

## II. DICTAMENES

### Carácter dentro del patrimonio conyugal de la participación de finca adquirida por retracto.

#### HECHOS

En el año 1941 una casa pertenecía, por mitades indivisas, a *A* y *B*. Adquirió *B* su participación en estado de soltera. En dicho año, y sin que *B* tenga conocimiento anterior ni posterior, *A* vende su participación indivisa a *C*, en precio de 500.000 pesetas, de las cuales recibe 100.000 en el acto de otorgarse la escritura, quedando aplazado el resto, por partes iguales de 100.000 pesetas, pagaderas en los días primero de enero de cuatro años sucesivos. No se pacta ninguna garantía para el cobro del precio y tampoco se inscribe la compraventa en el Registro de la Propiedad, por adolecer el título de un defecto subsanable, siendo retirado sin solicitar anotación preventiva.

En el año 1943, *B* contrae matrimonio sin otorgar capitulaciones matrimoniales y aportando sólo al patrimonio conyugal su participación indivisa de finca.

Enterados los cónyuges tres meses después de la venta que efectuó *A* a favor de *C*, entablan contra éste demanda de retracto legal de comuneros, sin justificar que el dinero con que se va a ejercitar el retracto sea de la pertenencia privativa de la mujer.

Se pregunta :

- 1.º ¿Procederá el retracto?
- 2.º Caso afirmativo, ¿en qué condiciones habrá de ejercitarse?
- 3.º ¿Qué carácter tendrá dentro del patrimonio conyugal la participación de finca adquirida a virtud del retracto?

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.º *¿Procederá el retracto?*

A) Es de suponer, según lo que se indica en el supuesto de hecho, que antecede, que el retracto en cuestión fué interpuesto dentro de los nueve días siguientes al conocimiento efectivo y suficiente, por los retrayentes, de la venta otorgada por *A* a favor de *C*.

Siendo así, aunque el asiento de presentación practicado en el Registro de la Propiedad se hubiese extendido en tiempo muy anterior, el retracto se habría interpuesto dentro del plazo legal.

Pese a la afirmación del artículo 24. Ley hipotecaria, de que «Se considerará

como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá contar en la inscripción misma». Pues: 1.º Sólo podría hablarse de que la fecha del asiento de presentación es fecha de la inscripción, si ésta llegase a realizarse. El asiento de presentación, si caduca, no pasa de ser una inscripción abortiva. Un concebido que no llegó a nacer. 2.º Aun cuando el título presentado llegase a causar inscripción definitiva, tampoco a efectos del retracto la fecha del asiento de presentación es fecha de la inscripción, pues el T. S., en Ss. de 11 de junio de 1902, 3 de julio de 1906 y 10 de junio de 1915, no lo ha aceptado así, a efectos del retracto, argumentando que la Ley hipotecaria es Ley de excepción y que se refiere a terceros, carácter que no tienen frente al que enajena, el que adquiere y el que retrae. Y, a mayor abundamiento, la S. de 16 de octubre de 1944 nos dice que aunque la fecha de la inscripción debe retrotraerse a la de anotación preventiva (no ya del asiento de presentación), rige a efectos del retracto la de la inscripción y no la de la anotación. Jurisprudencia, toda ella, que nos sirve precisamente para rechazar todo intento de argumentación, contra nuestro primer argumento, basada en la idea de la publicidad material de que goza el libro Diario, afirmando que en el presente caso, más que la inscripción, lo que interesaba era la publicación registral de la enajenación.

Recordemos, además, para evitar ataques de flanco y por sitio distinto, que el Tribunal Supremo ha declarado que corresponde al demandado probar que la fecha del conocimiento es distinta de la que se establece por el retrayente (S. 21. V. 02).

B) Ciertamente el artículo 1.521 del Código civil nos dice que «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el retracto, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». Con lo que se nos ofrece un segundo obstáculo a salvar respecto a la procedencia del retracto. Existiendo un precio aplazado que sólo está garantizado con la responsabilidad personal patrimonial de C. ¿puede B subrogarse en iguales condiciones que C? Ni el débito es idéntico, si se cambia la persona del deudor, pues las condiciones morales son distintas en cada sujeto; ni sobre todo la responsabilidad patrimonial, el «Haftung», puede ser el mismo.

No olvidemos que ni siquiera las legislaciones que admiten la asunción de deudas como figura distinta y no productora de novación, han podido conseguir prescindir del consentimiento del acreedor. Sólo en el procedimiento del artículo 131 de la Ley hipotecaria vemos una excepción a lo dispuesto por el artículo 1.205 del C. c. Pero esta excepción, como hizo notar GUASP en su polémica con BENEDICTO BLÁZQUEZ, que sostenía la no asunción personal, es de tipo procesal y no substantivo. Y, por lo tanto, sólo impropia es excepción.

No obstante lo hasta aquí dicho, tenemos el antecedente de la Sentencia de 11 de diciembre de 1944, en la que el T. S. concedió el ejercicio del derecho de retracto en un supuesto de venta con precio aplazado aunque, en dicho caso, garantizado con hipoteca. Pero no hay que olvidar que la hipoteca sólo es accesorio del crédito. Y que en dicho caso, no puede pretenderse que el retrayente sólo asumiese la responsabilidad real de ser sujeto pasivo de la hipoteca (en dición incorrecta), ni menos aun hablando ortodoxamente en términos hipotecarios, que deviniese tercer poseedor de la finca hipotecada.

Nada de eso. El retraído quedó liberado de su responsabilidad personal ilimitada, establecida en el artículo 1.911 del Código civil, y reiterada en el 105 de la Ley hipotecaria (dentro de los límites del 919, C. de C., 1928, C. c. y número 1.447, Enjuiciamiento civil). Y el retrayente, además de adquirir la finca ganada con la hipoteca, asumió automáticamente el débito personal del que respondió con sus bienes presentes y futuros.

Ello hace pensar, como recientemente apuntó FIGA FAURA, en la «Revista de Derecho Privado», que *el subrogarse en las mismas condiciones* del que adquiere...»; mira más que al sujeto pasivo en sí; más que a la subrogación propiamente dicha, a su resultado A asegurar la satisfacción del interés económico del acreedor, propiamente aquí, del vendedor. Y conste, que no hablamos de equivalencia económica, cosa que nos llevaría al arduo problema de la permuta. Cuya aptitud para originar un retracto, no ha sido admitida tratándose de los derechos a retraer reconocidos en el Código civil, y, en cambio, se ha aceptado en el artículo 16 de la Ley de arrendamientos rústicos, incluso según las Ss. de 11 de junio de 1945 (en un considerando sin referencia en el fallo) y 1.º de diciembre de 1947 (que se apoya en aquélla y proyecta ya su doctrina en el fallo), tratándose de cosas no fungibles ni genéricas, como fincas rústicas individualizadas. Con lo que se ha llegado más lejos de lo que pretendieron los autores del precepto (tengo el testimonio de ANTONIO ALVAREZ ROBLES), que sólo pensaron en el caso de "*precio no pagado en metálico*".

Pero aun prescindiendo de esto último, dado el carácter de Ley especial, y hasta jurídicamente distanciada de muchos conceptos clásicos, que tiene la Ley de Arrendamientos Rústicos, y partiendo de que en el Código civil no cabe retraer satisfaciendo el *equivalente*, queda en pie el problema apuntado. Una cosa es satisfacer el equivalente y otra satisfacer *lo mismo* en condiciones *tal vez distintas para el retrayente, pero iguales prácticamente para el vendedor*. En la citada Sentencia de 11 de diciembre de 1944, sin duda el T. S. consideró que la hipoteca era suficiente para asegurar la percepción del precio al vendedor y que la garantía personal del artículo 1.911 no pasaba de ser una garantía puramente teórica.

No olvidemos tampoco la evolución que incluso dogmáticamente ha sufrido el concepto de obligación. ALGUER, en sus «Notas para la crítica del concepto del precontrato», (Rev. Dr. Friv., 1935), siguiendo a DEGENKOLB, hace notar que el *objeto* de la obligación, más que en la prestación como acto del deudor, hay que verlo en la satisfacción del interés del acreedor. En el resultado obtenido, más que en el acto del deudor.

Por otra parte, podría discutirse el alcance y significado de las palabras del artículo 1.521 «con las mismas *condiciones* estipuladas en el contrato». La inmutabilidad del deudor en el caso discutido, ¿es condición o, hablando más técnicamente, «presupuesto» de la enajenación que se quiere retraer? Se dirá que todos los créditos se otorgan *intuitae personae*, pero ello no es rigurosamente exacto, como nos lo demuestra el artículo 1.158. ¿Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor, «con la sola excepción del artículo 1.161, tratándose de obligaciones de hacer, cuando la calidad y cir-

cunstancias de la persona del deudor se hubiera tenido en cuenta al establecer la obligación».

Vemos, pues, una diferencia fundamental entre la obligación en su fase de espera y la obligación en su momento de cumplimiento; que se traduce en la disparidad entre la intangibilidad del deudor (sin consentimiento del acreedor), en el primer momento (caso del 1.205), y su fungibilidad en el segundo (caso del 1.158 con la excepción del 1.161).

Ahora bien, en el caso estudiado la obligación de pagar el precio está en parte aplazada. Parece, pues, a primera vista, que ha de juzgar el 1.205 y no el 1.158. No puede exigirse a C que sufra el retracto y siga debiendo en potencia hasta que B se le subroge en el pago. Ni a A que acepte el "Haftung" de B, en lugar del de C, como garantía personal. Tampoco puede obligarse al vendedor a que reciba totalmente el precio al ejercitarse el retracto, pues no en vano el artículo 1.127 del C. c. entiende que el plazo se establece—salvo pacto en contrario—en favor tanto del acreedor como del deudor.

Pero, siguiendo la pauta de la Sentencia de 11 de diciembre de 1944 y la orientación teórica apuntada de mirar más la identidad del resultado (no a su mera equivalencia), que no la del acto, tal vez hallemos la solución. ¿Podrá consignarse la totalidad del precio y garantizarse el pago de intereses, si se debieren, por todo el tiempo que pendiere, a fin de que el vendedor pueda retirarlo a su arbitrio, sea en el mismo acto o cuando fuesen venciendo los plazos pendientes? Se nos observará, sin duda con todo rigor técnico, que la consignación ha de ajustarse a las disposiciones que regulan el pago y que entre ellas, sin duda, está el 1.127 antes citado, y que la consignación supone *per se* una deuda vencida y líquida. Podría contraargumentarse, a lo primero, que el artículo 1.127 no se halla en la Sección 1.ª del Título IV, y ni siquiera en dicho Título, al que hay que considerar aiude el número 2 del artículo 1.177. Pero creemos no es necesario entrar en este terreno.

El artículo 1.618 de la L. E. C. exige, para que pueda darse curso a las demandas de retracto: «2.º Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea». ¿Podrá aplicarse analógicamente aquí el «precio no actual», o que se dispone para el «precio no conocido»?

Sobre la base y apoyo de la indicada Sentencia de 11 de diciembre de 1944, creemos que:

Al vendedor-creedor, le basta objetivamente que le aseguren iguales condiciones y garantías de cobro, real; quien realice la prestación. Si ciertamente la responsabilidad patrimonial universal es distinta de persona a persona (artículo 1.205), puede, en cambio, asegurarse el resultado objetivizando la garantía. Interpretando el artículo 1.521 del C. c. (en igual dirección que las normas del B. G. B.), siguiendo la pauta de la repetida Sentencia de 1944, resulta que lo que la ley pretende en dicha norma, es asegurar al vendedor igual resultado al previsto en la enajenación.

El *inhibitio personae* no cabe en el retracto legal, pues esta institución, por sí sola, parte de su negación. No en vano es una subrogación legal y forzosa. La persona del comprador no importa, y la responsabilidad personal sólo interesa si no puede cubrirse con otra garantía suficiente. (Sentencia de 1944, dicha.)

Además, de no aceptarse esta solución, bastaría para anular todos los re-

tractos legalmente queridos, utilizar ese expediente de aplazar sin garantía alguna el precio total, pagado simuladamente y con contra recibo privado de su pago actual. Tal fraude de Ley sería además difícilísimo de probar.

2.º *¿En qué condiciones habrá de ejercitarse?*

Hemos ya adelantado esta respuesta. Deberá consignarse el precio vencido, en nuestro caso 300.000 pesetas. Es decir, las 100.000 pagadas de presente y las respectivamente vencidas en 1.º de enero de 1942 y de 1943. Y darse fianza de consignar el precio pendiente; esto es: las 100.000 a vencer el 1.º de enero de 1944 y las restantes 100.000 que debieron vencer el 1.º de enero de 1945. Dicha fianza puede consistir en el depósito de tales sumas en establecimiento al efecto, la pignoración de efectos públicos, valores, seguros o hipoteca bastante, a juicio del Juez, respaldada de tratarse de cosa susceptible de destrucción con suficiente seguro, sobre el que se extenderá la hipoteca, como elemento subrogado suyo, conforme al artículo 110 de la Ley hipotecaria. No obstante, lo que decimos a vía de orientación es, con su recto criterio, el juzgador quien debe decidir la suficiencia de la garantía, tanto objetiva como cuantitativamente.

No puede bastar fianza personal. Por la razón dicha de la infungibilidad del «Haftung»; e incluso, siguiendo en la analogía con el art. 1.618 de la L. E. C., porque para el supuesto contemplado por dicho artículo, el T. S. (S. de 30 de diciembre de 1882) dice que no basta la simple promesa de llenar los requisitos exigido en el número 2.º de dicho artículo.

3.º *¿Qué carácter tendrá dentro del patrimonio conyugal la participación de finca adquirida en virtud de retracto?*

Digamos, ante todo, que el precio del retracto, como el de cualquier carga, puede satisfacerse con dinero del retrayente o de cualquier otra persona. Ello no importa al vendedor.

Pero lo que aquí nos interesa es el carácter ganancial, privativo de la participación indivisa retraída.

El artículo 1.396 del C. c., nos dice: «Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: ... 3.º Los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges».

¿Se refiere este artículo sólo a los retractos convencionales o también es aplicable a los legales?

Podrá argüirse en el primer sentido lo que el C. c. llama derecho de retracto convencional (derecho a retrocomprar, derecho de *lluir* o quitar) que es un derecho nacido de la venta con pacto de retro, que es lógico pertenezca privativamente al vendedor, sin compartirlo con su cónyuge, háyase verificado la venta antes o durante el matrimonio. Y que, en cambio, el retracto legal nace *ex lege* en el momento en que se den los supuestos legalmente exigidos. Antes, sólo hay una expectativa, un beneficio legal, pero no un derecho adquirido. Y que este derecho, si nace durante el matrimonio, como no tiene enlace con disposición onerosa alguna de la mujer, ni es adquisición lucrativa de ésta, debe entenderse ganancial como derecho nacido durante el matrimonio, ni a cambio de bienes privativos, ni como liberalidad de un tercero a favor de uno

de los dos cónyuges. Pero esta argumentación encierra un evidente sofisma: El retracto legal, aunque conferido *ex lege*, se atribuye, tratándose del de comuneros, al comunero *como tal*, en este caso a la mujer. Y siendo su fin facilitar el cese de la indivisión, se frustraría de concederse la participación indivisa a la sociedad conyugal. Y, cosa semejante, respecto a la eliminación de minifundios, sucedería en el de colindantes.

Ese argumento es, por sí solo, suficiente para eliminar *a priori* cualquier tesis contraria bien apoyada en el número 3 del artículo 1.401, en la consideración, totalmente errónea, del retracto legal como fruto de la finca. Por ello no entramos en su consideración.

A mayor abundamiento, ni en el número 3 del artículo 1.396, ni en el 2 del 1.337 (tratándose de la dote), se distingue el retracto legal del voluntario, y sabido es que, en principio, «donde la Ley no distingue...» Y aunque este brocardo no es siempre exacto, como hemos visto, aquí falta toda la base sería para excluir su aplicación. Y, además que, de no aplicarse el número 3 del artículo 1.356 a los retractos legales, se frustraría, cuando los ejercitase persona casada, el fin por el que la Ley los concede.

El supuesto de hecho nos indica que no se justifica que el dinero sea de la pertenencia privativa de la mujer. Pero no nos dice si el marido asevera algo en dicho sentido. La cuestión no tiene interés, por lo que se refiere a la pertenencia de la finca, como ya hemos visto. Pero puede tenerla respecto a la existencia de un crédito de la sociedad conyugal contra el patrimonio peculiar de la mujer. Sin embargo, consideramos que este problema cae fuera del ámbito del dictamen. Se trata de la cuestión del valor de la confesión por el marido del carácter privativo de la mujer de ciertos bienes, haciendo jugar el artículo 1.232 con el 1.344, en relación con el 1.257, párrafo primero. Y, subsidiariamente, si se rechazase todo valor a esta confesión, no sólo frente a terceros, sino incluso entre los cónyuges y sus herederos, el problema de la interpretación del artículo 1.334 del C. c., y en concreto al sentido y dirección de sus palabras «durante el matrimonio».

En conclusión, es dictamen del letrado que suscribe:

1.º Que procede el retracto a favor de B, que puede ejercitarlo su marido en representación de la misma B.

2.º Que deberá ejercitarse consignando las 300.000 pesetas vencidas previamente o en el instante de interponerse la demanda y dándose a la vez fianza real de consignar las cantidades pendientes (y sus intereses en su caso) en las fechas de sus respectivos vencimientos. Aunque no se habla de intereses y éstos no pueden presumirse (conforme al artículo 1.755), en el presente caso podría ser de aplicación, como más concreto, el número 2 del artículo 1.501: «Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta» (pese a no haber mora a la que alude el número 3.º y salvo, es claro, pacto en contra).

3.º La participación traída no será ganancial, aunque el precio del que se satisfizo en el retracto lo fuese o se presuma serlo. Será, además, parafernial y no dotal, pues no consta que la otra mitad preadquirida por la mujer en estado de soltera se hubiese aportado en dicho concepto.