

## NOTAS SOBRE EL RETRACTO

El retracto convencional, es el desenvolvimiento de una condición resolutoria potestativa, cuyo cumplimiento (pago o consignación) resuelve retroactivamente la compraventa; la escritura sólo es necesaria para devolver la posesión al primitivo vendedor.

Al retracto legal, en cambio, se le veía como una subrogación (art. 1.521 del Código civil). Pero la subrogación sola no basta para configurar el retracto ni conseguir sus fines. Porque la subrogación es la sustitución de una persona en la posición jurídica de otra; de consiguiente—en la compraventa, por ejemplo—, el subrogado no es sucesor del comprador en cuyo lugar se coloca, sino del vendedor; pero en la posición jurídica de comprador sí que es sucesor del comprador primitivo; no puede, pues, tener más derechos que los que éste tenía al subrogarle, en consecuencia le perjudicarán los actos de disposición que, antes de la subrogación, haya realizado el comprador primitivo. Este perjuicio que el subrogado podría sufrir por los actos dispositivos anteriores realizados por la persona en que se subroga, lo evita la Ley, en la fianza—por ejemplo—declarándola extinguida (art. 1.852 íd.); y en el retracto, con la resolución retroactiva de la titularidad del retraído. Por eso la jurisprudencia resalta ese carácter resolutorio, diciendo en las Sentencias de 21 de noviembre de 1944 y 3 de octubre de 1951 (A. R.), “la acción de retracto resuelve por ministerio de la Ley la relación jurídica que el título adquisitivo creó...” y “...celebrado un contrato de compraventa... su definitiva adquisición por el comprador queda sujeta a una condición resolutoria...”.

Hay, pues, en el retracto legal, una resolución lo mismo que en el convencional (art. 1.506 íd.), con la diferencia que en éste afecta a la compraventa, y en aquél a la posición de contratante que tenía el retraído, el cual queda excluido *ex tunc*. Esta resolución y subrogación, es en “el contrato”, como dice el artículo 1.521, y como consecuencia, en la adquisición que éste provocó; el retraído queda eliminado como si nunca lo hubiese celebrado y en virtud de las compensaciones económicas del artículo 1.518 recupera la misma situación económica y jurídica que tenía antes de contratar; desde entonces las acciones nacidas del contrato (saneamiento, entrega de precio aplazado, rescisión o indemnización por defecto de mensura, etc.) operan entre retrayente y vendedor con exclusión del retraído.

Esto pugna con el principio de intransmisibilidad de la posición jurídica de contratante sin la aprobación de la contraparte (en esto precisamente se funda la doctrina que considera intransmisible la opción) y con el de no ser posible la sucesión en las deudas sin consentimiento del acreedor; pero estas objeciones—que podrían también oponerse al artículo 131, regla 8.ª, de la Ley Hipotecaria, al artículo 597, apartado 3.º del Código civil, etc.—son inoperantes, ya que las instituciones jurídicas y los derechos subjetivos los configura la Ley, y códice la Sentencia de 11 de junio de 1945 sobre retracto arrendaticio de una finca permutada: “Quienes transfieren mediante (permuta) el dominio de fincas rústicas conocen por preceptos legales la intervención que la puesta en práctica de sus planes tiene el arrendatario... No interesa al caso... el análisis de las consecuencias entre los permutantes del éxito del retracto...; basta consignar que, debiendo preverlo, consintieron, y que el derecho del arrendatario lo garantiza la ley...”.

La resolución opera en lo que sea necesario para cumplir la finalidad del retracto; los negocios que no lo desvirtúen, aunque dimanen de la venta retraída, se mantienen incólumes; por eso en la compraventa con precio aplazado, si antes de ejercitarse el derecho de retracto, el vendedor cobra el precio, lo condona o recibe un bien en pago, estos negocios continuarán surtiendo todos sus efectos entre vendedor y retraído.

La imposibilidad de la subrogación impide el retracto; sin embargo, la jurisprudencia es favorable a la institución, am-

pliándolo a las operaciones a título oneroso análogas a la compraventa, como el censo reservativo (Sentencia de 11 de junio de 1902—por la misma razón debe aplicarse al caso de constitución de censo enfiteútico—; la de 9 de marzo de 1922 confirmó la sentencia que accedía al retracto en la aportación de bienes a una sociedad anónima, si bien este extremo no se debatió en recurso; las de 11 de diciembre de 1944, 24 noviembre 1944 (A. R.) y otras, al caso de venta por precio aplazado; en la de 28 de diciembre de 1918 el comprador se había obligado a cuidar a la vendedora; en la de 7 de noviembre de 1925 debía funerarla, etc.

Si el precio de la compraventa consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se decidirá si es compra o permuta, con arreglo al artículo 1.446 íd. En la Sentencia de 30 de marzo de 1921 se dio lugar al retracto en un contrato en que se transmitía una finca valorada en 1.900 pesetas a cambio de 1.880 pesetas en metálico y un servicio de campo tasado en 20 pesetas; y es que en éste y análogos casos, las circunstancias objetivas del negocio permiten afirmar que la intención de los contratantes fué descomponerlo en dos: compraventa por 1.900 pesetas, y adjudicación en pago de las 20 pesetas que no se entregaron en metálico.

El criterio del citado artículo 1.446 sirve para resolver los casos en que las prestaciones accesorias del precio sean personalísimas, pero de tan poca importancia que no constituyan la causa del contrato; por ejemplo, el caso citado de la Sentencia de 28 de diciembre de 1918, que es muy corriente en Galicia; claro que en estos casos no cabe subrogación absoluta, y el vendedor continúa obligado a realizar las prestaciones personalísimas cuyo importe le abonará el retrayente al retraer; el retrayente queda en la situación del que contrató ofreciendo la prestación de un tercero; y si este tercero (en este caso el retraído) incumple, el incumplimiento afecta al retrayente que no puede exonerarse ante el vendedor, alegando que no incurrió en culpa en la elección ni en la vigilancia, pues la responsabilidad de él por la conducta del tercero, no nace de culpa aquiliana, sino del contrato en que se subrogó, y en materia contractual sólo exonera la fuerza mayor y el caso fortuito. Es de tener en cuenta que como el retracto se opera entre comprador y retrayente, el

vendedor es tercero; la sentencia de retracto, en que no fué parte, no le afecta; y, por consiguiente, podrá en un juicio ordinario resolver, por incumplimiento, la transmisión realizada y el subsiguiente retracto, probando que la prestación incumplida no era accesoria, como se afirmó en la sentencia del retracto, sino elemento esencial de la transmisión que realizó.

Aunque la renta vitalicia se distingue netamente de la compraventa, entre otras cosas por falta de precio cierto, parece pueda ser retraída por ser análoga a la compraventa y posible la subrogación.

No procede el retracto del Código civil, pero sí el de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en el contrato que en Francia se llama arrendamiento "a nourriture", en Alemania, derecho de tenteil, que se utiliza en algunas de nuestras zonas campesinas, por el que se transmiten fincas a cambio de alimentos y cuidados personalísimos.

De los artículos 622 y 638 íd. parece deducirse que la donación onerosa, en que la onerosidad consista en la entrega de determinada cantidad, es un negocio a descomponer en dos: donación y compraventa; las consecuencias serían: que cabría el retracto en cuanto a la parte de lo dañado que equivalga al importe de la carga; que caso de incumplimiento, a la parte que es donación le sería aplicable el artículo 647 que concede la revocación en perjuicio de tercero (art. 37, núm. segundo, Ley hipotecaria); y, en cambio, a la parte de la cosa "hasta la concurrencia del gravamen", le sería aplicable el artículo 1.124 del Código que en su último apartado protege a tercero, y salvo pacto resolutorio expreso, quedarían inmunes los subadquirentes, según el artículo 11 de la Ley Hipotecaria. Esto no parece razonable; el artículo 619 dice: "Es también donación aquella que se impone al donatario un gravamen...", lo que implica que hay que considerar el negocio en su unidad, sin perjuicio de que a efectos de evicción, reducción, colación, etc., se tenga en cuenta el gravamen.

La doctrina empezó considerando la venta por bajo precio para favorecer al comprador (negocio mixto *cun donationem*) como integrada por una donación y una compraventa. Esta posición fue refutada por considerar que lo querido por los contratantes fue un solo negocio, no dos, excepto en el caso de que

la escisión resulte patente o se condone parte del precio señalado; la donación—dicen—no está en la diferencia entre el precio real y el precio de favor en que se vendió, sino en haber concedido, por razones de amistad, una venta en condiciones económicamente tan ventajosas; de consiguiente, se aplicarán las reglas de la donación y de la compraventa (se revoca por las causas de las donaciones, pero se devuelve el precio de la compraventa). La doctrina italiana cree, en cambio, que lo que la doctrina anterior considera como donación, no es más que un elemento psicológico del negocio, o sea, un motivo y, por consiguiente, intrascendente; y que el negocio, es oneroso; cabrá, abril de 1946 declaró válida la venta por precio reducido—nuespues, el retracto. Es de recordar aquí que la Sentencia de 29 de tro derecho no exige justo precio—y rechazó el recurso que pretendía se la declarase donación remuneratoria.

Son interesantes los problemas que el retracto, como condición resolutoria, plantea respecto a la posesión. Los anotadores del Enneccerus al estudiar las adquisiciones derivativas, tratan la cuestión de la posesión *ad usucapionem* en el retracto convencional, en el caso de que el vendedor que retrae no fuese dueño de lo vendido, sino que lo estuviese prescribiendo; ese vendedor retrayente en cuanto a la propiedad no es sucesor del retraído, pero ¿y en cuanto a la posesión?; y afirman que como la posesión es un hecho irreversible, no puede ser borrada, la tuvo el comprador retraído y de él y como sucesor suyo la adquiere el vendedor retrayente que une ambas posesiones a efectos de prescripción.

¿Y en el arriendo? Porque puede suceder que el arrendatario que lo sea en virtud de arriendo no especialmente protegido, compre la finca arrendada y que por no haber inscrito un colindante ejercitase contra él el retracto pasado bastante tiempo; este arrendatario retraído ¿recobra *ipso jure* su posesión arrendaticia; esto es, ¿hay retroacción real o solamente obligacional y, por consiguiente, el retrayente debe otorgarle un nuevo contrato de arriendo y colocarle en la situación que tenía antes de comprar?; si admitimos la retroacción real, el problema afecta al *animus*; el arrendatario comprador tuvo y tiene la tenencia (*corpus*), pero al dictarse la sentencia de retracto, la posesión que hasta entonces tuvo como dueño ¿quedó con efecto

retroactivo degradada y reducida a posesión como arrendatario?, ¿es reversible el *animus*?; la buena o mala fe, parece irreversible y a cubierto de ficciones jurídicas (arts. 435 y 442 íd.). La Sentencia de 24 de octubre de 1951 (A. R.) refiriéndose a la nulidad de la compra por el arrendatario de la finca arrendada, dice: "...hay que estimar que por consecuencia de la nulidad absoluta nunca tuvieron, a los efectos jurídicos, la condición de propietarios, y, por tanto, que renació en ellos la de arrendatarios, que por inexistencia del convenio de compraventa desde su origen no podían perder..."; esta doctrina parece resolver nuestro caso; pero llevada a sus naturales consecuencias, cabe preguntar, ¿tiene el arrendatario que pagar la renta correspondiente al tiempo anterior al retracto, o sea, al tiempo durante el cual él fué dueño de la finca?; esto no parece justo y máxime teniendo en cuenta que el retrayente durante ese tiempo tuvo el precio en su poder; tal vez la solución nos la dé el artículo 120 íd., de cuyo espíritu, así como del de los 1.519 y 1.520 en su final, parece deducirse que la resolución del dominio no produce, en cuanto a los frutos, ni quizá en cuanto a la posesión, la retroacción, ni aun la obligacional, o sea, que el que como consecuencia de la resolución devuelve la cosa, no está obligado a procurar al que la recibe lo que tendría si el negocio resuelto no se hubiese celebrado; y no creo sea argumento en contra el que pudiera deducirse del artículo 450 íd., pues éste no borra retroactivamente la posesión, sino lo que hace es reglamentar retroactivamente una posesión que originariamente, y aun de hecho, según el artículo 445, era proindiviso.

ROMÁN PENZOL.

NOTARIO