

**RUBIO TORRANO, Enrique: «El pacto de retroventa». Ed. Tecnos. Madrid. 1990.**

Como novedad en la doctrina española se presenta la monografía objeto de rescensión dado que viene a suponer un estudio completo del retracto convencional o pacto de retroventa desde una perspectiva histórica, jurisprudencial y doctrinal.

Conocimiento de su autor sobre el tema, anteriormente plasmado en un trabajo de ámbito más reducido aparecido en la Revista Jurídica de Navarra, número 2 de 1987 bajo el título «La venta a carta de gracia en el Derecho Navarro», queda patente a lo largo de la lectura de las páginas de este libro, que si bien podíamos calificar como de denso contenido, se encuentra estructurado de tal forma que conduce al lector desde los orígenes de esta institución hasta su situación actual a efectos de dar respuesta a los interrogantes que plantea la regulación contenida en el Código Civil.

El punto de partida lo constituyen los 14 artículos que el Código Civil dedica a la regulación del retracto convencional y la situación física de los mismo, dentro del Libro IV, título IV, Capítulo IV junto al retracto legal, entre los modos de resolución de la venta, en base a ellos comienza al profesor Rubio su monografía poniendo de relieve que si bien los orígenes inmediatos de dicha regulación se encuentran en el proyecto de 1851 de García Goyena, hay que entender que la misma no es sino el resultado de un afán del legislador del siglo XIX de solucionar problemas de ámbito concreto y práctico, que surgieron en el Derecho intermedio, pero que en modo alguno vienen a clarificar la naturaleza y alcance de esta institución.

Ya desde el inicio del trabajo se pone de manifiesto la escasa uniformidad doctrinal en cuanto a la calificación del pacto de retroventa. Si para algunos tratadistas nos encontraríamos ante una condición resolutoria potestativa, para otros el retracto convencional supone la conclusión de una retroventa bajo condición suspensiva; por último, para otro grupo hay que mantener que nos encontramos ante un venta a término o ante un supuesto de retroventa.

El hecho de que el verdadero origen de esta figura jurídica haya que situarlo en el Derecho intermedio no hace olvidar al autor la necesidad de rastrear entre las escasas huellas romanas de la misma. Se pone en especial de relieve que la distinción, presente en la doctrina moderna, entre lo que es el pacto de retro y lo que es el *pactum de retrovendendo*, al que se consideraba una promesa de reventa, no se contempla en el Derecho intermedio. Los juristas de esta época utilizan como denominación exclusiva la de *pactum de retrovendendo* para entender, no sólo el pacto resolutorio y la condición suspensiva, sino también el contrato de reventa bajo condición suspensiva.

Dado el desconocimiento en el Derecho romano de la condición resolutoria, la venta cuyos efectos se mantienen en suspenso hasta la realización o no del evento condicionante era considerada incompleta por ineficacia del consentimiento; ahora bien, era también posible la conclusión de un contrato de venta puro al que se añadían un conjunto de cláusulas externas que implicaban un verdadero pacto, ya que eran introducidas, no como elemento del contrato, sino como acuerdo separado e independiente del mismo. El único problema susceptible de plantear esta distinción era de origen práctico debido a la dificultad que se presentaba al Juez al

tener que discernir si la intención de las partes era la conclusión de una venta sometida a condición suspensiva o si por el contrario se había querido concluir una compraventa pura a la que se añadía un pacto resolutorio, sujeto, a su vez, a una condición suspensiva. Como bien pone de relieve el profesor Rubio en la introducción, esta problemática se va a plantear en el retracto convencional a la hora de su calificación como simple retracto convencional, *pacto de retrovendendo*, o bien una simple promesa de reventa o de recompra.

En el apartado I de la monografía se aborda, como ya el autor había manifestado en la introducción, la búsqueda en el Derecho romano de aquellos puntos que puedan servir de apoyo a un análisis actual de la figura en estudio, partiendo para ello de la distinción entre compraventa y promesa de reventa, para analizar posteriormente los pactos y cláusulas añadidas a la compraventa.

Si la compraventa se configuraba en el Derecho romano como un contrato bilateral, perfeccionado por el simple consentimiento y del que se derivan solamente efectos obligatorios entre las partes, era necesaria la distinción entre este contrato y la simple promesa de venta en virtud de la cual las partes se comprometían a realizar en un momento posterior las estipulaciones necesarias para la venta, de ahí que la promesa de venta pudiera ser unilateral, a diferencia de la venta que siempre ha de tener carácter bilateral. La promesa de venta se realizaba como un *pactum* que, como tal, no creaba obligaciones a no ser que se insertara en un negocio o contrato a fin de poder dotarla de protección jurídica, dada la aplicación de la máxima romana *pactum non parit actionem*; inconveniente que fue solucionado en la práctica mediante la aplicación, por parte de la Jurisprudencia romana, del principio de la buena fe al considerar que de hecho tales pactos se presentaban como una continuación del contrato mismo y por ello era lógica su protección por la *actio ex vedito o ex empto*.

Entre los pactos añadidos y teniendo en cuenta la distinción entre aquéllos que se establecían en favor del vendedor y los que se incorporaban en provecho del comprador, el autor se ocupa del *pactum displicentiae*, *pactum in diem additionis* y *lex commissoria*, extrayendo de la regulación de cada uno de ellos aquello que pueda servir para la perfecta comprensión de la evolución posterior de la figura en estudio.

Así, del *pactum displicentiae*, establecido en provecho del comprador, dado que en virtud del mismo le era posible desistir del contrato cuando la cosa comprada no resultare de su agrado, y a pesar de que este pacto era considerado el reverso del pacto de retro, se destaca el hecho de que nos encontramos ante una venta pura resoluble bajo condición y con posibilidad de conclusión *in perpetuum*, lo que servirá de ejemplo posteriormente para el *pactum de retrovendendo*. De la misma forma este pacto va a ser incorporado de hecho al *pactum de retrovendendo* al admitirse la posibilidad de que pudiera ser incorporado en provecho del comprador, en cuyo caso recibirá la denominación de *pactum de retroemendo*.

Del *pactum in diem additionis*, introducido en provecho del vendedor —era aquél que facultaba a éste a aceptar una oferta más favorable si se le presentaba en tiempo determinado, desistiendo el contrato con el primitivo comprador— hay que considerar que nos encontramos, de la misma forma, ante una venta pura, por lo que el comprador *medio tempore* va ser un verdadero comprador; ahora bien, una vez producida la resolución, deberá restituir la cosa con la obligación de resarcir al vendedor los daños que ésta hubiera sufrido por su culpa, correspon-

diéndole el reembolso del precio. Un punto importante a tener en cuenta en la regulación de este pacto es el hecho de que la segunda oferta deberá ir dirigida a la totalidad de la *res*, lo que se planteará posteriormente en la regulación del retracto convencional.

Finalmente, del *pactum de lex commissoria*, en virtud del cual si el comprador no ha pagado el precio en tiempo determinado el vendedor podrá considerar el contrato como no realizado, se pone de relieve la posibilidad de ser añadido en un segundo momento. Es también una venta pura, pero a diferencia de lo que ocurría en el *pactum in diem additionis*, producida la condición que encierra el pacto, la cosa se consideraba a todos efectos como no comprada, de ahí que los frutos percibidos *medio tempore* deban ser restituidos al vendedor, correspondiendo a éste restituir la parte del precio pagada, salvo que se hubiese pactado lo contrario.

No cabe duda de que se trataba de un pacto resolutorio, pero el profesor Rubio se plantea la duda de si podría pactarse, en este caso, una venta sometida a condición suspensiva, supuesto que no contemplan las fuentes. Ahora bien, el texto del Digesto 19, 5, 12, sí contempla la posibilidad de una venta a la que se incorpora una estipulación de reventa sometida a condición suspensiva, lo que hace afirmar al autor que este texto pudiera haber servido de punto de partida para la construcción del *pactum de retrovendendo* realizada por los juristas del Derecho intermedio, sobre el esquema de una reventa condicionada suspensivamente.

Una vez analizadas aquellas figuras existentes en el Derecho romano que puedan ser consideradas importantes para el estudio posterior del pacto de retroventa, el apartado 2 de esta monografía se ocupa del *ius prothomiseos* o retracto legal, figura de gran difusión en el Derecho intermedio y que suscitó una abundante y rica literatura dada su gran difusión. Este consistía en un derecho de prelación que nace de la ley o la costumbre y nunca de un pacto, en virtud del cual un tercero cualificado puede, en determinadas circunstancias, obtener del juez que el *dominus* le venda la cosa, objeto de una previa cesión, figura denominada *retractus prelativus*, junto a ella se reconoce el llamado *retractus coactivus*, mediante el cual el propietario de una cosa se encuentra obligado a venderla incluso en contra de su voluntad (esta última, al alejarse bastante del tema en estudio, es dejada al margen de la investigación).

El *ius retractus* puede ser realizado en dos fases distintas, en la primera el vendedor tendría la obligación de notificar a su causante (del que trae su derecho), que intenta vender el bien a un tercero a un precio determinado, de forma que si el causante del derecho del vendedor quiere, pueda adquirir el bien entregando el precio exigido. En el caso de que no se hubiere realizado la oferta, en determinadas condiciones el causante podrá retraer, es decir, obtener el bien ya vendido, mediante la entrega al comprador del precio pagado. La importancia del estudio de esta figura queda patente en el hecho de que de ella indujeron los juristas los principios que después se aplicarían al retracto convencional y también porque se consideraba que en la base de todos los tipos de retracto legal existe un pacto; si a este pacto se le incorporaba una obligación *in rem scripta*, se podía hacer valer frente a todos los adquirentes del bien.

El apartado 3 de la monografía se ocupa del pacto de retroventa en el Derecho intermedio dado que es en esta época en la que la figura jurídica en estudio alcanza plenamente su desarrollo. Era ésta una institución de Derecho común y el silencio de las fuentes en la materia era cubierto por los anotadores acudiendo, por lo

que respecta al *ius commune* a las normas que regulan los *pacta romana*, *addictio in diem* o *lex commissoria* y en cuanto al *ius propium* con las normas reguladoras del *ius prothomiseos*.

La causa fundamental del avance de esta institución hay que buscarla en la transformación social y económica de la época. La necesidad planteada al *dominus* de liquidez, unida al desinterés por la pérdida de las tierras lleva a la conclusión de un contrato de venta con pacto de retro que le permite mantener intacta la posibilidad de recuperación de las mismas. Por otro lado, el precio de la venta con pacto de retro será siempre inferior al normal, lo que implicaba un beneficio para el comprador. Se trataba además de un pacto plenamente lícito, pero que obligaba a los jueces a examinarlo atentamente dado que tras él podría encubrirse un mutuo o se podría conseguir la garantía real de un pacto comisorio.

Ahora bien, con la finalidad básica de recuperar la cosa vendida, en la venta se podría introducir un pacto o incluir una condición, el problema se planteaba en el hecho de si la recuperación de la cosa se producía porque la primera venta quedaba resuelta o porque la cosa retornaba al ex propietario sobre la base de una reventa ya pactada. Y en base a ella surge un problema adicional, el de si la expresión *pactum de retrovendendo* comprende una reventa condicionada o una simple promesa de reventa bajo condición. El profesor Rubio pone de relieve en su monografía que la mayor parte de los juristas del Derecho intermedio no insistían en la distinción dado que los tres tipos de pactos que en el ejercicio diario se daban tenían los mismos efectos prácticos. Por ello, sea cual sea la caracterización de esta figura, nos encontramos ante una venta pura que va a producir toda su virtualidad jurídica hasta su resolución.

En el análisis del pacto de retro en el Derecho intermedio, el autor se ocupa a la par de su naturaleza jurídica, de los sujetos del pacto: comprador y vendedor. De la posición jurídica de ambos cabe destacar la obligación que pesa sobre el vendedor de respetar los arrendamientos que haya hecho el comprador sin ánimo de defraudar, dado que esta misma solución se contempla en algunos códigos modernos como el nuestro. Igualmente se analizan los problemas que planteaba la pluralidad de sujetos activos o pasivos, bien sea inicial o sobrevenida.

En cuanto al ejercicio del *pactum de retrovendendo*, se analiza en primer lugar la duración del mismo. Los términos del pacto fijados en el contrato podían ser de dos tipos: término *a quo*, mediante el que se suspende el ejercicio de pacto hasta determinada fecha y término *ad quem*, por el que se limitaba la posibilidad de ejercicio del derecho a un plazo determinado. Este último era susceptible de ocasionar problemas, dado que no siempre venía recogido en el contrato. En relación con el plazo de ejercicio se hace especial hincapié en la prescripción de este derecho y en el plazo de la misma.

En segundo lugar se analizan las obligaciones. Para poner en funcionamiento el retracto no se consideraba suficiente una oferta verbal, a menos que se hubiese pactado, siendo necesaria la puesta del precio en manos del comprador, lo que constituye el hecho condicionante del pacto o de la reventa condicionada. El precio a devolver será el fijado en el contrato, en caso contrario la mayor parte de la doctrina se inclina por considerar que el que se debía reembolsar es el que se recibió. Junto a éste deben reembolsarse los demás gastos realizados como consecuencia de la adquisición, las mejoras útiles y los gastos necesarios realizados por reparaciones extraordinarias.

Incumbe al comprador la obligación de entrega de la cosa al vendedor libre de cargas; consecuencia de ello era el hecho de que todas las cargas impuestas durante el período de tiempo en el que el comprador pudo disponer de la cosa decaen con el ejercicio de retracto, en tanto que deben considerarse *sub condicione*. De la misma forma deberá resarcir los daños causados si la cosa hubiese perecido como consecuencia de una conducta dolosa o culposa que le fuere imputable.

A partir del momento de entrega o depósito del precio, los frutos de la cosa corresponderán al vendedor. Respecto a los frutos pendientes se distinguía entre aquéllos que se iban a percibir en el año en curso y los que iban a quedar pendientes en el momento en que se produjera el depósito o entrega.

Finalmente se aborda el problema de las acciones derivadas del pacto de retro. Era evidente que si el comprador se negaba a la entrega de la cosa, el vendedor podía exigírsela judicialmente; ahora bien, el problema se planteaba en cuanto a la naturaleza jurídica de esta acción, que para unos tenía carácter puramente personal, mientras que para otros se trataba de una verdadera reivindicatoria.

En íntima relación con la naturaleza jurídica de las acciones que corresponden al vendedor se planteaba el hecho de su posible ejercicio frente a terceros. Cuestión que era solucionada en la práctica mediante el reforzamiento de la posición del vendedor, añadiendo garantías complementarias que eran asumidas por *emptor-venditor* y así sucesivamente, de forma que el vendedor, de hecho, podía hacer valer su derecho frente al tercer poseedor.

El comprador, a su vez, podía ejercitar la *actio ex vendito o praescriptis verbis* para recuperar el precio y los gastos realizados en la cosa, así como para repartir los frutos pendientes.

En el apartado 4 de la monografía se aborda el pacto de retro en el derecho español anterior a la codificación. De todos los textos de derecho histórico español es la Ley 42, título V de la Partida V donde de forma más directa se trata el tema en estudio; por ello este capítulo se inicia con el análisis de este texto y los comentarios a él efectuados. Así se analizan los comentarios al mismo de Gregorio López, Antonio Gómez, Febrero, Asso y De Manuel y Sala. De todos ellos se extrae cuáles son las cuestiones más debatidas y sobre las que se suscitan mayores controversias doctrinales:

A) En primer lugar, el carácter personal o real de la acción. Como regla general, se mantiene que la acción derivada del *pactum de retrovendendo* es de carácter personal. Ello no obstante, era necesario explicar el derecho del vendedor a repetir la cosa contra cualquiera que la tenga en su poder; para ello se siguieron dos sistemas: el primero, que afirmando el carácter personal de la acción, sostiene sin embargo que puede entablarse contra terceros que traigan causa del primitivo comprador y un segundo que mantiene que dicha acción pertenece a éstas que los romanos llamaron personales *in rem scriptae*. Los que siguen esta última corriente, entre ellos Ondovilla y Durán, buscan el apoyo para sostener el carácter también real de la acción en estudio, en la Ley Hipotecaria de 1861.

B) En segundo lugar se observa la preocupación por la licitud del *pactum de retrovendendo*.

C) Finalmente se analiza la posición mantenida por la doctrina en cuanto a la duración del derecho a retraer. Dos eran las soluciones enfrentadas propuestas por la doctrina: en primer lugar, aquellos que mantienen el ejercicio de la acción sin limitación temporal alguna, y en segundo lugar, las de estos otros autores que

manifiestan que hay que distinguir según que el retracto convencional se haya estipulado o no a término, dado que si se ha fijado plazo, éste señalará el límite, mientras que si no se ha establecido, es necesario fijar un término preciso para la prescripción, considerando aplicable la Ley 63 de Toro, y dado que se trata de una acción personal, el plazo será de veinte años. En este punto de la monografía se hace igualmente referencia al Derecho navarro y a la distinción que en éste se establecía entre tres tipos de pacto de retrovendiendo a propósito del tiempo para ejercitar el derecho a retraer.

Una vez expuesta la doctrina española que precedió a la publicación del Código Civil, se exponen los intentos legislativos que antecedieron a la aparición del mismo. Se hace especial hincapié en el Proyecto de 1851 de García Goyena, dado que, como ya se dijo, en él se encuentra el precedente inmediato de la regulación actual. Planteados en puntos anteriores de la monografía los problemas que frecuentemente se daban en la práctica, el profesor Rubio pone de relieve la solución a los mismos que propone el citado proyecto; así el art. 1439 pone fin a la discusión acerca del carácter personal o real de la acción, el 1437 limita a cuatro años la duración del derecho a retraer y el 1440 se ocupa de la posición jurídica del comprador con pacto de retro.

A continuación se analiza la jurisprudencia inmediatamente anterior al Código Civil, y al igual que en el estudio de las opiniones doctrinales, se ponen de manifiesto las dudas y vacilaciones e incluso contradicciones de las tesis mantenidas, en especial en cuanto al carácter de la acción y el plazo de prescripción de la misma.

En el apartado 5 de la monografía se inicia el análisis del retracto convencional en el Derecho español actual. Dado que esta institución jurídica puede ser contemplada desde una doble óptica, es decir, desde el propio negocio jurídico al que va incorporado como un pacto más y desde el pacto en sí mismo, en tanto generador de un derecho a favor del vendedor; en este primer punto el autor se ocupa del retracto convencional desde esta última perspectiva, es decir, en tanto derecho real que faculta al vendedor a recuperar la cosa con una eficacia *erga omnes*. Dentro de la clasificación general de los derechos reales nos encontramos ante uno de aquellos que, en terminología moderna, podemos denominar derechos reales de adquisición.

Antes del análisis del retracto convencional como verdadero derecho real de adquisición, el autor nos ofrece una somera reseña histórica de esta categoría de derechos sobre las cosas en los derechos germánico, francés y español y un estudio de los derechos de adquisición como categoría jurídica autónoma, a efectos de confirmar la firmeza de la propia categoría y de encuadrar en ella al retracto convencional. Si el contenido de los derechos reales de adquisición se concreta en la posibilidad de adquirir la propiedad de una cosa, su contenido contempla una preferencia adquisitiva que podrá obtenerse en forma onerosa o gratuita.

Ahora bien, entre las distintas figuras jurídicas que pueden englobarse en la categoría de derechos reales de adquisición: tanteo, retracto y opción, se puede establecer una distinción, dado que el ejercicio de los dos primeros se produce con ocasión de la enajenación de una cosa a un tercero, mientras que el ejercicio del derecho de opción es independiente de cualquier eventual enajenación. En este orden de cosas, el profesor Rubio considera el retracto convencional del Código Civil como un verdadero derecho de opción. En él se observan los dos elementos

que caracterizan a este derecho: una situación de incertidumbre y una alternativa. La situación de incertidumbre deriva del desconocimiento de la decisión que va a adoptar el titular del derecho de retracto, y el vendedor retrayente se encuentra ante una alternativa simple: puede recuperar el objeto vendido contra entrega del precio y demás abonos legítimos, o puede no retraer, es decir, renunciar a este derecho. La decisión de retraer se concreta en una manifestación de voluntad unilateral destinada a la producción de efectos jurídicos. Este acto unilateral ha de ser puesto en conocimiento del comprador, por lo que tendrá carácter recepticio, siendo irrevocable.

En el apartado 6 de la monografía, el autor contempla el retracto convencional desde el propio negocio jurídico al que va incorporado, ofreciendo un completo estudio jurisprudencial a efectos de explicar dogmáticamente el juego que ofrece esta institución jurídica. Siendo muy diversas las teorías que han tratado de dar solución al problema que nos ocupa, todas ellas se pueden reconducir a dos grupos; el primero de ellos estaría integrado por aquéllos que ven en él una condición resolutoria que afecta directamente al dominio de la cosa objeto del retracto, y el segundo por aquéllos que analizan el retracto convencional bajo el prisma de la recompraventa, por ello, al manifestar el retrayente su voluntad de ejercitar el retracto, se crea una nueva situación jurídica, la de volver a celebrar un nuevo contrato de compraventa con objetos cambiados.

En primer lugar, el autor se ocupa de analizar los puntos que acercan y aquellos que distinguen la promesa de venta y el retracto convencional, pero dejando claro que los efectos de una u otra figura tienen diferente alcance, dado que la promesa de venta tendrá efectos puramente obligacionales, sin trascendencia frente a terceros, mientras que el Código Civil, en la regulación del retracto convencional, señala claramente que sus efectos alcanzan a las ventas o transmisiones sucesivas.

El hecho de que la jurisprudencia haya tenido oportunidad de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre el distinto alcance de la promesa de venta y el llamado retracto convencional hace necesario el recoger las decisiones jurisprudenciales más significativas. Hemos de decir que en ocasiones, el dilucidar si nos encontramos ante una u otra puede constituir una razón de vital importancia, dado el tratamiento diverso que tiene el plazo en ambos supuestos.

En las diferentes sentencias analizadas se observa como el Tribunal Supremo, aún afirmando que en ocasiones pueden producir los mismos efectos, mantiene que en modo alguno deben confundirse ambas figuras jurídicas. A efectos de su posible identificación son criterios decisivos la autonomía de la obligación derivada del compromiso de volver a vender frente al carácter de parte integrante de la venta que tiene el retracto convencional.

En alguna de las sentencias analizadas, nuestro más alto Tribunal manifiesta la necesidad de que el pacto de retracto sea coetáneo a la perfección de la venta (10 de marzo de 1944, 6 de marzo de 1947), afirmando en otras como la de 26 de junio de 1961, que el dato objetivo de que la readquisición se haya pactado en documento aparte no es suficiente por sí solo para calificarlo de promesa de venta y no de retracto convencional. Ello lleva al profesor Rubio a mantener que podrá calificarse como pacto de retro a aquél que se instrumente en documento distinto de la venta, siempre que ambos constituyan piezas del mismo mecanismo comercial.

En segundo lugar, en este mismo apartado de la monografía, el autor se ocupa del análisis de aquella otra postura doctrinal y jurisprudencial que considera el retracto como una condición resolutoria que afecta directamente al dominio de la cosa objeto de retracto. Según esta tesis al operarse la transmisión dominical, la propiedad o derecho transmitido está subordinada a una condición resolutoria, si la condición se cumple la venta quedará resuelta con carácter retroactivo. Dado que el vendedor es el que está facultado para ejercitar el derecho que se reservó, habrá que entender que nos encontramos ante una condición resolutoria de carácter potestativo.

En el ámbito doctrinal español son muchos los autores que han seguido esta postura, que tiene sus orígenes en la línea marcada por García Goyena en la doctrina francesa de Pothier, ello no obstante, en los últimos años se han producido matizaciones a esta doctrina y en algunas ocasiones impugnaciones frontales; en este último sentido el profesor Rubio nos expone las posturas mantenidas por Sapena Tomás, Cossio y Lalaguna.

También la Dirección General de Registros y del Notariado ha afirmado en ocasiones que el retrato convencional implica una compraventa sometida a condición resolutoria. Así, las resoluciones de 5 de noviembre de 1919 y 27 de mayo de 1926, que son analizadas en la monografía objeto de rescensión. En ellas se ofrecen importantes matizaciones sobre el alcance del ejercicio del derecho de retracto por el vendedor o su derecho habiente dentro del plazo marcado en la inscripción.

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el carácter resolutorio del retracto convencional, exponente de ello son las sentencias de 26 de mayo de 1955 y 23 de diciembre de 1984. Esta última, como bien pone de relieve el autor, ofrece especial interés dado que a pesar de calificar el retracto convencional como condición potestativa, destaca las diferencias existentes entre la figura en estudio y la condición en sentido técnico.

Dado que cierto sector doctrinal no ha dudado en calificar el retracto convencional como verdadero negocio fiduciario e igualmente algunos fallos jurisprudenciales se han pronunciado en idéntico sentido, el punto siguiente de este trabajo lo dedica el autor al estudio del binomio retracto convencional-negocio fiduciario. Puesto que la equiparación de ambas figuras está más o menos ligada a la aceptación de la teoría del doble efecto en el negocio fiduciario, el punto de partida lo constituye el concepto de negocio fiduciario según la teoría del doble efecto en dicho negocio y en este sentido se analiza en primer lugar la tesis de Sapena Tomás, exponente claro de la corriente doctrinal que ven en la venta con pacto de retro un supuesto de *fiducia cum creditore*.

De esta especial configuración el profesor Rubio extrae las siguientes consecuencias jurídicas:

1. Que el fiduciario no es un propietario absoluto de la cosa y en tal sentido sólo transmitirá a terceros los derechos que él ostenta.
2. Sólo los terceros amparados por la fe pública registral podrán adquirir la propiedad con independencia de la relación obligatoria.
3. La titularidad fiduciaria es una titularidad directa que se descompone en dos: la del fiduciario que será un propietario formal y el fiduciante que será un propietario material.

La crítica más rigurosa a la teoría del doble efecto en el negocio fiduciario es la realizada por el profesor De Castro, recogida de la misma forma en la monografía.



Del amplio elenco de resoluciones jurisprudenciales recogidas a continuación hay que destacar las conclusiones que a modo de síntesis nos ofrece el autor, entre ellas el hecho de que a la hora de calificar una venta con pacto de retro como negocio fiduciario como requisitos más destacados se señalan: la desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido por las partes y el rango superlativo de fe o confianza habida entre los contratantes, así como la intención de las partes manifestada en detalles externos. Igualmente se destaca que a la hora de la calificación en todos aquellos supuestos de hecho en los que la compraventa se cumplimenta en documento aparte al que inicialmente contiene el contrato, el T.S. ha visto una operación de garantía plasmada en un negocio complejo que ha calificado como fiduciario, por el contrario, en los pocos casos en los que ha encontrado un solo documento no ha dudado en ver un retracto convencional.

El punto final de este apartado de la monografía se dedica al análisis de las resoluciones jurisprudenciales en las que nuestro más alto Tribunal se ha encontrado con el dilema de dilucidar si bajo la apariencia de una venta con pacto de retro se encierra un préstamo. Bajo la rúbrica retracto convencional y negocio simulado el profesor Rubio recoge algunas de las sentencias más significativas en este sentido, cuya importancia reside, no sólo en el hecho de que el T.S. haya tenido que calificar la verdadera naturaleza del contrato concluido, sino que en ocasiones no ha dudado en declarar la nulidad del negocio disimulado por ilicitud de la causa; así, en todos aquellos casos en que la venta con pacto de retro se ha utilizado para encubrir verdaderos préstamos con intereses usurarios.

A modo de conclusión sobre lo expuesto en los apartados 5 y 6, el autor no duda en mantener en sus precisiones finales que si bien el pacto de retro actúa como una verdadera condición resolutoria de carácter potestativo, es necesario añadir algunas matizaciones, y al hilo de la tesis sostenida considera que lo que el vendedor se reserva es un derecho de adquisición preferente del tipo de la opción, de modo que el ejercicio del derecho de retracto no produce solamente el efecto negativo de la resolución de la venta, si no se produjese, a su vez, el positivo de la adquisición de la cosa por el vendedor. Por ello, si la naturaleza jurídica del pacto de retro puede explicarse a través del mecanismo de la condición resolutoria, presenta, a su vez, claros perfiles de negocio mixto, en el que tras la unidad de la causa se puede reconocer la tipicidad de cada uno de los negocios conexos: venta realizada y promesa de venta del adquirente.

Por último, en el apartado 7 de la monografía se ocupa el autor del retracto convencional en el Código Civil. Comienza el mismo con la descripción legal de la figura en estudio, aceptando como acertada la denominación que utiliza dicho cuerpo legal. Nos encontramos ante una compraventa perfeccionada que junto a sus elementos esenciales comprende uno accesorio, un pacto, por el que el vendedor puede recuperar lo vendido. Ahora bien, prescinde el código de aludir a las funciones que el retracto convencional puede desempeñar, por ello podemos decir que si bien no toda venta con pacto de retro persigue una función de garantía, el retracto convencional del art. 1507 del Código Civil sí puede encubrir dicha función.

El hecho de que el código utilice el término «reservar» para referirse al derecho del vendedor a recuperar la cosa vendida, lleva aparejada la idea de contemporaneidad del pacto y la venta, sin que ello implique su necesaria unidad física; es posible la existencia de dos escrituras separadas, una de las cuales incluya el pacto.

A pesar de que en ocasiones el código parece estar pensando en que la cosa objeto de venta sea una finca, hay que mantener que de la misma forma van a poder ser objeto de retracto los bienes muebles.

Dado que el comprador con pacto de retro es un verdadero comprador, una vez se ha efectuado la tradición, podrá ejercitar todas las facultades inherentes al dominio, lo que incluye la posibilidad de hipoteca (art. 107 de la L.H.), de la misma forma es susceptible de ser hipotecado el propio derecho a retraer (art. 108 L.H.), estos últimos preceptos son igualmente estudiados.

En cuanto al plazo de ejercicio, uno de los temas más debatidos a lo largo de la historia de esta institución, considera el autor que a pesar de que el art. 1508 del Código Civil marca la duración máxima del mismo, no es ésta una cuestión zanjada, dada la diferencia sustancial existente entre el plazo recogido en el Código Civil y el vigente en Navarra y Cataluña.

Otro de los problemas que plantea el plazo de ejercicio es el de la prórroga; ésta será posible siempre que se pacte antes de que haya expirado el otro y además siempre que unidos primero y segundo no sumen más de diez años, plazo máximo legal. En cuanto a la prórroga del plazo legal subsidiario de cuatro años, el autor se manifiesta por su posibilidad, dado el carácter supletorio del mismo. Cabe la posibilidad de que se pacte un plazo superior al máximo, en cuyo caso el autor admite como válida la nulidad de la cláusula que mantiene el pacto de retro, pero sólo en relación al exceso de los diez años.

El plazo establecido en el Código Civil es un plazo de caducidad, de esta forma se acepta la postura mantenida hoy de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia, esto facilita la posible apreciación de oficio e igualmente, supone que el único medio de interrumpir o suspender su curso sea el ejercicio del derecho de retracto.

En cuanto al alcance del derecho a retraer, el Código Civil clarifica la situación en cuanto al carácter personal o real de la acción que corresponde al vendedor, al afirmar el art. 1510 que éste podrá ejercitarlo no sólo frente al comprador sino frente a cualquiera que de éste traiga causa. No obstante el carácter real de la acción, el profesor Rubio afirma que en este precepto legal se contemplan dos regímenes distintos, dado que si por un lado afirma el posible ejercicio de la acción frente al poseedor, a pesar de que en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional, por otro lado deja a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros, lo que hace necesario distinguir entre los supuestos de transmisión de finca inscrita y los de finca no inscrita.

Si se trata de transmisión de finca no inscrita, es evidente que el vendedor podrá ejercitar la acción frente al tercero adquirente, que verá resuelta su titularidad. Ahora bien, es posible que éste inmatricule la finca, publicando su titularidad como libre, en este caso la protección vendría en base a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley Hipotecaria —dada la imposible aplicación del art. 34 al no ser tercero adquirente de titular inscrito— y en virtud de la presunción recogida en el art. 38 del mismo cuerpo legal. No siendo susceptible de aplicación este último artículo en caso de que el inmatriculante sea el propio comprador con pacto de retro. En caso de transmisión de finca inscrita, el régimen no será el derivado de las normas civiles sino el hipotecario.

El retracto convencional tiene acceso al Registro de la propiedad, si bien no lo hace como asiento autónomo, sino dentro de la propia inscripción de venta a favor

del comprador. De este hecho se deduce la necesidad de estudio de la publicidad registral del mismo, así como la constancia registral de la readquisición de la finca en caso de ejercicio del derecho por parte del vendedor y la consolidación de la adquisición, con la consiguiente extinción registral del derecho de retracto. La poca claridad de las normas hipotecarias en este sentido no es obstáculo a que el profesor Rubio realice una magnífica exposición de la situación, apoyándose en dichos preceptos y en algunas resoluciones de la Dirección General que se han ocupado del tema.

Siguiendo el orden marcado en el propio código, a continuación se analiza el retracto convencional y los acreedores del vendedor. El art. 1512 de dicho cuerpo legal faculta a los acreedores a hacer efectivas las responsabilidades en que haya podido incurrir el titular del derecho de retracto, si bien imponiéndoles la obligación de hacer excusión previa en los bienes del vendedor. A juicio del autor nos encontramos ante un supuesto de aplicación del art. 1111 del Código Civil y, por tanto, ante un supuesto de ejercicio de la acción subrogatoria. El comprador podrá excepcionar el beneficio de excusión que la ley le otorga.

Los arts. 1513 a 1517 del Código Civil contemplan diversos supuestos de ejercicio de retracto ante una situación de indivisión; de los mismos se puede deducir como nota significativa que en los casos en que esto se produzca la tendencia de la Ley es procurar que la proindivisión cese y la resolución del dominio termine.

El art. 1507 señala que para hacer uso del retracto es necesario «cumplir lo expresado en el art. 1518 y lo demás que se hubiese pactado». Este último artículo enumera las cargas inherentes al ejercicio del retracto, cuya desatención comporta la ineffectividad del derecho, de ahí que tenga carácter imperativo. Ahora bien, las cargas y obligaciones de las que responde el retrayente pueden ser más amplias que las enumeradas en el art. 1518 dada la autonomía que autoriza el art. 1507.

Para hacer efectivo el derecho no basta con la simple declaración de voluntad o el ofrecimiento de pago, es necesario el reembolso efectivo, tanto del precio de la venta como de los gastos necesarios y útiles y demás que se hubieren pactado. El precio que ha de reembolsarse es el de la venta, sin que nada impida que pueda pactarse otra cantidad diferente. Además del precio han de reembolsarse los demás gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, éstos serán los que se originen con ocasión de la misma. El criterio de la jurisprudencia en este punto no parece muy amplio, inclinándose por una interpretación restrictiva del precepto.

Serán igualmente reembolsables los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, en este sentido el profesor Rubio considera que sería más correcto distinguir entre gastos ordinarios y extraordinarios, los primeros deben ser sufragados por el comprador, sin derecho a reintegro, mientras que los segundos correrán por cuenta del dueño definitivo.

Cualquier duda que pueda surgir en cuanto a la interpretación del art. 1518 del Código Civil podrá ser resuelta mediante la aplicación de las normas que regulan el instituto posesorio por vía de analogía.

Incumbe al comprador, una vez que el vendedor cumpla las obligaciones consignadas en los arts 1507 y 1518, la obligación de cooperar a la readquisición de la propiedad por parte del vendedor. Y deberá responder ante éste por los daños sufridos en la cosa por dolo o culpa; si los daños hubiesen sido causados por tercero, el vendedor podrá subrogarse en las acciones que competen al comprador por razón de los mismos.

El art. 1519 se ocupa de los frutos en el retracto convencional. El legislador trata de establecer una regla basada en el principio de equidad, aplicando en primer lugar el criterio compensatorio, y no siendo éste posible, el del prorrateo. El silencio del Código Civil en cuanto a los frutos civiles debe ser cubierto mediante la remisión a las normas que regulan la posesión, así será aplicable el art. 451.

Por último, el art. 1520 señala que el vendedor recobrará la finca libre de cargas y gravámenes, en este punto el profesor Rubio se pregunta si constituye propiamente una obligación del comprador o de su sucesor el liberar la finca de los gravámenes a los que se refiere este precepto, a lo que responde en sentido negativo. Como excepción el propio artículo señala la obligación de pasar por los arrendamientos que el comprador haya realizado de buena fe y según la costumbre del lugar. El carácter excepcional del supuesto normativo demanda que deban darse los dos requisitos —buena fe y costumbre del lugar— dado que el propio precepto lo señala.

Como puede observarse del resumen realizado esta obra destaca por el minucioso análisis jurídico de la figura del retracto convencional, y aporta motivos importantes de reflexión dado el carácter novedoso de la tesis propuesta por el profesor Rubio Torrano.

PÉREZ DE ONTIVEROS

**SALVADOR CODERCH, Pablo: «El Mercado de las ideas», director. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990.**

No resulta difícil de explicar el atractivo del tema de la libertad de expresión que da cuenta de la atención creciente que entre nosotros está reclamando. Ello es función, primeramente, de la imprescindibilidad de este derecho fundamental en el sistema democrático, que pondría de manifiesto el Tribunal Constitucional alemán en un *dictum* famoso, al afirmar que el derecho a la libre expresión y difusión del pensamiento es «sencillamente básico para el orden democrático», y que habría de reiterar asimismo en una fórmula muy feliz nuestro Tribunal Constitucional. Pero también depende de la propia temática técnica de la conceptualización de este derecho y sobre todo de la articulación particularmente difícil del mismo en el ordenamiento, objeto como es de regulación por varias disciplinas y cuyo ejercicio plantea especiales cuestiones en relación con una problemática tan compleja como la de los límites de los derechos.

En esta órbita académica ha de ocupar una posición preeminente el libro que ahora es mi propósito comentar y cuyo contenido responde plenamente a las expectativas que suscita su sugerente título. Sus autores parten de un convencimiento decidido de la necesidad en un sistema democrático del derecho a comunicar sin trabas el propio pensamiento, actitud que, consecuentemente, orientará la resolución que en el estudio se propone de los conflictos que el ejercicio de este tipo de derechos plantea al colisionar con el disfrute simultáneo de otros derechos o la protección de otros bienes jurídicos que el ordenamiento constitucional también garantiza.

El libro es sobresaliente por diversos conceptos. Supone en primer lugar un buen ejemplo de lo que es un trabajo colectivo bien ideado y ejecutado. Pablo Sal-