

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2020

Número 114 (Septiembre-Diciembre)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2957

Comentario

1. Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda (CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO)

1 Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda

“Comentario a la STS de 15 de enero de 2020” (RJ 2020\652)

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Murcia

ISSN 0212-6206

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 114
Septiembre - Diciembre 2020

Sumario:

- I. Planteamiento
- II. Algunos precedentes
- III. Aproximación crítica a la tesis mantenida por el TS en la presente sentencia: el sentido del sistema de preferencias adquisitivas de origen legal
- IV. El efecto subrogatorio del retracto legal. Su sentido
- V. La explicación del efecto subrogatorio del retracto legal respecto a las posiciones pasivas derivadas del contrato transmisivo

RESUMEN:

Conforme a la STS de 15 de enero de 2020, si la vivienda arrendada estaba previamente hipotecada, y su propietario la vende mediante subrogación del

ABSTRACT:

According to the Judgment of the Supreme Court of January 15, 2020, if the rented house was previously mortgaged, and its owner sells it

comprador en el crédito hipotecario, el arrendatario no puede ejercitar su derecho legal de retracto subrogándose a su vez en el crédito, a menos que el acreedor hipotecario preste su consentimiento. Se trata de una doctrina discutible, que, con base en criterios puramente dogmáticos, subordina la eficacia propia del retracto legal, no ya al cumplimiento de los presupuestos y requisitos establecidos al efecto por la ley en atención a fines superiores de política legislativa, sino a la voluntad libre y soberana de un tercero, el acreedor hipotecario, sin consideración al hecho de que los intereses de este deben considerarse suficientemente garantizados mediante la subsistencia de la hipoteca.

PALABRAS CLAVE: Retracto legal del arrendatario de vivienda - Subrogación en el préstamo garantizado con hipoteca sobre la misma vivienda

through subrogation of the buyer in the mortgage loan, the lessee cannot exercise his legal right of redemption by subrogating himself in the credit, unless the creditor gives his consent. It is a questionable doctrine, which, on the basis of purely dogmatic criteria, subordinates the effectiveness of the legal right of redemption, not only to the fulfillment of the conditions and requirements established by law in consideration of higher purposes of legislative policy, but to the free and sovereign will of a third party, the creditor, regardless of the fact that the interest of this party is sufficiently secured by the subsistence of the mortgage.

KEYWORDS: Legal right of redemption granted to the lessee of residential immovable property - Subrogation in credit secured by mortgage in the same immovable

PONENTE: Excma. Sra. D.^a MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN

DOCTRINA: Con carácter general, si la finca retraída está gravada con una hipoteca, el retrayente necesita el consentimiento del acreedor para poder subrogarse en la deuda.

Si, como sucede en el caso, la finca hipotecada se vende, y el comprador se subroga en la deuda con consentimiento del acreedor, el deudor enajenante habrá quedado liberado y el comprador se habrá convertido en nuevo deudor. Si, como es el caso, la finca está arrendada, la sola voluntad del arrendatario de ejercer el retracto "mediante la subrogación en la hipoteca" no puede liberar al comprador retraído de su condición de deudor. Para ello sería preciso el consentimiento del acreedor.

Por eso, es evidente que "el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato" ([art. 1521 CC](#)) no implica la facultad unilateral del retrayente a subrogarse en la deuda garantizada por la hipoteca sin el consentimiento del acreedor hipotecario, tal y como exigen los [arts. 1205 CC](#) y [118 LH](#). No está prevista una subrogación "ex lege" en la deuda. Sin el consentimiento del acreedor no hay "subrogación hipotecaria" ni, por tanto, la voluntad del retrayente de "subrogarse en la hipoteca" puede cumplir la función que persigue el reembolso ([art. 1518 CC](#)) de dejar indemne al comprador retraído.

HECHOS: El 1 de noviembre de 2013, la empresa Fegar cedió en arrendamiento una vivienda unifamiliar de su propiedad a Noelia. El 7 de agosto de 2014, y en cumplimiento de lo establecido en el [art. 25 LAU](#), Fegar comunicó a Noelia que había transmitido la vivienda a la empresa Buildingcenter. En la escritura de venta se hacía constar que el precio pactado se satisfacía mediante su retención por la compradora y la subrogación de esta en las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario concertado entre la vendedora y una entidad bancaria (Caixabank), que, por su parte, consentía la subrogación de la compradora y la correlativa liberación de la vendedora. A la matriz de la escritura se incorporaba el certificado expedido por la entidad bancaria, del que resultaba que el precio de compra se cuantificaba en 181.000 euros más un 10 % de IVA. Noelia se dirigió a Buildingcenter para comunicarle su intención de ejercitar el retracto y adquirir, en consecuencia, la vivienda, por el precio de 181.000 euros y mediante subrogación en la hipoteca que gravaba el inmueble.

Al no recibir respuesta, Noelia interpuso demanda contra Buildingcenter en la que solicitaba que se declarase su derecho a retraer mediante la subrogación en la deuda hipotecaria. En primera instancia se estima la demanda; en apelación, la Audiencia Provincial confirma que procede estimar la demanda, “sin que pueda efectuarse objeción alguna a la subrogación en el préstamo hipotecario, pues mediante el ejercicio de la acción de retracto el arrendatario se subroga ‘en las mismas condiciones estipuladas en el contrato’ en el lugar del adquirente, tal y como se deriva del  [artículo 1521](#) CC, pues el derecho que el arrendatario otorga el  [artículo 25](#) LAU es un supuesto de retracto legal”. Buildingcenter plantea entonces ante el Tribunal Supremo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, en los que, en esencia, se alega la improcedencia de dar curso al retracto mediante la subrogación del retrayente en la deuda hipotecaria, cuando el acreedor hipotecario no ha consentido la subrogación.

VOZ INDICE ANALITICO (Máximo 2) Retracto legal-Subrogación en la deuda hipotecaria

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2020

Número 114 (Septiembre-Diciembre)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2957

Comentario

1. Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda (CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO)

I. Planteamiento

I. PLANTEAMIENTO

La sentencia objeto del presente comentario constituye un nuevo ejemplo de que los derechos legales de adquisición preferente siguen siendo, pese a su larguísima trayectoria histórica, una fuente permanente de problemas jurídicos de gran trascendencia práctica y extraordinaria complejidad técnica. En el caso de esta importantísima –y muy discutible– sentencia, los problemas se relacionan directamente con la configuración técnica del retracto legal, especialmente con sus presupuestos de ejercicio y efectos. Interesa destacar desde el primer momento que, en el asunto que nos ocupa, tienen una relevancia secundaria tanto las circunstancias del caso concreto como el ámbito específico en el que se sitúa este último (se trata del ejercicio de un retracto arrendaticio urbano regulado por el  [art. 25](#) de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994). La simple lectura de la sentencia pone de manifiesto, en efecto, que la tesis mantenida en ella por el Tribunal Supremo no viene condicionada, al menos de forma decisiva, por la especificidad del caso concreto, sino que atiende a razones dogmáticas relacionadas con la aplicación de ciertos principios básicos de nuestro Derecho Patrimonial.

El planteamiento del asunto es relativamente sencillo, y la propia sentencia así lo pone de manifiesto al inicio de su argumentación: se trata de determinar si, en el caso de venta de una vivienda arrendada que estaba previamente hipotecada, el arrendatario puede ejercitar el derecho legal de retracto que le reconoce el  [art. 25](#) de la Ley de Arrendamientos Urbanos mediante la subrogación en la deuda hipotecaria asumida por el comprador, cuando el citado arrendatario no cuenta con el consentimiento del acreedor hipotecario para la subrogación.

La respuesta de las dos sentencias de instancia había sido afirmativa: la acción de retracto debe ser estimada, porque, como decía la sentencia de la Audiencia, el  [art. 1521](#) CC define el retracto legal como “el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”. El Tribunal Supremo disiente, y declara que, si no hay consentimiento del acreedor hipotecario, el retrayente no puede subrogarse en la deuda hipotecaria, porque, conforme al  [art. 1205](#) del Código Civil, “la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”; disposición que, como recuerda el propio Tribunal, responde a la idea tradicional de que al acreedor no se le puede imponer un cambio de deudor sin su voluntad, ya que la persona del deudor no es irrelevante para él.

Ciertamente, la sentencia parece apuntar a la posibilidad de que, faltando el consentimiento del acreedor hipotecario para la subrogación, el retrayente hubiera podido ejercitar su derecho mediante el abono íntegro de la totalidad del precio pactado; posibilidad que, al parecer, incluso había admitido el comprador demandado en la acción de retracto. Sin embargo, ni siquiera este extremo resulta del todo claro, ya que la propia sentencia advierte que dicho pago “hubiera quedado supeditado, en su caso, a la cancelación de la hipoteca sobre la finca retraída, de acuerdo con todas las condiciones exigibles para ello en función de las condiciones de la hipoteca”. Con ello, el TS parece sugerir que incluso la viabilidad de un pago íntegro anticipado estaría supeditada al cumplimiento de las condiciones pactadas al respecto con la entidad acreedora y, en último término, a la aceptación de esta. Sin duda, este planteamiento sería también coherente con las reglas generales de nuestro ordenamiento, ya que, como es sabido, el [art. 1127](#) CC dispone que *“siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor; a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro”*; lo que significa que, en principio, el acreedor no tiene por qué aceptar un pago anticipado, a menos que, en el caso concreto, la ley o el contrato hubieran previsto esa posibilidad sometiénola, en su caso, al cumplimiento de determinadas condiciones o requisitos (en especial, el pago de ciertas compensaciones o comisiones; vid. [art. 23](#) de la reciente [Ley 5/2019, de 5\(sic\) de marzo](#), reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). Con lo cual, en definitiva, habría que concluir que, aun cuando el retrayente hubiera ofrecido el pago íntegro, se seguiría supeditando la viabilidad de su demanda al cumplimiento de requisitos ajenos a la propia regulación de la preferencia adquisitiva.

El planteamiento del TS es, pues, muy claro: el conflicto entre el [art. 1521](#) (que define el derecho del retrayente a subrogarse con las mismas condiciones del contrato original) y el [art. 1205](#) CC (que reconoce al acreedor el derecho a decidir libremente si consiente o no la liberación del deudor original y su sustitución por otro) debe resolverse en favor de este último. Esta es la esencia del razonamiento seguido por la sentencia. Los restantes argumentos que en ella se manejan tienen un carácter claramente secundario y un valor, a nuestro juicio, muy relativo. La referencia al [art. 118](#) de la Ley Hipotecaria (que regula los supuestos de venta de finca hipotecada) puede resultar ilustrativa, pero no aporta gran cosa al fondo de la discusión, puesto que, en definitiva, el régimen derivado de dicho artículo no es sino una consecuencia derivada del [art. 1205](#) CC. En cuanto a la expresa alusión a las exigencias que en la actualidad se derivan de la noción de “crédito responsable”, tan de moda en los últimos tiempos a raíz, sobre todo, de la promulgación de la nueva [Ley de Crédito Inmobiliario de 2019](#), la consideramos más bien –dicho sea con el debido respeto– desafortunada: si hay razones para pensar que el [art. 1205](#) debe prevalecer sobre el [art. 1521](#) CC, entendemos que esas razones existían ya antes de que empezara siquiera a hablarse de crédito responsable; y si se llegara a entender que la solución debe ser la contraria (que el [art. 1521](#) debe prevalecer sobre el [1205](#)), ello no afectaría en modo alguno al citado principio: es evidente que, si el acreedor hipotecario concedió originalmente el crédito de forma responsable, ya cumplió con las exigencias derivadas del sistema, y no le sería en modo alguno reprochable que su deudor original fuera sustituido por otro como consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho de retracto legalmente reconocido. Todo ello al margen de que, aun admitiendo –a efectos argumentativos– que el posible ejercicio de un retracto reconocido por la ley pudiera afectar a la seguridad del crédito hipotecario en el caso concreto, dudamos que ello pudiera interpretarse como un riesgo inasumible para el sistema financiero en su conjunto (que es, no se olvide, lo que está detrás del principio de crédito responsable).

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2020

Número 114 (Septiembre-Diciembre)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2957

Comentario

1. Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda (CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO)

II. Algunos precedentes

II. ALGUNOS PRECEDENTES

Es llamativo que en la sentencia que comentamos no se aluda a ningún precedente judicial, cuando lo cierto es que algún precedente sí existe. Así, por ejemplo, la posibilidad de que se pueda ejercitar el derecho de retracto respecto a fincas previamente hipotecadas, con subsistencia del derecho de hipoteca, ya fue reconocida en SSTS de 22 febrero 1961, 11 noviembre 1965 y [9 marzo 1999](#) (RJ 1999, 1994); del mismo modo, la jurisprudencia ha admitido sin ninguna duda que, en los casos de venta con precio aplazado, el retrayente tiene derecho a subrogarse en la posición del comprador, reembolsando la parte de precio efectivamente satisfecha por el comprador, y asumiendo frente al vendedor la obligación de pagar la parte de precio pendiente en las mismas condiciones originalmente pactadas, sin que el vendedor pueda oponerse a la subrogación alegando el [art. 1205](#) CC. En esta línea se sitúan, por ejemplo, la SSTS de 11 diciembre 1944, 12 mayo 1945, 17 abril 1958, 20 marzo 1959, y 11 noviembre 1965; en esta última, en concreto, se admite expresamente la asunción por el retrayente de la deuda correspondiente a la parte de precio pendiente de pago, garantizada con hipoteca sobre el mismo piso retraído, aludiendo a la subrogación en las mismas condiciones estipuladas que prevé el [art. 1521](#) CC.

En la doctrina, este planteamiento ha sido acogido favorablemente por algunos autores; para las ventas con precio aplazado, se pronunciaba en este sentido, p. ej., BARBER CÁRCAMO (*El retracto gentilicio*, Madrid, 1991, pp. 137 y ss.), quien, tras señalar que “el problema inevitablemente unido a este tipo de venta es el de la garantía del vendedor, dada la indiscutible atención a las condiciones personales del comprador que conlleva el aplazamiento del precio (cfr. [arts. 1204](#) y [1205](#) CC)”, concluía afirmando que “el retracto procede ante las ventas con precio aplazado, cuyo pago habrá de garantizarse al vendedor por distintos medios, atendiendo a las concretas circunstancias del caso”. Anteriormente, ya se habían pronunciado en esta línea autores como MANRESA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. VI, Madrid, 1895, p. 94), o FIGA FAURA (en su comentario a la STS de 11 diciembre 1944, “El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado”, en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 880 y ss., en especial p. 888). En cambio, otros autores se han mostrado más reticentes al respecto, precisamente con base en el [art. 1205](#) CC (vid., p. ej., BELLO JANEIRO, D., [El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil](#), Pamplona, 1995, p. 239; o REBOLLEDO VARELA, Á., “Comentario a los [arts. 1.521](#) y ss.”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1.019). En la jurisprudencia, este planteamiento más restrictivo fue acogido, al menos

aparentemente, por la STS de 24 mayo 1966: el retrayente pretendía ejercitar el retracto mediante la consignación en metálico de la parte del precio ya satisfecha por el comprador y la presentación de una letra de cambio por el resto, ateniéndose a lo estipulado por las partes del contrato original. El Supremo confirma la sentencia de instancia, que desestimó la demanda de retracto, afirmando: “Si bien dicho precepto (el [art. 1521](#)) admite la subrogación en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, no lo es menos que la admisión por los vendedores de una letra de cambio en garantía del precio aplazado se hizo en consideración a la persona del deudor, que no puede ser modificado sin el consentimiento del acreedor – [art. 1211](#) (sic; debe referirse al [art. 1205](#)) del CC–, consentimiento que no aparece en los autos”. Aunque la sentencia hace otras consideraciones acerca de la ineficacia de la letra de cambio como medio de realizar el reembolso exigido por el [art. 1518](#), a tenor de lo dispuesto por el [art. 1170](#), lo cierto es que en el caso concreto parece haber pesado especialmente el hecho de que en la letra presentada por el retrayente faltaba un requisito esencial de validez, como era la firma del librador.

Especialmente interesante es el precedente de la mencionada STS de 11 de diciembre de 1944, que tuvo que resolver un caso que presentaba características parecidas (aunque no idénticas) al que ahora nos ocupa, y lo hizo formulando algunas ideas que, a nuestro juicio, podrían haber resultado muy útiles para la resolución del presente caso. Se trataba del ejercicio de un retracto enfiteútico sobre la base de una venta con precio aplazado y garantizado con hipoteca sobre la propia finca. La demandante pretendía ejercitar el retracto mediante la consignación de la parte ya satisfecha del precio y la asunción, en cuanto al resto, de la parte de deuda pendiente de pago. La vendedora demandada, por su parte, alegaba, entre otros argumentos, que no podía darse curso al retracto sin que la retrayente consignara la totalidad del precio estipulado, y que, con arreglo al [art. 1205](#) CC, no se le podía imponer un cambio de deudor sin su voluntad. El TS, confirmando la decisión y haciendo suyos los argumentos de las dos instancias, estima la demanda, considerando, en definitiva, que el [art. 1521](#) autoriza al retrayente a subrogarse en la posición del comprador con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, sin que, por tanto, se le pueda imponer una agravación de esas condiciones; que, por tanto, el retrayente tiene derecho a beneficiarse del aplazamiento pactado del precio; y que, a estos efectos, no puede entenderse que las condiciones del contrato se hubieran establecido por meras consideraciones personales, “puesto que la entrega del precio aplazado se aseguró con garantía real (hipoteca sobre la finca transmitida) que ha de subsistir, pese al fenómeno subrogatorio”. En su razonamiento, apunta el TS que, “si se admitiese la tesis contraria, podría burlarse fácilmente el designio legislativo con sólo estipular un aplazamiento del precio en las enajenaciones”; y añade: “Sin negar que en casos semejantes al de autos, una transmisión en que las condiciones se hayan configurado *intuitu personae*, podría plantear interesantes problemas que no es ésta la ocasión de resolver; no puede perderse de vista que esa hipótesis, de la que ha pretendido hacerse argumento, está contradicha en el caso específico por la estipulación de una garantía real, inscribible e inscrita, que garantiza en todos aspectos la satisfacción del precio y la puntualidad en su pago; lo que si en un aspecto no permite decir que, sólo en contemplación de condiciones personales del adquirente se aplazase la satisfacción íntegra del precio, muestra por otra que la garantía estipulada, como condición aneja al contrato de venta, afecta al retrayente que se subroga, pone a cubierto al vendedor de toda eventualidad y le brinda las mismas seguridades que quiso obtener al hacer la enajenación”.

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2020

Número 114 (Septiembre-Diciembre)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2957

Comentario

1. Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda (CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO)

III. Aproximación crítica a la tesis mantenida por el TS en la presente sentencia: el sentido del sistema de preferencias adquisitivas de origen legal

III. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA TESIS MANTENIDA POR EL TS EN LA PRESENTE SENTENCIA: EL SENTIDO DEL SISTEMA DE PREFERENCIAS ADQUISITIVAS DE ORIGEN LEGAL

A nuestro juicio, la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente comentario no es acertada. Aunque, ciertamente, puede tener argumentos a favor, entendemos que los razonamientos que pueden esgrimirse en su contra son más y mejores. En una primera aproximación, hay un argumento práctico que nos parece especialmente relevante, por no decir decisivo: si se admite la validez general del planteamiento asumido por la presente sentencia, la previa constitución de una hipoteca sobre aquellas fincas eventualmente sujetas al ejercicio de una preferencia adquisitiva de origen legal (sea cual sea el origen de esta: retractos arrendaticios urbanos u rústicos, retractos de colindantes, retractos reconocidos a las Administraciones Públicas en relación con ciertos tipos de fincas, etc.) podrá ser –y previsiblemente será– eficazmente manejada como una válvula de seguridad orientada a dejar la decisión última sobre la viabilidad o no de un eventual retracto en manos de un tercero: el acreedor hipotecario; bastará para ello con que, en caso de que se decida vender, se prevea que el pago del precio habrá de articularse, en todo o en parte, mediante la subrogación del comprador en la deuda hipotecaria. Si, además, se da la circunstancia de que el acreedor hipotecario y el adquirente que habría de soportar el ejercicio del retracto no son realmente terceros, sino entidades vinculadas entre sí (como sucede en el presente caso: según su página web, Buildingcenter es una sociedad de Caixabank centrada en la desinversión de la cartera de inmuebles procedentes del grupo), es difícil eludir la tentación de apreciar que se está abriendo la puerta al fraude de ley.

Es cierto que, como afirma el TS, en supuestos como el presente es necesario tener en cuenta todos los intereses en juego: “Junto al interés del retrayente están también el del acreedor hipotecario (por lo que se refiere a las cualidades personales del deudor, o a la procedencia, en su caso, de un pago anticipado); el del comprador, que adquiere la finca gravada y que, además, se convertirá en deudor si asume la deuda; y el del deudor enajenante, que solo dejará de ser deudor si lo consiente el acreedor”. El problema es que, a la hora de ponderar los diferentes intereses en juego, el único que, al parecer, no ha de verse afectado en modo alguno por las consecuencias del retracto, es el del acreedor hipotecario, que no tiene por qué consentir el cambio de deudor –pese a que la deuda está garantizada con una hipoteca cuya subsistencia en cualquier caso no se discute–, y que, además, solo habrá de admitir un pago anticipado de la totalidad del precio en la medida en que tal posibilidad se hubiera

pactado (o venga expresamente reconocida por la ley), y con sujeción, en todo caso, a las condiciones establecidas al efecto. En definitiva, el hecho de que se haya ejercitado un retracto concedido por la ley, concurriendo los presupuestos impuestos por la norma, y habiendo cumplido el retrayente los requisitos exigidos por ella, podrá ser plenamente eficaz frente al vendedor, frente al comprador retraído, o incluso frente a los terceros subadquirentes, que en ningún caso podrán hacer valer su condición de terceros hipotecarios ([art. 37.3.º](#) LH); pero no lo será frente al acreedor hipotecario, que conservará íntegros, no ya su derecho de crédito y su garantía, sino también su derecho a vetar toda la operación con base en su decisión libre y soberana.

Para desarrollar nuestro propio punto de vista sobre el problema que se suscita, se nos disculpará que, como en ocasiones anteriores, hagamos uso de razonamientos que ya hemos tenido ocasión de exponer *in extenso* en trabajos anteriores (especialmente, en las monografías *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, ed. Dykinson, Madrid, 2000; y *Los tanteos y retractos legales a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial*, ed. Reus, Madrid, 2017). En su momento explicábamos que el caso de los derechos legales de adquisición preferente es un claro ejemplo del lento y fatigoso proceso de búsqueda, por el legislador y por los intérpretes y aplicadores del Derecho, de soluciones técnicas cada vez más ajustadas para los problemas que plantea la práctica; problemas que, esquemáticamente, se cifrarían en la necesidad de hacer compatible la mayor operatividad en el ejercicio de la preferencia (concedida por el legislador en casos más o menos excepcionales para facilitar el acceso de ciertos sujetos a la propiedad de ciertos bienes en atención a objetivos superiores de política legislativa) con la menor perturbación posible para la circulación de los bienes. Para la consecución del primer objetivo, se dota a los derechos legales de adquisición preferente de una eficacia reforzada, orientada a garantizar que, si se dan los presupuestos legales, y se cumplen los requisitos legalmente establecidos, el titular de la preferencia podrá acceder efectivamente a la propiedad de los bienes: de ahí que el retracto legal se articule como una facultad de configuración jurídica o derecho potestativo, que permite a su titular incidir en la esfera jurídica ajena por su sola voluntad y mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto; y que, además, opera como un límite legal del dominio, dotado de publicidad legal, y oponible por ello incluso frente a terceros adquirentes de buena fe que hubieran confiado en la publicidad del Registro ([art. 37.3.º](#) LH) (sobre estas cuestiones, vid. *Ejercicio...*, cit., pp. 65 y ss.). Para conseguir el segundo objetivo (limitar la perturbación del tráfico), se supedita la viabilidad de la preferencia al cumplimiento de presupuestos y requisitos de ejercicio muy rigurosos: como regla, solo se conceden en caso de venta y dación en pago ([art. 1521](#) CC), con sujeción a plazos muy estrictos de caducidad ([art. 1524](#) CC y concordantes), y al cumplimiento de los requisitos derivados del [art. 1518](#) y concordantes del CC en cuanto al reembolso del precio y demás pagos y gastos de legítimo abono (sobre todas estas cuestiones, con mucho más detalle, *Ejercicio...*, cit., pp. 77 y ss.; y *Los tanteos...*, cit., especialmente pp. 59 y ss.).

En el presente caso, no se discute que se dan los presupuestos para el ejercicio del retracto: la propia sentencia reconoce expresamente que el hecho de que la finca esté hipotecada o de que la venta se haga a cambio de la asunción por el comprador de la deuda hipotecaria no impiden *per se* el retracto. Tampoco se discute que el retrayente haya cumplido los requisitos legales para el correcto ejercicio de su derecho. Por ello, entendemos que, para abordar correctamente el problema de fondo, interesa en este momento profundizar en el tema de los efectos del retracto, retomando ideas que ya expusimos en su momento (vid. *Ejercicio...*, cit., pp. 173 y ss.; y *Los tanteos...*, cit., pp. 135 y ss., a los que nos remitimos para ulteriores detalles) acerca del modo en que, a nuestro juicio, ha de producirse la consecuencia última del retracto (es decir, la adquisición por el retrayente del bien o derecho retraído), ya que consideramos que es en este terreno donde han de buscarse las claves para dar respuesta a los interrogantes que plantea el presente caso.

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2020

Número 114 (Septiembre-Diciembre)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2957

Comentario

1. Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda (CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO)

IV. El efecto subrogatorio del retracto legal. Su sentido

IV. EL EFECTO SUBROGATORIO DEL RETRACTO LEGAL. SU SENTIDO

La principal duda que tradicionalmente se ha planteado a la hora de precisar el efecto propio del retracto legal viene determinada por la contradicción en la que, a primera vista, habría incurrido el legislador al atribuir al retracto legal, simultáneamente, un efecto resolutorio (cfr. [art. 1506](#) y rúbrica del [capítulo VI, título IV, libro IV](#) del CC) y un efecto subrogatorio ([art. 1521](#), en conexión con los [arts. 1525](#) y [1511](#) CC) en relación con el contrato cuya celebración abre la posibilidad de ejercitar aquel derecho. Entre las diversas explicaciones propuestas al respecto en doctrina y jurisprudencia –cuyo examen y crítica detallada no podemos reproducir en este momento–, fueron dos las que terminaron imponiéndose: por un lado, la de aquellos sectores (por todas, [SSTS de 30 enero 1989](#) (RJ 1989, 158), [25 mayo 2001](#) (RJ 2001, 3382), [20 mayo 2004](#) (RJ 2004, 3574), [1 octubre 2007](#) (RJ 2007, 3574), que, con base en la literalidad del [art. 1521](#) CC, daban preferencia al efecto subrogatorio, negando, en consecuencia, que el ejercicio del retracto produjera efecto resolutorio alguno sobre el contrato celebrado entre el propietario y el primer comprador, en cuya posición contractual vendría a situarse el retrayente; por otro lado, la de quienes terminaban por negar tanto el efecto resolutorio como el efecto subrogatorio, entendiendo que la consecuencia derivada del ejercicio del retracto era más bien la imposición al comprador de la obligación de realizar una segunda venta en favor del retrayente, en las mismas condiciones en que él mismo hubiera adquirido, y otorgando a tal efecto la correspondiente escritura de venta. Pese a carecer de todo fundamento histórico o legal, esta última tesis se había venido imponiendo hasta fechas recientes en amplios sectores de nuestra doctrina y jurisprudencia (por todas, [SSTS de 17 junio 1997](#) (RJ 1997, 5413), [4 febrero 2008](#) (RJ 2008, 1302), [29 mayo 2009](#) (RJ 2009, 3051), [26 febrero 2010](#) (RJ 2010, 1410), y [18 noviembre 2013](#) (RJ 2013, 7870)). Sin embargo, el debate en este punto parece haberse decantado definitivamente a favor de la tesis del efecto subrogatorio a raíz de la importante [STS de 14 enero 2015](#) (RJ 2015, 353), en la que se analiza con detalle el modo en que se produce el fenómeno adquisitivo derivado del derecho de adquisición preferente (en el caso, al igual que el que ahora nos ocupa, un retracto arrendaticio urbano), afirmando, como doctrina legal, la no necesidad de un posterior acto o negocio de transmisión del dominio y de traspaso posesorio para la adquisición de la propiedad por parte del arrendatario retrayente, ya que, según se dice, este se subroga en los derechos del propietario desde el momento de la consignación o pago del precio, conforme a lo previsto en los [arts. 1518](#) y [1521](#) CC; de lo que se deriva el carácter declarativo y no constitutivo del posterior reconocimiento judicial referido a la situación jurídico-real previamente creada (con base en la misma sentencia, vid.

RDGRN de 3 julio 2015 (RJ 2015, 3746); para más detalles, *Los tanteos...*, cit., pp. 135 y ss.).

La tesis desarrollada en la citada STS de 14 enero 2015 coincide con el planteamiento que expusimos en nuestros anteriores trabajos, cuando defendíamos que la primacía del efecto subrogatorio como consecuencia fundamental del ejercicio del retracto resulta innegable, a la vista de la propia literalidad del [art. 1521](#) CC (vid. también [art. 1067](#)). En el contexto que nos ocupa, el término “subrogación” ha de entenderse en un sentido amplio, referido a la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de un determinado derecho que permanece inalterado, con independencia de cuál sea la naturaleza (real u obligacional) de ese derecho (cfr., entre otros, [arts. 1159](#) y [1212](#) CC). Esta idea de “sustitución subjetiva” es la que está implícita en el [art. 1521](#), como se deduce claramente de la remisión que el [art. 1525](#) hace al [art. 1511](#). En este último precepto, ubicado en sede de retracto convencional, se dice que “el comprador sustituye al vendedor *en todos sus derechos y acciones*”; lo que, adaptado al supuesto del retracto legal, viene a significar que, como consecuencia del ejercicio de este, el retrayente sustituye al retraído en todos los derechos y acciones que este hubiera adquirido como consecuencia de la celebración y posterior ejecución del contrato de finalidad transmisiva. Esta misma idea se expresaba en el art. 1440 del Proyecto de CC de 1851 (precedente del actual [art. 1511](#)) en términos que quizá contribuyan a despejar las dudas: “El comprador *sucede en todos los derechos* del vendedor, y adquiere por prescripción, tanto contra el verdadero dueño, como contra los que pretendan tener derecho ó hipoteca sobre la cosa vendida”.

¿Qué relevancia cabe atribuir al hecho de que el legislador haya optado por cifrar la propia esencia del retracto legal en el concepto de “subrogación”? A nuestro juicio, la principal consecuencia que cabe extraer de la previsión legal es la idea de que el derecho de retracto no constituye una causa autónoma de adquisición de derechos por parte del retrayente, sino un mecanismo orientado a hacer posible que el titular del retracto adquiera del propietario que enajena a través del mismo instrumento contractual puesto en marcha por este. En definitiva, la intención del legislador (también en el ámbito fiscal: cfr. [art. 45.I.B.2](#) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, [RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre](#)) parece ser la de dejar claro que la adquisición del retrayente, fundada, ciertamente, en el ejercicio de un poder de actuación otorgado por la ley, no se produce *ex lege*, sino *ex contractu*; y que su adquisición no se produce a título originario, sino derivativo, siendo su causante el vendedor y su título de adquisición el contrato celebrado por este con el comprador. Planteamiento que, por cierto, ya se reflejaba con toda claridad en el art. 1172 del Proyecto de Código Civil de 1836, cuando afirmaba: “Todo retracto produce el efecto de que el retrayente se subroga en lugar del comprador, considerándose la venta primera como hecha en favor de aquél (...)”.

En efecto, la oponibilidad *erga omnes* del retracto, derivada de su naturaleza real y de su condición de límite legal del dominio, determina que no puedan perjudicar al retrayente en ningún caso los derechos adquiridos sobre la cosa ni, en general, las estipulaciones, cargas y gravámenes que se hayan podido introducir en negocios celebrados con posterioridad al momento en que se perfeccionó el primer contrato, es decir, el que determinó la viabilidad del propio retracto; y ello, conviene destacarlo, no solo en relación con los actos que haya podido otorgar el comprador tras la adquisición del dominio, sino también respecto a los que, eventualmente, hubiera podido realizar el propio vendedor tras la celebración del contrato y antes de la transmisión efectiva al comprador. En cambio, el retrayente no goza, en principio, de ninguna protección especial frente a la falta de titularidad del vendedor original ni frente a las cargas anteriores que gravasen sobre la cosa en dicho momento. En el caso de que el vendedor no fuera verdadero propietario cuando celebró el contrato con el tercero, el retrayente quedará expuesto a la eventualidad de que el *verus dominus* ejercite con éxito la

reivindicatoria frente a él (salvo que consolide a su favor la usucapión u otro supuesto de adquisición *a non domino*); del mismo modo, el retrayente se verá afectado por las cargas y gravámenes (incluyendo hipotecas) que se hubiesen constituido sobre la cosa con anterioridad al momento señalado, de tal manera que sus titulares podrán ejercitar frente a él todos los derechos y acciones derivados de las mismas (vid., p. ej., las citadas SSTs de 22 febrero 1961, 11 noviembre 1965 y [9 marzo 1999](#) (RJ 1999, 1994), que reconocen la subsistencia del derecho de hipoteca constituido previamente sobre la finca retraída). En el supuesto que ahora nos ocupa, no hay ninguna duda de que, en caso de haberse estimado el retracto, el arrendatario retrayente habría adquirido la finca con la carga hipotecaria constituida sobre ella con anterioridad a la venta en la que pretende subrogarse, de manera que la hipoteca seguiría garantizando el derecho del acreedor hipotecario en los términos pactados; sin que, a estos efectos, el retrayente, precisamente por haberse subrogado en la posición deudora del comprador, pudiera alegar su condición de tercero para acogerse a los límites de la cobertura hipotecaria que se derivan del [art. 114](#) LH y concordantes.

Ahora bien, si la adquisición del retrayente se ve condicionada por el contenido del derecho del vendedor, pero no por el del comprador, parece lógico entender que es aquel, y no este, su causante, y que dicha adquisición se produce a título derivativo; de tal manera que, llegado el caso, el retrayente deberá ejercitar frente al vendedor, y no frente al comprador, las acciones de saneamiento por evicción ([arts. 1475 y ss.](#)) o por gravámenes ocultos ([art. 1483](#)). Las mismas acciones, en definitiva, que hubieran correspondido al comprador original, y en cuya titularidad se subroga el retrayente como consecuencia inmediata del ejercicio de su derecho.

Pero, además del derecho del vendedor, la adquisición del retrayente viene determinada por los términos en que se hubiese configurado el contrato transmisivo entre vendedor y comprador ([art. 1521](#)); incluyendo, en su caso, los pactos adicionales que pudiesen implicar a terceros (p. ej., en cuanto a la constitución de garantías..., o a la asunción liberatoria por el comprador, con el consentimiento del acreedor, de la deuda hipotecaria previamente adquirida por el vendedor). En efecto, este contrato no solo marca el momento a partir del cual es ejercitable el retracto, sin necesidad de esperar a la tradición efectiva (según nuestra tesis, ampliamente desarrollada en *Ejercicio...*, cit., pp. 19 y ss., y en *Los tanteos...*, cit., pp. 23 y ss.), sino que define también los requisitos de ejercicio y el contenido de este: el titular del retracto podrá subrogarse en los derechos y acciones contractualmente atribuidos al comprador mediante la asunción de las condiciones estipuladas en el mismo contrato (o el correspondiente reembolso al comprador, en su caso) (cfr. [STS de 30 marzo 2016](#) (RJ 2016, 1540)). Dicha subrogación operará con efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato ([RDGRN de 8 mayo 1959](#) (RJ 1959, 1944)), de tal manera que el comprador retraído quedará absoluta y definitivamente excluido de su posición negocial y sustituido en ella por el retrayente.

Pues bien, si es el contrato transmisivo original el que determina la posición jurídica en que va a quedar el retrayente cuando ejercite su derecho, habrá que entender que ese mismo contrato constituye también su título de adquisición, del mismo modo que lo hubiera sido para el comprador original. En consecuencia, el retrayente podrá ejercitar frente al vendedor los derechos, facultades, acciones y excepciones que hubieran correspondido al comprador original (p. ej., la facultad de suspender el pago del precio aplazado en los casos del [art. 1502](#), la posibilidad de exigir el saneamiento por vicios ocultos conforme a los [arts. 1484 y ss.](#), etc.), y no se verá perjudicado en ningún caso por los actos realizados por las partes del contrato original con posterioridad a la celebración de este, en la medida en que los mismos puedan frustrar su adquisición conforme al programa contractual establecido (p. ej., el mutuo disenso, la resolución del contrato instada por el comprador ante el incumplimiento del vendedor, la modificación de las condiciones del contrato original, la alteración del destino de

la finca, etc.; vid. STS de 27 septiembre 1962, y [RDGRN de 8 mayo 1959](#) (RJ 1959, 1944)). Pero, en cambio, sí se verá afectado –salvo en la medida en que su inclusión pueda responder a finalidades fraudulentas– por las limitaciones y condiciones establecidas en dicho contrato, respecto del cual no es un tercero ([STS de 30 marzo 2016](#) (RJ 2016, 1540)), y por los vicios que pudiera presentar aquel; y necesitará de la tradición para adquirir la propiedad sobre el bien, en caso de que esta no se hubiera producido ya en favor del retraído. En cambio, es coherente con la finalidad última del retracto (propiciar el acceso del retrayente a la propiedad del bien) que el retrayente pueda aprovechar la tradición ya realizada en favor del retraído ([STS de 14 enero 2015](#) (RJ 2015, 353)) y, en general, los actos realizados por los sujetos intervinientes en el contrato original, en la medida en que tiendan a dar efectivo cumplimiento a dicho contrato (p. ej., la acción de cumplimiento contractual ya iniciada por el comprador).

Para conseguir este efecto subrogatorio, que constituye la consecuencia primaria del retracto, el titular de este no necesita contar con la colaboración de nadie; declarada su voluntad de ejercitar el retracto y habiendo cumplido los requisitos legales, la subrogación se produce *ope legis* (de nuevo, [STS de 14 enero 2015](#) (RJ 2015, 353)), y no en virtud de la actuación de los otros interesados en la operación (vendedor, comprador, subadquirentes...), que quedan sujetos a sus consecuencias (como sucede en general con el ejercicio de las facultades de configuración jurídica). No es correcto, por tanto, afirmar que el comprador, en su caso, está obligado a subrogar al retrayente en la finca retraída, a ceder sus derechos al retrayente, o a otorgar escritura pública de cesión o subrogación –y mucho menos de venta o “retroventa”– en favor de este. La virtualidad propia del retracto, en sí mismo considerado, se agota en el ejercicio por su titular de ese poder de desviar el impulso transmisivo en su favor y en la correlativa sujeción de todos los posibles interesados a las consecuencias derivadas de ese ejercicio: el retrayente se subroga en los derechos y acciones que del contrato hubieran derivado en favor del comprador, y asume las condiciones estipuladas en ese mismo contrato. Producidos tales efectos, y conforme al mecanismo diseñado por el legislador, la situación jurídica así constituida tiende a desarrollarse con plena sujeción a las reglas y criterios propios de su naturaleza: en particular, la relación entre vendedor y retrayente, una vez subrogado este en los derechos y acciones del comprador y asumidas las condiciones estipuladas en el contrato, se regirá por las normas propias del contrato de que se trate.

Cuestión distinta es que, para hacer efectivas las consecuencias derivadas del efecto subrogatorio, o, en otras palabras, para el ejercicio de los derechos y acciones adquiridos como consecuencia de la subrogación, el retrayente sí haya de contar, eventualmente, con la intervención de determinados sujetos. El modo de ejercicio de estos derechos y la legitimación pasiva para las correspondientes pretensiones dependerá de su propia naturaleza: así, las pretensiones fundadas en la posición crediticia adquirida como consecuencia de la subrogación deberán ejercitarse, en principio, frente al vendedor (pretensión respecto a la entrega de la cosa, facultad de exigir el otorgamiento de escritura pública ex [art. 1279](#), acciones de saneamiento, posibilidad de suspender el pago del precio en los casos del [art. 1502](#), etc.); sin perjuicio de que, en su caso, puedan ejercitarse frente a terceros las garantías y accesorios que acompañasen al crédito correspondiente ([art. 1212](#)). En cambio, las pretensiones que se funden en los derechos reales adquiridos sobre la cosa podrán ejercitarse frente a cualquiera que no reconozca su derecho; en particular, cuando el retrayente haya accedido directamente a la condición de propietario, por haberse producido la tradición con anterioridad al ejercicio del retracto, dispondrá de la acción reivindicatoria frente a cualquier poseedor actual de la cosa cuyo título no le sea oponible. Tales derechos podrán ejercitarse por vía extrajudicial o, en caso de oposición del poseedor actual (o del titular registral actual), por vía judicial, bien en el mismo juicio de retracto, bien en otro distinto.

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2020

Número 114 (Septiembre-Diciembre)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2957

Comentario

1. Inviabilidad del retracto arrendaticio urbano en caso de venta de vivienda hipotecada, cuando el acreedor hipotecario no consiente la subrogación del retrayente en la deuda (CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO)

V. La explicación del efecto subrogatorio del retracto legal respecto a las posiciones pasivas derivadas del contrato transmisivo

V. LA EXPLICACIÓN DEL EFECTO SUBROGATORIO DEL RETRACTO LEGAL RESPECTO A LAS POSICIONES PASIVAS DERIVADAS DEL CONTRATO TRANSMISIVO

Ahora bien, mientras que no existe ningún inconveniente técnico ni lógico para considerar que, en virtud del ejercicio del retracto, el retrayente se subroga realmente en los derechos y acciones que correspondieran al comprador como consecuencia de la celebración del contrato, creemos, por el contrario, que el mecanismo de subrogación, entendido como sustitución de sujetos en una misma posición jurídica que permanece inalterada, no permite explicar adecuadamente la asunción por el retrayente de las posiciones deudoras que con anterioridad al ejercicio de su derecho correspondieran al comprador (en particular, frente al vendedor o frente al acreedor hipotecario, en caso de aplazamiento del precio). La mayoría de los partidarios de la tesis de la subrogación como efecto propio del retracto suelen afirmar que, mediante el ejercicio de su derecho, el retrayente se subroga en la misma posición contractual que ocupaba el comprador, o, lo que es lo mismo, en todos los derechos y obligaciones que del contrato hubieran surgido en favor de este (vid., p. ej., STS de 11 junio 1902, *JC.* t. 93, núm. 167, p. 949; y STS de 6 octubre 1969, Sala de lo Social). Eso explicaría, según algunos, la necesidad de restringir la posibilidad del retracto a aquellos supuestos (venta, dación en pago) en que el retrayente estuviera en condiciones de ocupar la misma posición deudora del comprador. En realidad, una lectura atenta de los preceptos del [Código](#) permite poner en duda la exactitud de este planteamiento, al menos en lo que se refiere a la posibilidad de extender el efecto subrogatorio a las posiciones pasivas que correspondieran al comprador como consecuencia de la celebración del contrato.

En efecto, de la lectura conjunta de los [arts. 1521](#) y [1511](#) se deduce que, cuando el primero afirma que el retracto legal es “el derecho de subrogarse (...) en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”, está limitando el efecto subrogatorio, literalmente, a los “derechos y acciones” del comprador, es decir, a las posiciones activas derivadas del contrato. Respecto a las posiciones pasivas, en cambio, el [art. 1521](#) no dice que el retracto legal sea el derecho de subrogarse “en las mismas condiciones estipuladas en el contrato”, sino “con las mismas condiciones estipuladas en el contrato”.

La necesidad de restringir el efecto subrogatorio, en sentido técnico, a los derechos y acciones contractualmente adquiridos por el comprador, que fue puesta de manifiesto ya por POTHIER (*Traité des retraits*, en *Oeuvres de Pothier*, t. 2, Paris, 1835, pp. 405-406 y 452),

pero que posteriormente ha pasado prácticamente desapercibida, no obedece tan solo a la propia lectura de los textos, sino a consideraciones lógicas y técnicas evidentes; algo de verdad hay, por tanto, en la aseveración que hace el TS en la sentencia que comentamos cuando señala que “no está prevista una subrogación *ex lege* en la deuda”. Al margen de que la propia posibilidad de considerar subsistente la misma obligación cuando se sustituye la persona del deudor ha sido puesta en cuestión por alguna doctrina clásica (pese a que dicha posibilidad aparece expresamente reconocida en el [art. 1203.2.º CC](#)), y de que, como ya sabemos, el [art. 1205](#) excluye que la sustitución de un deudor por otro en la titularidad pasiva de una obligación pueda realizarse sin el consentimiento del acreedor, hay que tener en cuenta, sobre todo, que un amplio porcentaje de supuestos en los que se admite sin duda la viabilidad del retracto no pueden explicarse sobre la base de una verdadera subrogación en el aspecto pasivo, por tratarse de hipótesis en las cuales la sustitución del retrayente en la misma posición deudora en que se encontraba el comprador es, simplemente, imposible.

En efecto, la subrogación en las obligaciones del comprador no podrá operar, por definición, cuando las mismas se hubieran extinguido por su cumplimiento antes del ejercicio del retracto; en este caso, la exigencia de reembolsar al comprador el precio pagado y los demás gastos a los que se refiere el [art. 1518](#) no se configura técnicamente como una obligación del retrayente, sino más bien como una carga o requisito para el correcto ejercicio de su derecho, cuyo cumplimiento está orientado a garantizar la indemnidad del comprador retraído, de tal manera que, en este caso, no puede hablarse de subrogación alguna. Del mismo modo, tampoco tendría sentido recurrir a la idea de subrogación en los supuestos en que el negocio que da lugar al ejercicio del retracto sea una dación en pago, puesto que tampoco en este caso habría obligación alguna en la que pudiera subrogarse el retrayente.

En cambio, la posibilidad de recurrir al concepto de subrogación sí podría plantearse, a primera vista, en aquellos supuestos en que las obligaciones nacidas a cargo del comprador estuvieran total o parcialmente pendientes de cumplimiento en el momento en que el retrayente ejercita su derecho, y siempre que dichas obligaciones pudieran ser asumidas en sus propios términos por este último; se trataría, especialmente, de los casos de venta con precio aplazado (vid. las citadas SSTs de 11 diciembre 1944, 12 mayo 1945, 17 abril 1958, 20 marzo 1959, y 11 noviembre 1965), pero también de aquellos otros en que las obligaciones asumidas por el retraído tengan por objeto prestaciones de carácter fungible; o también aquellos (como el presente) en que la contraprestación pactada consiste en la asunción por el comprador de la deuda hipotecaria que correspondía al vendedor. Sin embargo, ni siquiera en este tipo de supuestos será siempre posible acudir al mecanismo de la subrogación: bastaría la introducción en el contrato de estipulaciones de carácter accesorio (garantías, condiciones de pago, prestaciones accesorias de carácter personal, etc.) que no pudieran ser asumidas en sus propios términos por el retrayente para que no pudiera operar el efecto subrogatorio, lo que dejaría sin explicación la viabilidad del retracto en tales casos. Es cierto que la jurisprudencia ha admitido en numerosas ocasiones la viabilidad del retracto, a pesar de la imposibilidad para el retrayente de asumir determinadas estipulaciones de carácter personalísimo o infungible (p. ej., obligaciones de carácter asistencial), acudiendo, bien al carácter no esencial de tales estipulaciones, o bien a la necesidad de reprimir los posibles fraudes a los que pudiera verse expuesto, por esta vía, el titular del retracto (una síntesis de la doctrina jurisprudencial en este punto puede verse en BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., p. 146, con cita de las SSTs de 28 diciembre 1918, *JC*. t. 144, núm. 228, p. 1.156, 10 enero 1919, *JC*, t. 145, núm. 9, p. 39, 9 febrero 1916, *JC*, t. 135, núm. 84, p. 375, 7 noviembre 1925, *JC*, t. 168, núm. 101, p. 405, y 30 mayo 1955). Sin embargo, hay que tener en cuenta que no siempre las estipulaciones accesorias introducidas en el contrato tendrán un carácter fraudulento, por lo que esta explicación no puede considerarse suficiente; piénsese, por ejemplo, en el caso de que el comprador hubiera garantizado el pago del precio aplazado mediante la presentación de un fiador o mediante la constitución de hipoteca sobre un bien

distinto del que se pretende retraer. El carácter no esencial de aquellas estipulaciones que no puedan ser asumidas en sus propios términos por el retrayente puede justificar que se mantenga la viabilidad del retracto, pero, en la medida en que aquellas estipulaciones no respondan a una finalidad fraudulenta, tampoco parece justificado que se proceda, simplemente, a ignorar su presencia en el contrato.

De lo anterior se deduce que la limitación legal de los tipos de transmisión en los que se admite el retracto no puede interpretarse –como a veces se ha sugerido– como una exigencia derivada de la necesidad de hacer posible la subrogación del retrayente en las obligaciones del destinatario de la cosa, ya que ni siquiera en estos supuestos será siempre posible hablar de una verdadera subrogación. Por otra parte, hay que recordar que el propio legislador admite en ocasiones la posibilidad del retracto en supuestos de enajenación a título oneroso distintos de la venta y la dación en pago (p. ej., [art. 1656, regla 6.ª CC](#)), en los que la posición deudora del retraído no siempre tendrá un carácter fungible; y que una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia ha considerado que debe admitirse la posibilidad del retracto en otros supuestos de enajenación que sean sustancialmente equiparables a los dos expresamente mencionados por el [art. 1521](#); hipótesis estas en las que, eventualmente, puede plantearse la necesidad de adaptar las contraprestaciones pactadas en el contrato original a la nueva situación creada con motivo del ejercicio del retracto.

En realidad, la determinación de los supuestos en que procede el retracto no obedece tanto a razones técnicas relacionadas con la necesidad de hacer posible la pretendida subrogación del retrayente en las obligaciones del adquirente, como a razones de política legislativa vinculadas con la conveniencia de limitar al máximo la perturbación que el retracto, en cuanto límite legal del dominio, supone en la autonomía privada y en la circulación de los bienes; consideraciones de política legislativa que, ocasionalmente (p. ej., en el caso señalado del [art. 1656, regla 6.ª CC](#), o en los supuestos previstos en el [art. 22.2](#) de la [Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003](#)), ceden ante la mayor entidad de los intereses subyacentes a la atribución de la preferencia adquisitiva, dando lugar a que esta se extienda a supuestos distintos de la venta o la dación en pago. A nuestro juicio, es esta finalidad la que habrá de darnos la pauta para determinar en qué supuestos debe considerarse admisible –o no– el recurso al retracto: así, la referencia expresa a los supuestos de venta (y, eventualmente, a los de dación en pago) no impedirá el ejercicio del retracto cuando nos encontremos en presencia de actos o contratos en los que, no siendo posible una subrogación mecánica del retrayente en las obligaciones del retraído (ya sea por la propia naturaleza del acto o por la existencia de estipulaciones accesorias de carácter no estrictamente fungible), sí lo sea la asunción por este de obligaciones sustancialmente equivalentes –aunque no necesariamente idénticas– a aquellas. En cambio, deberá excluirse el retracto (salvo expresa previsión legislativa) cuando su ejercicio haya de implicar una alteración sustancial de la naturaleza del contrato o de las finalidades propias de este.

En definitiva, la limitación del efecto subrogatorio del retracto a las posiciones activas derivadas del contrato original es, a nuestro juicio, la idea que subyace a la expresión utilizada por el [art. 1521](#), cuando define el retracto legal como el derecho de subrogarse “con las mismas condiciones estipuladas en el contrato” en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago. La fórmula utilizada por el legislador no implica –no puede implicar– que el ejercicio del retracto haya de determinar siempre la automática subrogación del retrayente en la posición deudora del retraído, sino solo la asunción por aquel de una posición sustancialmente equivalente a la de este; fenómeno este que, a nuestro juicio, solo puede explicarse si se entiende que el ejercicio del retracto supone una verdadera novación de las obligaciones asumidas por el retraído, que se verán sustituidas por las que haya de asumir el retrayente al ejercitar su derecho. En efecto, el ejercicio del retracto supone para el comprador retraído, correlativamente a la pérdida de sus derechos y acciones, la extinción de

sus obligaciones, con sus garantías y accesorios (cfr. [art. 1847](#) CC, respecto a la fianza), quedando excluido así de forma absoluta y definitiva de la relación contractual que le vinculaba con el vendedor.

Por su parte, el retrayente que pretenda ejercitar su derecho, no solo deberá reembolsar al comprador los gastos legítimos que sean procedentes conforme al [art. 1518](#) (incluyendo, en su caso, la parte del precio satisfecha), con objeto de garantizar la indemnidad de aquel, sino que, en la medida en que quedaran obligaciones pendientes de cumplimiento (bien frente al propio vendedor, o bien, en casos como el presente, frente al acreedor hipotecario), deberá asumir, además, una posición deudora equivalente a la que hubiera correspondido al retraído: como dice el [art. 1521](#), “con las mismas condiciones estipuladas en el contrato”. A estos efectos, por tanto, el contrato celebrado entre vendedor y comprador habrá de servir como módulo de referencia (como ya señalaba en su día GARCÍA CANTERO, Comentarios al [Código Civil](#) y Compilaciones forales, dir. ALBALADEJO, t. XIX, 2.^a ed., Madrid, 1991, p. 590), de tal manera que la posición del retrayente no sea mejor, pero tampoco peor, que la del retraído: así, por ejemplo, el retrayente tendrá derecho a servirse de los plazos o facilidades de pago que se hubieran concedido al comprador (sin que el vendedor que concedió un aplazamiento de pago pueda ampararse en el [art. 1205](#) CC para oponerse a que el comprador original sea sustituido como deudor por el retrayente), aunque deberá prestar garantías equivalentes a las que hubiera aportado este (arg. ex [art. 1129](#) CC). Especialmente interesante es, en este sentido, la anteriormente citada STS de 11 diciembre 1944, en la que, como vimos, se admite el ejercicio del retracto en una venta aplazada con garantía hipotecaria sobre el propio bien, afirmándose al respecto: “Ni el aplazamiento del precio de la venta puede desnaturalizar el contrato que, una vez perfecto e incluso inscrito en el Registro de inmuebles, constituye una evidente y eficaz transmisión de la propiedad, ni menos puede obligar al retrayente, ajeno a la transmisión con precio aplazado, a que lo consigne en una sola vez; porque de admitirse esta tesis, no sólo quedaría vulnerado el referido [art. 1521](#), básico en la materia, sino que se produciría una verdadera agravación del derecho a retraer, alterando por tal manera las condiciones en que la transmisión se estipuló, que no pueden reputarse establecidas por meras consideraciones personales, puesto que la entrega del precio aplazado se aseguró con garantía real”. En su comentario a esta sentencia, señalaba FIGA FAURA (*op. cit.*, p. 888; vid. también, BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Barcelona, 1958, p. 69) que la procedencia del retracto en este tipo de supuestos solo puede explicarse sobre la base de una modificación de los términos del contrato en la medida suficiente y necesaria para que, salvando los intereses del retrayente y vendedor, resulte posible el ejercicio del retracto; y, respecto a la improcedencia de alegar el [art. 1205](#) como base para justificar la posible oposición del vendedor al cambio de deudor, advertía (*op. cit.*, p. 885): “No se puede decir que el vendedor ha sido sorprendido por la existencia de un derecho de retracto, porque, aun cuando sea cierto que el acreedor puede resultar perjudicado por una imprevista sustitución de deudor –y ésta es principalmente la consideración que impide la transmisibilidad pasiva de las obligaciones a título singular–, el retracto no es imprevisible ni puede el vendedor alegar ignorancia respecto de su procedencia”.

La adaptación de las condiciones contractuales consiguiente al ejercicio del retracto resultará más o menos compleja según los casos, pero en último término, y como regla general, será imprescindible que medie aceptación de los sujetos que hayan de verse directamente afectados (el vendedor o, en su caso, el acreedor hipotecario) o, en su defecto – y este es el aspecto decisivo –, resolución judicial. De hecho, esta labor de adaptación de las condiciones contractuales ha venido siendo realizada habitualmente por los Tribunales, especialmente en supuestos en los que se consideraba imprescindible revisar las condiciones pactadas con objeto de evitar maniobras fraudulentas para el retrayente; sin embargo, como

señalábamos, lo cierto es que la procedencia de esa revisión no siempre podrá justificarse sobre la base de la posible existencia de un fraude, sino que en ocasiones responderá simplemente a la necesidad de asegurar una adecuada protección de los intereses legítimos en juego (determinación de las garantías exigibles al retrayente, concreción del precio correspondiente a la finca retraída en el caso de que esta hubiera sido vendida conjuntamente con otras por un precio unitario, fijación de la prestación –pecuniaria o no– que habrá de satisfacer el retrayente al vendedor como compensación por las obligaciones accesorias que hubiera asumido el comprador y que, por su carácter personal, no puedan ser asumidas *in natura* por el retrayente, etc.).

En su caso, esta necesidad de proceder a la adaptación de las condiciones contractuales que habrán de ser asumidas por el retrayente podrá llegar a tener una incidencia directa en el terreno procesal, extendiendo la legitimación pasiva en el ejercicio judicial del retracto, a falta de acuerdo, a aquellos sujetos (vendedor, acreedor hipotecario) que habrán de verse afectados por la decisión judicial que se adopte; aspecto este en el que, sin embargo, no se ha reparado en el caso que nos ocupa, quizá por efecto de la muy consolidada doctrina jurisprudencial que ha venido limitando de forma generalizada la legitimación pasiva en la acción judicial de retracto al comprador retraído y, en su caso, a los terceros que trajeran causa de él; doctrina que se ha venido manteniendo con base en argumentos que hemos discutido en otros lugares (vid. *Ejercicio...*, cit., pp. 118 y ss.), ya que no tiene en cuenta la posibilidad de que, en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, otros sujetos distintos puedan tener un interés directo en el ejercicio del retracto, lo que, a nuestro juicio, podría exigir que los mismos fueran también demandados en la acción de retracto.

Por lo demás, insistimos en que, una vez producida la novación de las obligaciones asumidas por el retraído, y asumidas las correspondientes obligaciones por el retrayente (y producida también la subrogación de este en los derechos y acciones del retraído, que, como se vio, queda definitivamente al margen de la relación), el retracto habrá agotado su efecto propio, de tal manera que, en adelante, la relación contractual así constituida entre quienes fueron parte en el negocio original (vendedor, acreedor hipotecario) y el retrayente se regirá conforme a las normas generales sobre cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones y contratos y, en particular, con arreglo a las normas propias del contrato que mediase entre las partes, sin que las vicisitudes posteriores que puedan afectar al cumplimiento por el retrayente de sus obligaciones puedan determinar la ineficacia sobrevenida del retracto ejercitado, cuyos efectos ya se consumaron definitivamente. Así, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el retrayente en cuanto al pago del precio aplazado permitirá al vendedor optar por exigir el cumplimiento forzoso o por la resolución del contrato; el incumplimiento de la obligación de restituir el capital o los intereses del préstamo en el que se hubiera subrogado el retrayente permitirá al acreedor hipotecario ejercitar las correspondientes acciones reales o personales; la insolvencia sobrevenida del retrayente, el hecho de que este no otorgue las garantías a que se hubiese comprometido, o la pérdida o disminución de las garantías establecidas, cuando no sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras, determinarán que el retrayente pierda el beneficio del plazo establecido en su favor (🟡[art. 1129 CC](#)), etc.

Creemos, en definitiva, que, en el sistema del 🟡[Código Civil](#), el efecto esencial del retracto no es otro que la subrogación del retrayente en las posiciones activas que del contrato original se hubieran derivado a favor del comprador; subrogación que habrá de ir acompañada, según los casos, de la realización de los reembolsos correspondientes en favor del comprador y/o de la asunción por el retrayente de obligaciones y condiciones equivalentes a las que en su día hubieran sido estipuladas en el contrato que sirve como base para el ejercicio del retracto. Para proceder, en su caso, a la correspondiente novación subjetiva, habrá de obtenerse, en principio, la conformidad de los demás interesados; pero, en defecto de dicha aceptación, entendemos que la consecuencia no habrá de ser la

desestimación del retracto (tal como se ha hecho en el caso que nos ocupa), sino la adopción por el juez de la decisión procedente sobre los términos en los que habrá de producirse la novación. Decisión que habrá de ir encaminada a garantizar que el retrayente pueda, en definitiva, hacer efectivo su derecho a acceder a la propiedad en condiciones equivalentes a las que se pactaron en el contrato original, adaptando dichas condiciones en términos tales que queden debidamente atendidos –ahora sí– todos los intereses concurrentes.

Llegados a este punto, puede ser ilustrativo recordar cuál es la solución que prevé el BGB alemán para este tipo de supuestos (si bien en los preceptos correspondientes se hace referencia al *Vorkaufsrecht*, habitualmente traducido como “derecho de tanteo”, aunque su mecánica es bastante similar a nuestro retracto). Conforme al § 466 (“Prestación accesoria”; antiguo § 507): “Si el tercero se ha obligado en el contrato a una prestación accesoria que el titular del tanteo no está en condiciones de efectuar, este ha de satisfacer en lugar de la prestación accesoria su valor. Si la prestación accesoria no se puede tasar en dinero, está excluido el ejercicio del derecho de tanteo; el pacto de prestación accesoria no habrá de ser cumplido, sin embargo, si el contrato con el tercero se hubiera concluido también sin ella”. Por su parte, el § 468 (“Aplazamiento del precio de compra”; antiguo § 509), mucho más próximo al supuesto que nos ocupa, añade: “Si en el contrato se ha concedido al tercero un aplazamiento de pago del precio de compra, el titular del tanteo solo puede pretender el aplazamiento si presta seguridad para la suma aplazada. Si el objeto del tanteo es una finca, no se necesita prestación de seguridad siempre que haya sido pactada como garantía del precio de compra aplazado la constitución de una hipoteca sobre la finca, o en atención al precio de compra haya sido asumida una deuda para la cual existe una hipoteca sobre la finca”. Para autores como FIGA FAURA (*op. cit.*, p. 888), y BADENES (*op. cit.*, p. 69), la anteriormente citada STS de 11 diciembre 1944 señalaba el inicio de una tendencia hacia la asunción por nuestro sistema de las soluciones que aportaba el BGB (por entonces, en sus §§ 507 a 509) para este tipo de supuestos. Esta es también la solución que, en nuestro Derecho histórico, adoptaba la Ley XXII de las Leyes de Toro: “Cuando la cosa que es de patrimonio o abolengo se vendiere fiada, que el pariente más propinquo la pueda sacar por el tanto así mismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve días dé fianzas bastantes a vista de nuestra justicia, que pagará los maravedís, por que así fuere vendida, al tiempo que el comprador estaba obligado”.

Obviamente, la aplicación al caso que nos ocupa del criterio establecido por el § 468 BGB hubiera conducido, sin más, a la estimación de la demanda de retracto, ya que, existiendo una hipoteca constituida sobre la finca, y habiéndose pactado la subrogación en la deuda hipotecaria como forma de pago del precio, se entiende (al menos, así lo entiende el legislador alemán) que el retrayente puede asumir perfectamente las obligaciones pendientes sin que la posición de los demás interesados (en concreto, la del acreedor hipotecario) se vea en modo alguno perjudicada, dada la solidez intrínseca que ofrece la garantía hipotecaria. En el contexto de nuestro ordenamiento, entendemos que la misma solución podría haber sido asumida sin especial dificultad, ya que es evidente que, también en nuestro sistema, la garantía hipotecaria debe ser considerada, al menos en principio, como una garantía sólida para el acreedor (más aún cuando en su concesión original se hubieran atendido las exigencias del principio de crédito responsable). Pero es que, aun en el caso de que se entendiera que, pese a la hipoteca constituida, la sustitución de la persona del deudor puede de algún modo debilitar la posición del acreedor hipotecario, consideramos que la solución nunca debería haber sido la de desestimar la demanda de retracto por el mero hecho de que no concurriera el consentimiento de dicho acreedor, convirtiendo así a este en árbitro soberano de toda la operación. En último término, lo correcto hubiera sido que los Tribunales hubieran determinado, a la vista de las circunstancias concurrentes (y, en su caso, de las alegaciones formuladas por los interesados), si los derechos e intereses de todos los implicados estaban suficientemente garantizados por la subsistencia de la hipoteca, o si le era exigible al retrayente la aportación de alguna garantía adicional. De cara al futuro, sería

ciertamente preocupante que, en lugar de evolucionar hacia este tipo de planteamientos, basándonos para ello en los mimbres que ofrece nuestro Derecho vigente –y, por tanto, sin necesidad siquiera de apelar a una modificación legislativa–, terminara por consolidarse la doctrina derivada de la sentencia comentada.