 1992 no es necesario el otorgamiento de escritura. La entrega se produce con la entrega del testimonio judicial unida a los títulos de pertenencia o propiedad. El otorgamiento de la escritura por el juez nos lleva a considerar que la transmisión de la propiedad al adjudicatario se produce por mandato legal, es decir, por voluntad de la Ley pues falta el ánimo de transmitir la propiedad por parte del deudor-propietario. Es una transmisión legal, prevista en el art. 609 CC, en la que el juez se limita a entregar la posesión y entrega los títulos justificativos de la adquisición (39).

En este tipo de transmisiones por subasta judicial, la ley excluye expresamente la indemnización por daños y perjuicios, puesto que se entiende por la mayoría de la doctrina que no puede haber culpa o mala fe de una persona que se ve constreñida en su voluntad (40) y menos aún por el juez. No obstante, entiendo que si bien esta será la situación normal, no se debe descartar en los casos en que el deudor actúa de mala fe y entrega bienes que no son de su propiedad. Pero no excluye el saneamiento por vicios ocultos de los que responde el deudor, por lo que el comprador tiene la acción redhibitoria y la acción «*quantum minoris*» (41).

El problema es si cabe responsabilidad por evicción y quién debe ser el responsable. La doctrina y la jurisprudencia no tienen una posi-

que origina una relación de derecho privado. Sería un acto heterónomo, pues un extraño a la relación es llamado por la ley para crearla. La voluntad es irrelevante, deja de ser parte integrante de la estructura del acto.

(38) *Vid.* en este sentido, FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio», *cit.*, p. 36 y 185.

(39) CARRERAS: «El embargo de bienes», Barcelona, 1957, p. 39 considera que el otorgamiento de escritura por el juez es una conducta fungible jurídicamente, pues este está autorizado para vender en sustitución del responsable.

(40) *Vid.* por todos, NAVARRO PÉREZ: «La compraventa civil», Granada, 1993, p. 584.

(41) Es aceptado por la mayoría de la doctrina. En contra, NAVARRO PÉREZ: «La compraventa civil», *cit.*, p. 584, quien atendiendo al Derecho francés e italiano no ve razón de obligar al deudor a tal saneamiento cuando se realiza una venta contra su voluntad y no ha hecho ofrecimiento de la cosa a nadie. Considera que el responsable debía ser el Juez pues debió certificarse sobre las condiciones de la cosa antes de proceder a la subasta.

ción clara al respecto. Desde el punto de vista del adjudicatario-adquirente es de justicia que si se ve privado, por sentencia judicial firme, pueda exigir responsabilidad. El problema se plantea al tratar de determinar el sujeto responsable. En la compraventa ordinaria, según el art. 1474 C.c., responde el vendedor. Conceptuando la subasta judicial como un contrato forzoso de compraventa se podría afirmar que responde el ejecutado, como titular del bien durante el proceso. El inconveniente de esta respuesta es que el ejecutado no es vendedor ni interviene en la subasta judicial, de manera que no contrae ninguna obligación ni puede ser responsable contractualmente por evicción. El adjudicatario se ve privado forzosamente de un bien como sanción al incumplimiento de una obligación anterior. De otra parte, tampoco puede afirmarse que el responsable sea el órgano judicial cuya misión es dar efectividad a una decisión judicial pero no actúa como representante legal ni como sustituto del vendedor, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117 CE).

Estas afirmaciones nos llevan a negar la posibilidad de saneamiento por evicción en la subasta judicial. A su vez, unidas con todo lo anterior, nos permiten concluir que la subasta judicial es simplemente un acto procesal, una fase del procedimiento ejecutivo que tiene su propia normativa en la LEC. La subasta judicial no es un contrato porque falta la esencia misma de éste: el acuerdo de voluntades. No hay vendedor.

Nos queda sin resolver qué ocurre con el adjudicatario cuando se ve privado de la cosa. En mi opinión, el adjudicatario ha realizado una atribución patrimonial sin causa, por lo que puede ejercitar una acción de enriquecimiento injusto frente al deudor ejecutado que, en principio, es la persona que ha experimentado un enriquecimiento injusto (ha visto extinguida su deuda con el importe obtenido en la subasta de un bien ajeno). Si el adjudicatario solicita la restitución del importe abonado en la subasta se puede encontrar con dos posibilidades: 1.^a— que el deudor tenga bienes y pueda restituir, por lo que no se plantearía ningún problema; y 2.^a—, que el deudor sea insolvente. En este último caso, el adjudicatario puede dirigirse frente al acreedor ejecutante para obtener la restitución, porque el acreedor ha cobrado con el importe de la subasta de un bien ajeno a su deudor un crédito que de otra manera no podría haber satisfecho, es decir, un crédito de valor cero (42).

(42) Si el acreedor hubiese intentado ceder onerosamente su crédito, no habría conseguido su fin, porque nadie va a adquirir un crédito incobrable (frente a un deudor insolvente), aparte de su responsabilidad frente al cesionario, arts. 1529 y 1530 C.c.

Volviendo al tema de la sentencia comentada, nos queda definirnos sobre la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto en la subasta judicial. En mi opinión, el carácter forzoso de la enajenación del bien del ejecutado impide su posibilidad. Además, teniendo en cuenta la variación del tipo de licitación, admitir el ejercicio del retracto en ella podría suponer una posibilidad de defraudar a los acreedores en beneficio del retrayente por su derecho de adquisición preferente; y, un perjuicio para el deudor, que podría llegar a no cubrir el pago de su deuda con tal importe. El titular del retracto debe ejercitar su derecho después de la aprobación del remate (43), una vez perfeccionada la compraventa, siempre que tenga preferencia al embargo (44).

(43) En este sentido, *vid.* STS de 30 de octubre de 1989 (Art. 8268).

(44) En igual sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «La enajenación forzosa», Pamplona, 1966, pp. 138-139; FRANCO ARIAS: «El procedimiento de apremio» *cit.*, pp. 237 y 238.