

HACIA LA CONSAGRACION JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICION PREFERENTE

(Comentario a la Sentencia de 3 de abril de 1981)

Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

SUMARIO: 1. Supuesto de la Sentencia.—2. Planteamiento.—3. Orden del comentario.—4. Naturaleza jurídica del derecho pactado: los derechos reales de adquisición preferente, atípicos y de origen convencional.—5. (Continuación).—6. Contenido del derecho pactado: semejanza con los derechos de tanteo, retracto y opción.—7. Utilización de la analogía para determinar la regulación del derecho pactado.—8. La lesión *ultra dimidium* y su aplicación al caso concreto.—9. Conclusiones.

1. Versa el presente comentario acerca de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de abril de 1981, dictada en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía promovido ante el Juzgado de Primera Instancia de Villanueva y Geltrú, por doña H. M. S. contra don J. F. T. y don C. R. M., sobre declaración de nulidad de compraventa y otros extremos. En su contestación a la demanda, la representación de los demandados formuló reconvencción sobre nulidad de inscripciones registrales y otros extremos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y desestimó en su totalidad la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia dictada en primera instancia y absolvió a los demandados, dando lugar, además, a la reconvencción interpuesta por éstos. Doña H. M. S. interpuso recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, que lo estima en parte en su sentencia, así como estima, también parcialmente, la reconvencción interpuesta por los demandados.

Don J. F. T. y don P. P. L. eran propietarios *proindiviso* de unas fincas, adquiridas por mitad; previa su agrupación, en fecha 12 de mayo de 1915 otorgaron escritura de división, adjudicándose al señor F. T. la mayor superficie y siendo compensado don P. P. L. con la cantidad de dos mil pesetas. Asimismo, ambas partes convinieron en que una parcela del solar adjudicado a don J. F. T. pasaría a ser propiedad del señor P. L. o sus sucesores cuando dicha parcela pasara al dominio de tercera persona distinta de don J. F. T. o su cónyuge, siempre que entregaran o consignaran la cantidad de doscientas cincuenta pesetas en el plazo de seis meses desde que don P. P. L. o sus sucesores tuvieran noticia del traspaso; para ello, el señor F. T. o sus sucesores deberían dar conocimiento del traspaso al señor P. o sus sucesores —y tratándose de actos *inter vivos*, el aviso debería darse con ocho días de antelación—. En fecha 4 de agosto de 1978 don J. F. T. vendió la parcela objeto del pacto a

doña C. R. M., siendo su valor actual superior a los dos millones de pesetas. Doña H. M. S. es sucesora en el dominio de la finca adjudicada a don P. P. L., tras sucesivas transmisiones.

2. El elenco de cuestiones jurídicas que presenta la Sentencia comentada, todas ellas importantes y debatidas, y el entramado de relaciones que entre las mismas se producen, la hacen especialmente digna de atención. Baste citar los derechos reales de adquisición preferente atípicos y de origen convencional, la utilización de la analogía para determinar su régimen jurídico, o la aplicabilidad a estos derechos de la lesión *ultra dimidium* catalana, para comprender el interés de la doctrina sentada por esta sentencia, de la que fue ponente don Antonio Fernández Rodríguez.

Todas estas cuestiones se plantean en torno a un pacto, contenido en la escritura de división de la finca inicial, y cuyo tenor literal es el siguiente:

“La parte del solar de extensión superficial setecientos cincuenta y seis metros cuadrados sesenta y seis centímetros cuadrados, situada al suroeste, en la porción adjudicada al señor F., y que está marcada en el plano adjunto y designada por el cuadrado E. F. K. L. pasará a ser propiedad de don P. P. L. o de los sucesores de este señor en el dominio de la porción adjudicada al mismo, cuando la totalidad de la porción adjudicada a don J. F. T. o el terreno colindante con dicho cuadro, pase al dominio de una tercera persona que no sea don J. F. o su esposa, doña G. S. V., bien se verifique este traspaso por actos *inter vivos* o *mortis causa*, siempre que el señor P. o aquellos sucesores entreguen a don J. F. o sus herederos, la cantidad de 250 pesetas o realicen consignación de dicha cantidad en forma legal”.

Se pactó asimismo que, si transcurridos seis meses desde la fecha en que el señor P. o sus sucesores tuvieran noticia del traspaso no se hubiera satisfecho dicha cantidad, esa cláusula quedaría nula y sin efecto; y para mejor “acatación” (sic) se hacía constar la obligación de dar conocimiento en forma legal, por parte del señor F., o su esposa, o sus sucesores, en todos los casos citados, y para los actos *inter vivos* con ocho días de anticipación.

3. El orden que se va a seguir en este comentario es el mismo establecido por el Tribunal Supremo en sus Considerandos, sin perjuicio de tratar conjuntamente aquellas cuestiones en que así lo exija la coherencia interna de esta exposición.

La primera cuestión que se plantea el Tribunal Supremo es la referente a la naturaleza del derecho pactado en la cláusula sexta de la escritura de división y adjudicación de fincas, más arriba reproducida. Da respuesta el Juzgador a ello afirmando tratarse de un derecho de adquisición preferente sobre la parcela a que se refiere la antedicha cláusula;

derecho al que se reconocen los caracteres de atípico y convencional (Considerando tercero de la primera sentencia) por un lado, y real (Considerando tercero de la segunda sentencia) por otro.

Surgen a continuación las cuestiones relativas al contenido de tal derecho (Considerando cuarto de la primera sentencia), a su posible analogía con el retracto convencional, y con los derechos reales de adquisición preferente de origen legal (Considerando sexto de la primera sentencia) y a sus efectos (Considerando tercero de la segunda sentencia), cuestiones todas ellas que serán abordadas a lo largo del presente comentario.

Por último, sólo restará hacer referencia a la aplicación que de la lesión *ultra dimidium* hace el Tribunal Supremo al caso concreto, con alusión a la problemática que plantea la desvalorización monetaria en relación a los derechos reales de adquisición preferente.

4. Tras rechazar —y fundamentar el rechazo adecuadamente— que el pacto más arriba recogido pueda considerarse como una venta a carta de gracia, el Tribunal Supremo afirma que se trata de un derecho de adquisición preferente, que tiene carácter "... atípico o innominado, con plena eficacia en su exacto alcance y carácter, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil" (Considerando tercero de la primera sentencia); es decir, que es un derecho de adquisición preferente atípico, y de origen convencional.

En cuanto a su configuración como derecho real, parece más reticente nuestro más alto Tribunal, puesto que en la mayor parte de las ocasiones se refiere, simplemente, a un "derecho de adquisición preferente", "de preferencia adquisitiva" u otras expresiones similares; sin embargo, en el Considerando tercero de la segunda sentencia emplea la expresión "derecho real inscrito de adquisición preferente".

En conclusión, para el Tribunal Supremo, el derecho dimanante de la cláusula transcrita es un derecho real de adquisición preferente, de origen convencional y atípico.

La categoría de los derechos reales de adquisición preferente, procedente de la doctrina alemana y recibida en España en época relativamente reciente (1), ha sido objeto de elaboración y adaptación a nuestro derecho en los últimos años (2), y hoy puede considerarse como generalmente aceptada por la doctrina jurídica española (3).

Es característica definitoria de estos derechos el otorgar a su titular la facultad de adquirir onerosamente la cosa sobre la que el derecho recae, con preferencia a cualquier otra persona, de forma que vendrían a

(1) Habría que situar esta recepción en la traducción y anotación de la obra de WOLFF, *Derecho de Cosas*, realizada por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Así lo indican GARCÍA CANTERO en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, tomo XIX (Madrid, 1980), p. 447; y SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho Civil*, en colaboración con LACRUZ BERDEJO, tomo III, vo. 2.º (Barcelona, 1980), p. 237.

(2) Destacadamente, GARCÍA CANTERO, op. cit., sub art. 1.506, pp. 487 y ss.; y GARCÍA AMIGO, *Derechos reales de adquisición (notas para una teoría general)*, R. D. P., 1976, pp. 99 y ss.

(3) En tal sentido, GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 487. Sin embargo, esta categoría es contestada por Díez Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil: Derecho de cosas* (Madrid, 1977), p. 51.

incidir sobre el poder de disposición del propietario polarizándolo en su favor, en expresión de Sancho Rebullida (4). En este sentido se pronuncia la sentencia comentada en su Cuarto considerando *in fine*, al afirmar que "... el derecho de preferencia adquisitiva por un tercero no es atribución de facultad reintegradora en el dominio por el vendedor, sí que simplemente medio posibilitador de sustituir al tercero a quien se da preferencia al que, en su caso, resulte comprador".

Junto a esta característica, última diferencia entre los derechos reales de adquisición preferente y los demás derechos reales limitados, se pueden señalar otras cuatro más, que vienen a completar la descripción de esta figura, de manera que serían predicables de los derechos reales de adquisición preferente los siguientes cinco caracteres (5): "a) atribuyen a su titular un derecho real sobre una cosa; b) que les faculta para adquirir onerosamente su propiedad, bien sea incondicionalmente, bien sólo en el caso de que el propietario actual proyecte en firme su enajenación o la haya realizado a un tercero; c) otorgan a su titular una acción *erga omnes*; d) son limitativos del dominio, pues, o bien privan de la facultad de disponer al sujeto gravado, o la condicionan otorgando una preferencia frente a terceros adquirentes; e) son limitados pues no atribuyen la plenitud de facultades sobre una cosa, sino que preparan o posibilitan el nacimiento del derecho real pleno, ya que su ejercicio aboca a convertir al titular en propietario".

Hay que señalar que esta categoría no es para el ordenamiento jurídico español una construcción meramente doctrinal; el Fuero Nuevo de Navarra dedica el Título VI del Libro III a la regulación "De los retractos y otros derechos de adquisición preferente", lo que supone el reconocimiento legal de esta categoría de derechos reales limitados (6), cuyas normas podrían utilizarse por su precisión dogmática y perfección técnica, como criterios interpretativos para el Derecho común (7).

Es evidente que conviene al derecho pactado en la cláusula sexta antes transcrita su configuración por la sentencia comentada como un derecho real de adquisición preferente, en el sentido elaborado por la doctrina, puesto que otorga a su titular, don P. P. L. —o sucesores— la facultad de adquirir, previo pago o consignación de la suma de 250 pesetas, la parcela designada en los planos correspondientes con las letras E. F. K. L. con preferencia a tercera persona, mereciendo a estos efectos la consideración de tercero cualquier persona que no sea don J. F. T. o su esposa doña G. S. V. Este hecho últimamente señalado, que autoriza la transmisión de la parcela indicada a doña G. S. V., no debe conside-

(4) Op. cit., p. 238. Coinciden también en la concurrencia necesaria de esa característica GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 488; GARCÍA AMIGO, op. cit., p. 102; SERRANO ALONSO, *Notas sobre el derecho de opción*, R. D. P., 1979, p. 1.134.

(5) GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit. Un amplio análisis de la estructura y características de tales derechos en GARCÍA AMIGO, op. et loc. cit.

(6) En tal sentido, GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 485; la regulación que de esta categoría realiza el Fuero Nuevo es recogida por extenso en GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit.; y GARCÍA AMIGO, op. cit., pp. 122 y ss.

(7) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 487.

rarse tanto un límite impuesto al derecho real de adquisición preferente de que es titular don J. F. T., cuanto el supuesto de hecho a que se subordina el ejercicio del indicado derecho: que la parcela E. F. K. L. pase al dominio de persona distinta a don J. F. T. o doña G. S. V.

5. Un segundo punto digno de atención es el que se refiere a la atribución al derecho real de adquisición preferente pactado de las notas de atípico y convencional, que hace la sentencia del Tribunal Supremo.

Por lo que al primer aspecto se refiere, distinguen los autores dos tipos fundamentales de derechos reales de adquisición preferente (8): a) derecho de opción, que faculta a su titular para adquirir la cosa sobre la que recae el derecho, en el plazo y con el precio y condiciones previamente establecidos; b) derechos de tanteo y retracto, que facultan a su titular para adquirir la cosa sobre la que recae el derecho, con ocasión de su enajenación, y en condiciones idénticas a las fijadas para tal enajenación; si dicha facultad se atribuye para antes de llevarse a cabo la enajenación, será tanteo, y si para después, retracto. Junto a estos dos tipos generales, se admite la posible existencia de tipos mixtos, que conjugan elementos de ambos (9), y a los que se puede denominar, en el mismo sentido que la sentencia comentada, derechos reales de adquisición preferente atípicos.

A este último género pertenece sin duda —tal y como señala el Tribunal Supremo— el derecho pactado, ya que, por un lado, faculta a su titular para adquirir la cosa con ocasión de su enajenación, y por otro lo hace en el plazo y con el precio previamente establecidos. La alteración del precio pactado, incrementándolo de 250 a 2.000.000 de pesetas que impone el Tribunal Supremo no supone otra cosa que la actualización de dicho precio, que actúa con independencia de las condiciones en que se hubiera pactado la enajenación inicialmente proyectada.

Entrando ya en el segundo aspecto —derechos reales de adquisición preferente de origen convencional—, señala la doctrina que tanto uno como otro de los supuestos típicos —y forzosamente en el caso de los atípicos— pueden encontrar su origen en la voluntad de las partes (10). A ello se refiere el juzgador al afirmar que el derecho pactado entre los señores F. T. y P. L. es un derecho de adquisición preferente "... con plena eficacia en su exacto alcance y carácter, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil". Se da entrada de esta manera a la autonomía de la voluntad como fuente de derechos reales de adquisición preferente, sin límite de tipicidad: las partes pueden pactarlos con las condiciones que estimen convenientes, dentro de los límites establecidos con carácter general para la autonomía de la voluntad por el artículo 1.255 del Código civil.

(8) Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 488, y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 239. Por su parte, GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 105, aun reconociendo la proximidad conceptual entre el tanteo y el retracto, prefiere seguir considerándolos en forma independiente, y distinguir entre opción, tanteo y retracto.

(9) GARCÍA CANTERO, *op. et loc. cit.*

(10) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 491; SANCHO REBULLIDA, *op. et loc. cit.*; GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 104.

En cuanto a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos de adquisición preferente de origen convencional sobre inmuebles, para que puedan ser considerados como derechos reales (11), la sentencia objeto del comentario no se plantea —ni resuelve, por tanto— la cuestión, ya que en el supuesto de hecho que contempla, el derecho pactado en la cláusula sexta de la escritura de división y adjudicación de fincas se hallaba inscrito en el Registro. La única alusión a ello se encuentra en el tercer considerando de la segunda sentencia, que se refiere al “derecho real inscrito de adquisición preferente”.

Se puede decir, y así se deduce de lo indicado hasta el momento, que el Tribunal Supremo realiza en esta Sentencia una breve pero completa recepción de la doctrina de los derechos reales de adquisición preferente, tal y como ha sido formulada por los autores; y ello a través de la admisión de la figura quizá más conflictiva dentro de dicha doctrina, por ser la que la lleva a sus últimas consecuencias: los derechos reales de adquisición preferente de origen convencional atípicos.

6. Sin embargo, la Sentencia comentada no realiza una exposición sistemática del contenido del derecho pactado, sino más bien una delimitación negativa, que se plantea en un doble sentido:

a) No se trata de un supuesto de venta a carta de gracia, que no es sino una forma de aseguramiento que requiere esencialmente un convenio determinante de una venta dependiente del vendedor, transmitiéndose al comprador únicamente un derecho interino y no el dominio respecto al enajenante —aunque sí frente a terceros que no estén registralmente amparados— (12). Claramente, no se trata del supuesto de hecho de la controversia.

b) Por otro lado, el derecho pactado se diferencia del retracto convencional: 1) por su naturaleza, al no existir compraventa del señor F. al señor P.; 2) por sus efectos, porque no hay reembolso del precio, gastos del contrato y gastos necesarios y útiles, sino entrega de una cantidad fija, ya determinada; 3) por las condiciones de su nacimiento, ya que la acción correspondiente no nace por voluntad del señor P., sino por la enajenación de la parcela —o la pretensión de hacerlo— (13).

Por lo demás, esta diferenciación en doble sentido no se refiere en realidad sino a una misma figura, dadas las similitudes existentes entre el retracto convencional y la venta a carta de gracia, que llevan a la doctrina a identificarlas (14).

Sin embargo, del texto de la sentencia comentada pueden extraerse los rasgos fundamentales que constituyen el contenido del derecho pactado:

(11) En este sentido, GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 392. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 260, se pronuncia también por esta solución para el Derecho del Código civil, pero no para el navarro, en virtud de lo establecido por la Ley 460 del Fuero Nuevo.

(12) Cfr. arts. 326 a 329 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña.

(13) Cfr. arts. 1.507 a 1.520 del Código civil. En la doctrina, GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pp. 504 y ss.

(14) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 504; GARCÍA AMIGO, *op. cit.*, p. 121.

a) Hay que partir, como supuesto de hecho que da lugar a la efectividad de tal derecho, de la enajenación —o propósito de llevarla a cabo— de la parcela gravada, de forma que pase al dominio de tercera persona que no sea el señor F. o su esposa, doña G. S. V. (y no, como erróneamente afirma la sentencia, de los sucesores de aquél): sexto considerando de la primera sentencia.

b) Tal derecho es para su titular un medio posibilitador de sustituir al adquirente de tal finca: cuarto considerando de la primera sentencia.

c) Mediante el abono o consignación en forma legal de la cantidad —previamente determinada— de 250 pesetas (tercer considerando de la primera sentencia), en un plazo de seis meses desde que su titular tuviera noticia de la transmisión.

d) A lo que habría que añadir —y así lo reconoce el Tribunal Supremo, implícitamente en el segundo considerando de la segunda sentencia, y con claridad en el fallo de la misma— la obligación del señor F., su esposa o sucesores de notificar el traspaso al titular del derecho en todo caso, y con ocho días de antelación si tuviera lugar por un acto *inter vivos*.

Estructurado de este modo el contenido del derecho recogido en la cláusula más arriba transcrita, resultan más fácilmente apreciables las similitudes que presenta con las figuras típicas de tanteo, retracto y opción.

Así, es similar al tanteo y al retracto en los siguientes aspectos:

a) El supuesto de hecho que hace nacer la acción, y que es similar, aunque no idéntico: voluntad de enajenar —tanteo— o enajenación de la cosa —retracto— (15), por un lado, y, en el caso concreto, voluntad de transmitir el dominio en caso de actos *inter vivos* —así se deduce de la obligación de preaviso establecida— o transmisión efectiva del mismo, en todo caso. Se puede afirmar que el supuesto de hecho es semejante al del tanteo en caso de transmisión por actos *inter vivos*, y al de retracto en todo caso de transmisión efectiva del dominio sobre la parcela afectada. Y si me refiero a similitud y no a identidad es por la mayor amplitud del supuesto pactado —toda transmisión del dominio— frente a la menor de los supuestos típicos —enajenación— (16).

b) La facultad que confiere el derecho a su titular: preferencia del mismo para la adquisición de la cosa frente al adquirente eventual o efectivo de ésta (17).

c) La necesidad de preaviso para el tanteo y en el caso concreto, para la transmisión por acto *inter vivos* (18); y el establecimiento de un plazo para el ejercicio del retracto, o del derecho pactado (19).

Por otro lado, se asemeja al derecho de opción en cuanto a las con-

(15) Cfr. GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 488.

(16) Cfr. art. 1.521 del Código civil, y GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit.

(17) Cfr. GARCÍA CANTERO, op. et loc. cit.

(18) Cfr. Leyes 445 y 462 del Fuero Nuevo de Navarra.

(19) Cfr. art. 1.524 del Código civil; Ley 462 del Fuero Nuevo de Navarra.

diciones en que su titular podrá ejercitarlo, y consistentes exclusivamente en el pago o consignación en legal forma de la cantidad fija de 250 pesetas (20).

7. Este análisis comparativo tiene gran importancia a la hora de determinar la regulación de la figura contenida en la cláusula más arriba transcrita en lo no especialmente pactado; regulación que habrá de hacerse por medio de la analogía. A ello se refieren los considerandos tercero, cuarto y sexto de la primera sentencia.

En los dos citados en primer lugar se desestima el motivo segundo del recurso de casación, basado en la aplicación indebida de los artículos 4-1 y 1.508 del Código civil, y violación de los artículos 10-1, 10-5, 13-2 y 16 pr. del Código civil, y Disposición Transitoria Quinta de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña. La desestimación se produce por partir dicho motivo del supuesto de una venta con carta de gracia, que no es apreciable por no darse en el caso concreto los presupuestos necesarios para reconocer tal figura. Es decir, que sin aludir directamente a ello, niegan que entre el derecho pactado y la venta a carta de gracia se dé esa identidad de razón que exige el artículo 4-1 del Código civil para que proceda la aplicación analógica de una norma a un supuesto carente de regulación legal.

Este mismo argumento es el que recoge el sexto considerando de la primera sentencia —aunque esta vez explícitamente— para estimar el motivo primero del recurso:

“Es de estimar el motivo primero, toda vez que... la resolución impugnada hace una indebida aplicación del artículo cuatro, uno del Código civil, porque al declarar caducado y extinguido el indicado derecho de adquisición preferente pactado en la cláusula sexta de la escritura pública de doce de mayo de mil novecientos quince, lo hace utilizando la *analogía legis*, generalizando las disposiciones concretas de los artículos mil doscientos ochenta y nueve y mil quinientos ocho del Código civil a la invocada relación jurídica de adquisición preferente, sin que para ello se cumplan los requisitos exigidos por el meritado artículo cuatro, uno del Código civil, y concretamente la identidad de razón expresada por el principio *ubi eadem ratio, ibique eadem legis dispositio...*”.

Y, a continuación, indica las diferencias existentes entre el derecho pactado y el retracto convencional, tal y como han quedado reflejadas más arriba.

Sin embargo, tras afirmar que el derecho pactado no puede entenderse caducado por el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 1.508 citado, al no ser este precepto susceptible de extensión analógica al supuesto contemplado, el Tribunal Supremo señala que, en todo caso, no pueden considerarse transcurridos dichos plazos, ya que

“producida en el cuatro de agosto de mil novecientos sesenta y ocho la venta de la precitada parcela objeto de la presente

(20) Cfr. GARCÍA CANTERO, op. et loc cit.

controversia y que es determinante de la posibilidad de acogerse al indicado derecho de adquisición preferente, y en consecuencia cuando ese derecho nace, formulada la demanda poniendo en ejercicio tal derecho mediante escrito fechado el veintidós de junio de mil novecientos sesenta y nueve, proveída a trámite en catorce de julio siguiente, no ha transcurrido ni un año, y por tanto no puede producirse caducidad con base en la referida normativa del artículo mil quinientos ocho del Código civil”.

Se produce así una acumulación subsidiaria de argumentos que patrocinan la misma solución, pero por caminos distintos y en cierta medida contradictorios: la no concurrencia de la identidad de razón exigida por el artículo 4-1 del Código civil para proceder a la extensión analógica del artículo 1.508 del mismo cuerpo legal, y el no haber transcurrido los plazos previstos en este último precepto.

Por otra parte, el Tribunal Supremo no fija las normas que podrían regir, por vía de extensión analógica, el derecho pactado, por concurrir entre ellas y dicho derecho la necesaria identidad de razón. Tal identidad de razón —que es el centro de gravedad del problema de la aplicación analógica de las normas (21)— no puede consistir en una pura semejanza o similitud entre el caso concreto y el supuesto de hecho de la norma cuya extensión analógica se pretende (22); sino que exige un juicio de valor sobre el hecho de que la solución que el caso debe recibir es la misma estatuida en la norma análoga (23).

En el supuesto aquí contemplado hay que partir del análisis realizado sub núm. 6 de este comentario, y referido a las semejanzas entre el derecho de adquisición preferente pactado y las figuras típicas de tanteo, retracto y opción. De este análisis se deduce que el derecho atípico de adquisición preferente establecido no presenta una identidad de razón total con ninguna figura típica que sea susceptible de aplicación analógica en su totalidad; son más bien aspectos concretos del mismo los que presentan tal identidad de razón con los de los derechos típicos. Así, pues, a cada uno de estos aspectos le serán de aplicación, por extensión analógica, las normas reguladoras de la figura típica (tanteo, retracto u opción) con la que presente la identidad de razón, y en lo que la presente, en el sentido recogido en el número anterior de este comentario.

8. Queda como última cuestión a considerar la aplicación que lleva a cabo nuestro más alto Tribunal de la lesión *ultra dimidium* del Derecho catalán al derecho pactado de adquisición preferente, en el siguiente sentido:

“claro es que se produce una evidente desproporción entre el valor real asignable a la tan repetida finca, superior a dos millones de pesetas, y la cantidad de doscientas cincuenta pe-

(21) DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I (Madrid, 1981), p. 214.

(22) Id., p. 212.

(23) Id., p. 213.

setas en que la meritada señora M. S. pretende adquirirla, lo que determina ... lesión indudable en tal pretendida compraventa a favor de la meritada señora H. M. S., que lleva a la no procedencia de su reconocimiento con efectividad, toda vez que en Derecho catalán viene recogida la lesión enorme o 'ultra dimidium', ... tomado del Derecho romano y el canónico, que exigen en el precio no sólo los requisitos de verdadero, cierto y consistente en dinero, sino además el que sea justo, y así lo proclama actualmente la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña ... cuando en su artículo trescientos veintitrés previene que son rescindibles los contratos de compraventa en que el enajenante sufra lesión en más de la mitad del justo precio...".

Dos son las cuestiones que surgen al hilo de este párrafo: la posibilidad de aplicar la lesión *ultra dimidium* a los derechos reales de adquisición preferente —y, concretamente, al pactado en la cláusula transcrita— tal y como lo hace el Tribunal Supremo; y la más general de la problemática de tales derechos en relación con la desvalorización monetaria.

En cuanto al primer aspecto, hay que partir de lo establecido por el artículo 323, párrafo primero, de la Compilación de Cataluña: "los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez".

En el caso de los derechos reales de adquisición preferente, hay que distinguir entre el derecho mismo —en el que se configura una compraventa cuyo objeto y precio se encuentran ya determinados— y el contrato de compraventa que nace como consecuencia del mismo. No cabe duda de que perfeccionado este contrato de compraventa —que encuentra su causa en el derecho real de adquisición preferente—, y concurriendo en él las circunstancias establecidas en el artículo transcrito, es perfectamente rescindible por lesión *ultra dimidium*, como cualquier otro contrato de compraventa (24).

El problema surge —y es el que se plantea en la sentencia— cuando el derecho real de adquisición preferente prefigura un contrato de compraventa en el que se pueden apreciar las circunstancias del artículo 323 citado, pero dicha compraventa no se ha perfeccionado todavía; ¿cabe, entonces, acudir a la lesión *ultra dimidium*? El Tribunal Supremo da respuesta afirmativa a esta pregunta: doña H. M. S. pretende que se otorgue en su favor contrato de compraventa de la parcela de refe-

(24) Así, ALBALADEJO, *Estudio sintético de la rescisión por lesión en más de la mitad en los Derechos Catalán y Navarro*, R. D. P., 1976, pp. 983 y s., para un supuesto de ejercicio de derecho de retracto en que, no siendo la compraventa inicial que da lugar al mismo susceptible de rescisión por lesión, por cualquier causa el bien retraído ha aumentado su precio a más del doble del fijado en dicha compraventa, cuando el retrayente ejercita su derecho.

rencia, en las condiciones previstas por el derecho pactado; el Tribunal Supremo, apreciando que en dicha pretendida compraventa concurren los presupuestos de aplicación de la lesión *ultra dimidium* afirma la “no procedencia de su reconocimiento con efectividad jurídica”.

Así, pues, para el Tribunal Supremo, la norma del artículo 323 de la Compilación catalana no es sino manifestación de un principio general del Derecho catalán: el del justo precio. La violación de este principio dará lugar, normalmente, a la rescisión por lesión *ultra dimidium* del contrato celebrado; pero también puede ocasionar —como en el caso comentado— la ineficacia del derecho real de adquisición preferente, por ser lesiva del dicho principio la compraventa en él configurada (25).

Aunque esta interpretación es claramente extensiva del tenor literal del tantas veces citado artículo 323, la solución ofrecida parece adecuada en Justicia y en Derecho. Más aún cuando una aplicación estrictamente literal de este precepto al caso concreto conduciría al resultado absurdo de imponer judicialmente el otorgamiento de una compraventa que, acto seguido, podría ser rescindida por incurrir en lesión *ultra dimidium*.

Más dudosa es la solución ofrecida por el juzgador en cuanto a la aplicación del artículo 325 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña: en efecto, tras indicar que las consecuencias de ineficacia contractual derivadas de la lesión *ultra dimidium* pueden evitarse mediante el pago en dinero del complemento del precio o valor lesivos, señala que ello no ha sido efectuado por la demandante, doña H. M. S., “que limitó su expresada pretensión adquisitiva al simple abono de doscientas cincuenta pesetas”.

Esta solución, aplicada a todos los supuestos, convertiría en ineficaz la norma contenida en el citado artículo 325, puesto que es de esencia de la lesión *ultra dimidium* que la “pretensión adquisitiva” del comprador sea inferior al justo precio, al menos en la mitad del valor de éste. Alegar tal circunstancia para no aplicar el artículo 325 de la Compilación de Cataluña es privar de eficacia al precepto. En mi opinión, hubiera sido más correcto ofrecer a doña H. M. S. —que ha cumplido con lo pactado al consignar las 250 pesetas—, una vez apreciada la concurrencia de la lesión, la posibilidad de completar dicha cantidad hasta llegar al justo precio, sin interés alguno —por no haberse consumado la compraventa—.

Cuestión diferente es la aplicación llevada a cabo por la Sala del principio *iura novit curia*, en los siguientes términos:

“sin que para la apreciación de las merítadas consecuencias de ineficacia de la lesión obste que se haya alegado en fase

(25) Respecto a la base sobre la que descansa esta institución, detalladamente, ANDREU RAMI, *El fundamento de la rescisión por lesión en las Compilaciones del Derecho Civil de Navarra y Cataluña*, R. J. C., 1974, pp. 625 y ss.; para el Derecho catalán llega a la conclusión de que el fundamento de la lesión *ultra dimidium* lo constituye la falta en el enajenante de un ánimo liberal correlativo al enriquecimiento del adquirente, siendo el desequilibrio en las prestaciones presupuesto legal, pero no fundamento de la institución.

procesal de dúplica, tanto porque ello surge de la propia exposición fáctica del proceso, con su correspondiente confirmación probatoria, cuanto debido a que se trata de una apreciación de índole jurídica que emana de la fase de enunciado de las bases en que el procedimiento se conformó, que como de tal índole es de apreciación judicial en virtud del principio *'iura novit curia'*, posibilitador de que el órgano jurisdiccional aplique el derecho de adecuada procedencia al caso, con independencia de que sea o no alegado por las partes”.

Hay que poner este párrafo en relación con el tantas veces citado artículo 323 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, que establece que la rescisión por lesión *ultra dimidium* se produce a instancia del enajenante. En mi opinión, esa “instancia” concurre en el caso que nos ocupa en cuanto el contrato ha sido impugnado, aunque sólo en fase de dúplica se alegara la concurrencia de la lesión; tal alegación hay que entenderla —como lo hace el Juzgador— no como de los hechos que prueban la existencia de la lesión —que ya obraban en autos—, sino del derecho aplicable a tales hechos. En tal caso —y sólo en él— es correcta la aplicación del aforismo *iura novit curia*, y de su paralelo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

En realidad, toda la construcción que ha quedado reflejada hasta ahora es una muestra del esfuerzo realizado por el Tribunal Supremo para superar lo que se perfilaba como una clara injusticia, que encontraría su causa en la desvalorización monetaria acaecida entre la fecha de la escritura de división y adjudicación y la fecha en la que se pretende la efectividad de la cláusula sexta de la citada escritura.

Se pone así de relieve la incidencia que puede tener el problema de la desvalorización monetaria con respecto a los derechos reales de adquisición preferente; incidencia que no se producirá con respecto al tanteo o al retracto por su propia estructura, pero sí respecto a la opción por tiempo indefinido, o a otros derechos reales de adquisición preferente atípicos, con precio determinado y por tiempo prolongado o indefinido. Para hacer frente a ello, el Fuero Nuevo de Navarra, en su Ley 461, párrafo 3.º, prevé la posibilidad de establecimiento de cláusulas de estabilización, extensible a los supuestos atípicos en aplicación del principio de libertad civil; solución esta que parece predicable también de otros ordenamientos españoles, y de todos aquellos derechos reales de adquisición preferente en que se plantee el problema. Problema que, sin embargo, continuará vigente en los casos en que no se hayan pactado estas cláusulas, y que deberá ser resuelto mediante otros expedientes, como el utilizado por el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada.

9. Para concluir, creo que son dos los aspectos más importantes y de mayor relieve en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en esta Sentencia.

El primero de ellos, referente a la configuración del derecho pactado como derecho real de adquisición preferente, de origen convencional, y atípico, admitiendo en nuestro ordenamiento una figura de elaboración doctrinal reciente, y aún debatida.

El segundo, relativo a la solución con que se evita la injusticia que provocaría la aplicación estricta del derecho real de adquisición preferente pactado, a causa de la incidencia de la desvalorización monetaria en el precio establecido. Ello por medio de la formulación del principio general del justo precio —a partir de la regulación concreta de la lesión *ultra dimidium*— para el Derecho catalán; y con alegación del principio *iura novit curia* para justificar esa aplicación.

En ambos casos nuestro más alto Tribunal muestra tanto su apertura a las corrientes doctrinales más recientes, como su flexibilidad en la utilización del Derecho como instrumento técnico al servicio de la justicia; y ello, sin perjuicio de las matizaciones técnicas que cabría aducir, algunas de las cuales han quedado recogidas en este comentario; matizaciones que no obstan al fundamental acierto de la doctrina mantenida en la Sentencia comentada (26).

(26) Hay que advertir que el comentario que se realiza sub núm. 8 en el texto, se refiere a los fundamentos establecidos por el Tribunal Supremo para su segunda Sentencia. Sin embargo, he considerado oportuno extender a ello este comentario por el indudable interés que presenta.