

# Estudios doctrinales

## Ejercicio extrajudicial del derecho retracto legal y acción personal de cumplimiento: implicaciones notariales

ADRIÁN GÓMEZ LINACERO

*Letrado de la Administración de Justicia. Doctor en Derecho. Docente*

*Con carácter previo, transmitir a Javier Serrano Copete los mejores deseos para el ilusionante proyecto científico e intelectual asumido recientemente al frente de la prestigiosísima Revista “La Notaria”, en una etapa general de cierta decadencia académica.*

*“Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo.” ULPIANO (Digesto 1,1,10,1)*

**Sumario:** 1. APROXIMACIÓN GENERAL AL DERECHO REAL DE RETRACTO LEGAL: CONCEPTO, CARACTERES, FUNDAMENTO Y EFECTOS. 2. FORMAS DE EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO LEGAL. 3. ACEPTACIÓN DEL EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DE LA ACCIÓN REAL DE RETRACTO: PERFECCIÓN DE COMPRAVENTA POR ACTOS EXPRESOS O CONCLUYENTES DEL ADQUIRENTE. 4. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN REAL DE RETRACTO TRAS LA LOMESPJ: RELEVANCIA DEL REQUERIMIENTO (202 RN) Y CONCILIACIÓN NOTARIAL COMO FORMA DE EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DEL RETRACTO Y DE CUMPLIMIENTO DEL MASC. 5. INCOMPARENCIA NOTARIAL. 6. SUPUESTOS NOTARIALES SINGULARES: ACTA NOTARIAL DE INEXISTENCIA DE ARRENDATARIOS EN LA SUBASTA JUDICIAL Y FUNCIÓN NOTARIAL EN CASO DE TRANSMISIÓN CON OBLIGACIONES PERSONALÍSIMAS NO SUSCEPTIBLES DE SUBROGACIÓN. 6.1. Acta notarial de inexistencia de arrendatarios a petición del adjudicatario: una anomalía procesal distorsionadora. 6.2. Calificación notarial en caso de transmisión personalísima no susceptible de retracto arrendaticio. 7. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN PERSONAL: ÚNICA VÍA PARA EVITAR LA APARICIÓN DE UN TERCER ADQUIRENTE PROTEGIDO POR EL ART. 34 LH Y PRESUNCIÓN *IURE ET DE IURE DE PERICULUM IN MORA*. 8. BIBLIOGRAFÍA.

**Resumen:** Los derechos reales de retracto reconocidos legalmente encuentran su modo normal de desenvolvimiento mediante su ejercicio extrajudicial con intervención notarial, dando lugar, según jurisprudencia consolidada pero algo desconocida, en caso de aceptación, a un contrato de compraventa perfeccionado en ejecución extrajudicial de dicho retracto que origina una acción personal para exigir el cumplimiento de lo debido (arts. 1096 y 1124 CC y art. 621-371.a) CCat).

La presente obra analiza en clave doctrinal, pero con innegables notas prácticas, los principales problemas conceptuales suscitados en torno a esta forma de ejercicio de esta modalidad de derechos reales.

Se examina igualmente la suficiencia del requerimiento del art. 202 RN como vía común de ejercicio extrajudicial del retracto y de cumplimiento del MASC, la intervención notarial para la inscripción registral del Decreto de adjudicación en subasta pública a los efectos de tener por cumplimentado el requisito del art. 25.5 LAU, las consecuencias de no comparecer en sede notarial tras la aceptación del retracto, así como la función notarial en los casos de títulos transmisivos con prestaciones personalísimas no subrogables y la anotación de demanda en ejercicio de la acción personal de retracto como única vía para evitar la aparición de un tercero del art. 34 LH.

**Palabras clave:** Ejercicio extrajudicial del retracto legal. Compraventa en ejecución del retracto. Inscripción registral de la compraventa sujeta a retracto arrendaticio. Incumplimiento de la compraventa en ejecución del retracto.

**Abstract:** Legally recognized real rights of pre-emption and redemption ordinarily unfold through their extrajudicial exercise with notarial intervention. According to well-established—though somewhat little-known—case law, where such exercise is accepted, it results in a perfected contract of sale arising from the extrajudicial enforcement of the right of redemption, giving rise to a personal action to demand performance of what is due.

This work offers a doctrinal analysis, with clear practical implications, of the main conceptual issues surrounding this form of exercise of such real rights, together with the most significant notarial implications. It also necessarily refers to Organic Law 1/2025 of 2 January, under whose entry into force the proper formalization of the MASC (appropriate means of dispute resolution) suspends—historically in Spanish Civil Law, both common and special—the limitation period for the exercise of the real action of redemption.

The study further examines notarial intervention in the registration of the decree of adjudication in a public auction for the purposes of deeming the requirement set out in Article 25.5 of the Urban Leases Act (LAU) to have been fulfilled; the consequences of failure to appear before a notary after acceptance of the redemption; as well as the notarial function in cases involving conveyancing instruments with strictly personal, non-subrogable obligations, and the recording of a claim brought in exercise of the personal action arising from redemption as the sole means of preventing the emergence of a third party protected under Article 34 of the Mortgage Act.

**Keywords:** Extrajudicial exercise of the statutory right of withdrawal. Sale and purchase in enforcement of the right of withdrawal. Land registration of the sale subject to a tenant’s right of withdrawal. Breach of the sale and purchase agreement in enforcement of the right of withdrawal.

## Estudios doctrinales

### 1. Aproximación general al derecho real de retracto legal: concepto, caracteres, fundamento y efectos

Los derechos de tanteo y retracto se configuran doctrinalmente como derechos de adquisición preferente, limitativos del *ius disponendi*, sobre cosa ajena. El primero, nacido sobre una transmisión onerosa en proyección, de concesión potestativa por el ordenamiento jurídico según la voluntad del transmitente, y el segundo, el derecho de tanteo en pie de guerra, una vez consumada la transmisión onerosa, mediante la atribución de una facultad de origen legal al titular del derecho, fundada en razones de política legislativa, y una correlativa carga al adquirente por imperativo legal.

Las modalidades de retracto legal más conocidas y con mayor impacto en el tráfico jurídico inmobiliario y notarial son: a) arrendaticio urbano y rústico (art. 25 LAU 1994, art. 22 LAR y art. 623-27 CCC), b) de comuneros (art. 1518 CC y arts. 552-3 y 556-10 CCC), colindantes (1523 CC y art. 568-16 CCC), c) herederos (1067 CC y art. 463-6 CCC), d) derecho de tornería de Arán (art. 568-21 CCC), e) nudo propietario sobre la cuota usufructuaria

(art. 561-10 CCC) y el privilegiado de la Administración de la Generalidad en Cataluña en ejecuciones hipotecarias (art. 2 Decreto ley 1/2015, de 24 de marzo) y transmisiones de viviendas en zonas tensionadas (art. 2.2.1 Decreto 1/2025, de 24 de marzo).

El retracto arrendaticio urbano tiene un alcance objetivo más limitado al quedar circunscrito el retracto a la compraventa, quedando fuera la dación en pago, antes incluida en los arts. 63 y 64 LAU 1964, considerada además como un subrogado del cumplimiento y no como una venta (RRDSGFP de 10 de diciembre de 2007 y 10 de junio de 2020 y SSTs de 21 de octubre de 2005 y 19 de octubre de 2006).

El retracto de comuneros y colindantes resulta aplicable a otras formas de transmisión onerosa como la dación en pago o permuta, excluyendo siempre la aportación de bienes a sociedad o sucesión universal de sociedades (SSTs de 27 de mayo de 2000 y 1 de abril de 2015). El retracto arrendaticio rústico común engloba negocios de amplio espectro, incluyendo incluso los gratuitos como la donación (art. 22.1 LAR).

En cuanto a su concepto, declara la Sentencia de 4 de febrero de 2008 que

puede ser definido como el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa.

Tradicionalmente se ha discutido sobre la naturaleza real del retracto sobre una interpretación estática de los derechos reales acudiendo a sus rasgos prototípicos. En este punto, si bien es cierto que el retracto legal no otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa, ejercitable *erga omnes*, concurriendo sus presupuestos legales, instituye una prerrogativa al retrayente para hacer efectivo su derecho frente a cualquier tercer adquirente, incluido el investido de la protección de la fe pública registral del art. 34 LH, que decae en el ejercicio del retracto.

El Tribunal Supremo, en SSTs de 22 de mayo de 1996 y 153/2020 de 5 de marzo, ha reconocido su naturaleza real, así como la doctrina civilista más autorizada.

Así, como razona PEÑA, el retracto tiene incluso fuerza mayor que otros derechos reales, ya que *“tiene efectos, frente a los terceros adquirentes que hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad (cfr. Art. 37 LH), lo que conmueve los principios hipotecarios y socava la seguridad al hacer excepción del art. 34 LH.”*<sup>1</sup>

Destaca la STS de 27 de septiembre de 1962 al proclamar que el retracto *“opera al margen o fuera del comercio o tráfico de los titulares de aquel derecho, de carácter absoluto, que en su juego autónomo se desenvuelve fuera del ámbito de la legislación hipotecaria con una publicidad impuesta por la misma ley que lo crea, aún frente a terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a los preceptos de la propia ley hipotecaria, es decir, que en estos supuestos no opera el art. 34 de la Ley Hipotecaria”*.

La limitación del *ius disponendi* derivada del retracto constituye una carga real e imperativa de naturaleza pública, instituida por ministerio de la ley, que no precisa de inscripción registral para



1 BERNALDO DE QUIRÓS, M. P. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo 1, Cuarta Edición, Madrid: Centro de Estudios Registrales.



su eficacia frente a terceros. La función que de ordinario desempeña el sistema registral en el tráfico jurídico frente a terceros la desempeña la propia Ley.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGS-JFP) se pronuncia en la misma línea, afirmando en la Resolución de 30 de abril de 2003 que *“El art. 37 de la Ley Hipotecaria establece que el retracto se da frente a todo tercer adquirente, aunque no conste en el Registro la causa de resolución del derecho y, en consecuencia, enerva el principio de fides pública”*.

Sobre su contenido, apuntan DIEZ PICAZO Y GULLÓN<sup>2</sup> que *“el tanteo faculta para adquirir una cosa antes que otro, pagando el precio que este daría. Limita el ius possidendi del propietario, pero sólo en el sentido de que no es libre para vender a quien quiera. El tanteo opera antes de la enajenación proyectada, el retracto faculta para adquirir la cosa después de enajenada, y de manos del adquirente”*.

La doctrina del Tribunal Supremo (por todas STS 2 de abril de 1985) y la propia DGSGJFP (RDGRN de 25 de julio de 2019) imponen la aplicación e interpretación restrictiva de la figura del retracto legal por la carga pública que representan para el derecho de propiedad y la libertad de contratación.

Los efectos del retracto se han clasificado dicotómicamente por la doctrina en resolutorios o subrogatorios. El Tribunal Supremo proclama en STS de 27 de junio de 2000 que el retracto *“produce como efecto el cambio subjetivo del adquirente, sin que afecte al transmitente”*. El retrayente, de ese modo, se subroga en todo momento, *ope legis*, en la posición contractual del adquirente y trae causa jurídica como causahabiente de este, no del transmitente.

En todo caso, el debate sobre los efectos subrogatorios o resolutorios vienen matizados por una doctrina jurisprudencial que, a modo de *teritum genus*, concluye otorgando al retracto,

más que consecuencias subrogatorias, el carácter de *“venta forzosa por parte del comprador al retrayente”* (STS 94/2008).

### **Los derechos de tanteo y retracto se configuran doctrinalmente como derechos de adquisición preferente, limitativos del ius disponendi, sobre cosa ajena**

Para el nacimiento del derecho de retracto legal es imprescindible que la venta esté consumada (título y modo), pues en otro caso habrá falta de legitimación *ad causam*, y que sea conocida suficientemente, de forma precisa, clara y completa por el retrayente en sus condiciones principales, sin que baste la mera notificación de la venta al titular del derecho de retracto (STS de 14 de noviembre de 2002 y 509/2013, de 22 de julio de 2013).

La STS 198/2009, de 18 de marzo de 2009, a propósito del momento en que se consuma la venta con nacimiento simultáneo del derecho de retracto legal, cuyo ejercicio dependerá del comienzo del *dies a quo* del plazo de caducidad, declara que *“el hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada”*.

Sobre este particular ha de partirse de la conocida y reiterada doctrina del Tribunal Supremo, según la cual el conocimiento de la venta, para que sirva de apertura del plazo de caducidad antes del *dies a quo* marcado por la ley (inscripción registral para el de comuneros *ex art. 1522 CC* o notificación de la venta para el arrendamiento *ex art. 25 LAU*), exige un conocimiento cabal y completo de la venta y condiciones esenciales, incluyendo el precio y *“todos los pactos y condiciones de la*

*transmisión, para que los interesados puedan decidir si ejercitan el retracto sin ser suficiente la mera noticia de la misma”* (SSTS 509/2013, de 22 de julio y 198/2009), antes de esos momentos legalmente fijados.

Sobre la necesidad o no de consignar el precio de la venta como requisito de admisibilidad de la demanda en ejercicio de la acción real de retracto, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 115/2015, de 8 de junio, además de suavizar con alcance general la forma de cumplir dicho requisito, libera al demandante retrayente de dicha consignación, siendo exigible únicamente, en aplicación del art. 266.2º LEC, como presupuesto procesal de admisión de la demanda, cuando se *“exija por ley o contrato”* (a diferencia del art. 1618.2 LEC 1881, que lo exigía sin distinción para todo retracto).

Así, y siguiendo dicho criterio, los retractos legales no imponen en su regulación legal consignación alguna del precio, sino reembolso del precio de la venta y de los gastos. Según la STC 127/2008, de 27 de octubre, la consignación del precio de la venta se configura *“no como requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino como requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo”*.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una doctrina censurable científicamente heredera de la LEC 1881, mantiene la aplicación de un presupuesto superado (por todas, STS de 4 de noviembre de 2008, de 19 de octubre de 2005, y 277/2021, de 10 de mayo), declarando la caducidad de la acción en caso de no consignarse de forma coetánea o previa a la demanda (en que aún no se conoce además el órgano judicial de destino lo que hace difícil la operación) el precio de la venta u operación análoga admitida.

No obstante, en fecha reciente, se ha dictado la STS 1834/2025, de 12 de diciembre, que con cita de la STC 127/2008, de 27 de octubre, acoge, *obiter dicta* e indirectamente, el criterio del tribunal de garantías sobre la

2 DIEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO (1989), Op. cit., pág. 594.

innecesaria de la consignación judicial con la presentación de la demanda.

La jurisprudencia menor se encuentra dividida, debiendo recordarse el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional por mandato del art. 5.1 LOPJ.

En otro orden, no procederá la adquisición forzosa *ex retractu* de comuneros una vez disuelto el proindiviso mediante Sentencia tras el ejercicio de la acción de división de cosa común pues habrá cesado la comunidad fundamento del retracto (STS 153/2020, de 5 de marzo de 2020).

Respecto a la finalidad de este tipo de retracto, declara la STS de 4 de abril de 2016 que “*la jurisprudencia ha resaltado la función del retracto de comuneros «para evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales» a fin de «evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales»* (STS 1143/2007, de 22 de octubre).

La finalidad, por su parte, del retracto arrendaticio, reconocido por primera vez en la LAU de 1946, radica en razones de política legislativa social que permitan a los arrendatarios la estabilidad en su vivienda y el acceso a la propiedad del que era su centro de residencia y núcleo vital de desarrollo. La norma pretende, como afirma SÁNCHEZ JORDAN, tutelar los intereses del inquilino tratando de facilitarse el acceso a la vivienda (además, en el caso de la LAU de 1964, sujeta a prórroga forzosa, evitando que el arrendador eludiese los efectos de dicha prórroga mediante una venta simulada o fraudulenta a un tercero).<sup>3</sup>

Por último, la adquisición de la propiedad derivada del ejercicio del derecho de retracto, según la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 14 de enero de 2015), se produce con la consignación del precio de la venta y gastos del art. 1518 CC, sin necesidad de *traditio*, ya que el efecto adquisitivo queda “*embebido en la propia consumación*” y “*la función traslativa que se*

*infiere del originario contrato de compraventa realizado por el arrendador, en cuya estructura y eficacia, también la traslativa, se subroga quién ejercita su derecho*”.

### 2. Formas de ejercicio del derecho de retracto legal

El retracto legal, como cualquier otro derecho real de origen legal, puede constituirse *extrajudicialmente*, es decir, de forma voluntaria, mediante pacto o acuerdo entre las partes (como ocurre, por ejemplo, con otros derechos reales de origen legal, como el usufructo, las servidumbres o la hipoteca) o bien *judicialmente*, tras el correspondiente procedimiento judicial.

En la práctica, sin que podamos dar datos estadísticos, es evidente que la forma más frecuente de ejercitar estos derechos es precisamente la *extrajudicial* ya que, tratándose de un derecho reconocido por la ley, la oposición al mismo resulta normalmente perjudicial, por ser estéril, ociosa y costosa, salvo las excepciones de caducidad por conocimiento previo de la venta o transmisión y consignación del precio a tenor de la doctrina del Tribunal Supremo antes indicada.

En consecuencia, es necesario diferenciar claramente dichas dos formas de ejercicio:

- **Ejercicio extrajudicial y acción personal:** Requiere la aceptación o consentimiento de la parte retraída y, una vez producida dicha aceptación o sometimiento al retracto, ya no es aplicable el régimen legal del retracto (ni se aplica para su ejecución el plazo de caducidad ni se necesita la consignación), sino que se trata de un acuerdo o convenio que entra ya en el ámbito de lo contractual y, por tanto, se rige por las reglas generales de obligaciones y contratos (capacidad, forma, interpretación, etc), perfeccionándose

una compraventa en ejecución extrajudicial del retracto (art. 621-1 CCC y art. 1450 CC).

Así, en cuanto al pago del precio del retracto, rigen las reglas generales del pago y en, particular, las especiales del pago del precio de la compraventa (1445 CC y 621-1 y ss. CCC)). De igual modo rige el principio de cumplimiento simultáneo en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas.

Dentro de este ejercicio extrajudicial del retracto se pueden distinguir dos fases o etapas propias de la dinámica obligacional: 1) la fase de perfección o nacimiento del contrato, mediante el consentimiento (curso de oferta y aceptación), y 2) la fase de consumación o ejecución del contrato, consistente en la materialización de las respectivas prestaciones, en el presente caso, el pago del precio y el otorgamiento de la escritura en ejecución del retracto.

Como en cualquier contrato, si una de las partes no cumple, la otra tiene acción personal para exigir el cumplimiento en forma específica, que, como bien dice la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 17 de junio de 1997 y 180/2009, de 27 de marzo), “*es completamente distinta de la acción de retracto*” y encuentra su fundamento en los arts. 1124 y 1096 CC, con base en el incumplimiento moroso, culposo o doloso del retrayente o retraído (frecuentemente del retraído), o correlativo art. 621-37.1.a) CCC.

El plazo para el ejercicio de la acción personal de cumplimiento o resolución contractual del contrato de compraventa perfeccionado

3 Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2009-13](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2009-13)



en ejecución extrajudicial del retracto se sustrae del propio de caducidad de la acción real y queda sujeto a un plazo de prescripción de cinco años del art. 1964 CC o de tres años del art. 621-44 CCC, según el Derecho civil aplicable.

- **Ejercicio judicial y acción real:** Tiene lugar por el ejercicio de la acción real de retracto en el correspondiente procedimiento judicial.

Es en este ámbito en el que se aplica estrictamente el régimen legal del retracto, previsto en la regulación del Código Civil, arts. 1521 y ss., en particular, el plazo de caducidad de 9 días (art. 1524 CC) y reembolso del precio y los gastos (art. 1518 CC), o el correspondiente régimen del art. 25 LAU o norma sectorial o territorial que instituya alguna fórmula de retracto legal.

En cuanto a la necesidad de consignación o no, en el caso de ejercicio extrajudicial o judicial, hemos de aclarar lo siguiente:

El requisito de consignación no es exigible en el ejercicio *extrajudicial* del retracto; es más, en la actualidad, ya ni siquiera es exigible en el ejercicio judicial de dicho derecho, según la jurisprudencia del TC —vinculante— que detalladamente hemos expuesto.

Tampoco es exigible para el éxito de la demanda de cumplimiento contractual tras la aceptación del ejercicio extrajudicial de la acción e incumplimiento de alguna de las partes (a pagar el precio o entregar el bien u otras obligaciones accesorias), al ser un requisito a cumplir una vez dictada Sentencia estimatoria en ejecución de la misma, tras el otorgamiento de escritura pública de forma simultánea a la entrega de la cosa mediante cualquier medio hábil para el pago u otra forma de cumplimiento o extinción de las obligaciones admitida en Derecho o pactada entre las partes.

***El retracto legal, como cualquier otro derecho real de origen legal, puede constituirse extrajudicialmente, es decir, de forma voluntaria, mediante pacto o acuerdo entre las partes (como ocurre, por ejemplo, con otros derechos reales de origen legal, como el usufructo, las servidumbres o la hipoteca) o bien judicialmente, tras el correspondiente procedimiento judicial***

Ambas formas de ejercicio del retracto (extrajudicial y judicial) son compatibles, si bien, como es lógico, una vez que prospere o llegue a consumarse una de ellas, la otra decaerá por falta de objeto y sentido, a través de una acumulación de acciones objetiva de naturaleza subsidiaria o eventual (art. 71.2 LEC).

El *petitum* de la acción personal consistirá en que se condene a la parte incumplidora a pagar el precio (retrayente) o entregar el bien (retraído), con otorgamiento, en caso de no haberse hecho, de escritura pública en ejecución del retracto perfeccionado extrajudicial, más la petición accesorias de daños y perjuicios del art.1101 CC (frecuentemente el lucro cesante) y los frutos de la cosa (arts. 1095 y 1468 CC).

De igual modo, podrá instarse, con carácter principal, no el cumplimiento, sino la resolución del contrato (art. 1124 CC y art. 621.42 CCC), previo requerimiento notarial (arts. 1504 CC y art. 621.54 CCC).

La acción real, como derecho de adquisición preferente, tan solo impedirá la declaración del derecho real de

retracto y la condena a otorgar escritura pública al retraído, con facultad de suplir su voluntad en vía ejecutiva a través del art. 709 LEC mediante el dictado de un Auto ejecutivo y posterior mandamiento de inscripción en el Registro de la Propiedad, que hará las veces de título notarial traslativo, o incluso el dictado, más conveniente, de un Decreto de adjudicación en ejecución del retracto (idea sugerida por este autor para su inclusión en una eventual reforma del art. 709 LEC).

### **3. Aceptación del ejercicio extrajudicial de la acción real de retracto: perfección de compraventa por actos expresos o concluyentes del adquirente**

Debemos poner especial énfasis, por su trascendencia, en que, como consecuencia de la aceptación del retracto, y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo declarada en STS de 17 de junio de 1991, “*en esta controversia no puede discutirse el ejercicio extemporáneo de una acción de retracto, sino sólo si la compradora ha de cumplir lo acordado (...) con los actores retrayentes, en otras palabras, se está ante el ejercicio de una mera acción de carácter personal*”.

En la regulación del retracto legal (tanto en el de condueños como el de otras modalidades de dicho derecho) y en la jurisprudencia recaída sobre dicha institución no existe ningún impedimento para que dicho derecho pueda ejercitarse y hacerse efectivo de forma *extrajudicial*. Por el contrario, la jurisprudencia del TS ha reconocido reiteradamente la plena validez y eficacia de dicha forma de ejercicio (como ocurre, con toda evidencia, en la constitución de otros derechos reales cuando tienen origen legal, como el usufructo, las servidumbres, la hipoteca, etc.).

El ejercicio o constitución judicial de dichos derechos solo tiene lugar si, previamente, no ha habido acuerdo entre los particulares afectados por el mandato o designio legal.

En concreto, con relación al retracto, una vez recibido el correspondiente requerimiento extrajudicial conteniendo la declaración de voluntad sobre el



ejercicio del retracto, el retraído dispone de dos opciones: aceptarlo, sometiéndose o allanándose al mismo —como acontece en el caso que nos ocupa—, en cuyo caso nace una acción *personal*, distinta de la de retracto, para exigir el cumplimiento de lo convenido, o rechazar de forma expresa o tácita (por silencio) dicho ejercicio, abocando, en este último caso, al retrayente al ejercicio judicial, interponiendo la acción *real* de retracto.

La eficacia jurídica del ejercicio extrajudicial del retracto, como no puede ser de otra manera, ha sido reconocida y consagrada por una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, entre la que debe destacarse muy especialmente la STS de 17 de junio de 1997 (RJ 1997, 5413, Ponente D. Antonio Gullón Ballesteros), que proclama literalmente lo siguiente:

*“Ahora bien, si el comprador retraído consiente en el retracto ejercitado por el retrayente dentro del plazo, aquel derecho puede considerarse ejercitado y consumado, naciendo para el segundo acción para exigir el cumplimiento de lo convenido, que es por tanto completamente distinta de la acción de retracto. Si, por el contrario, el retraído guarda silencio o se opone a las pretensiones del retrayente, ejercitadas en vía extrajudicial, en modo alguno cabe afirmar que el derecho de retracto se ha ejercitado en plazo legal, y que la acción correspondiente del retrayente*

*no está sujeta al plazo de caducidad legalmente establecido.”*

Esta doctrina ha sido reiterada en otras Sentencias del T.S., como las SSTS 804/1998, de 27 de julio de 1998, 151/2004, de 3 de marzo de 2004 (RJ 2004, 809), 180/2009, de 27 de marzo de 2009, y 277/2021, de 10 de mayo de 2021 (Rec. 3163/2018).

Recogiendo dicha doctrina jurisprudencial (y con cita expresa de la capital STS de 17 de junio de 1997, antes transcrita, y de la STS de 27 marzo de 2009), merece también ser destacada la RDGSJFP de 30 de mayo, que dice lo siguiente:

*“Y es que, como acertadamente se pone de relieve en el escrito de recurso, nada impide que el comprador frente al que se ejercita el retracto reconozca la existencia del derecho y se allane a la pretensión de ejercitarlo de su titular. Si, conocida la venta, el titular del retracto anuncia su intención de ejercitarlo y el comprador se aviene, este último queda vinculado y no podrá ya ir contra sus propios actos (nadie dudaría de la virtualidad y plenos efectos de un allanamiento en estos términos en sede judicial y en el curso de un procedimiento tendente a declarar tal derecho de adquisición preferente)”*.

En cuanto al modo de ejercitar el retracto extrajudicialmente y la forma, asimismo, de la aceptación o allanamiento al mismo, al tratarse de actos de naturaleza *contractual*, rige el principio

de libertad de forma establecido por el art. 1278 CC, en relación con los arts. 1258 y 1261 CC.

En este sentido, la RDGRN 6109/2016, de 30 de mayo, antes citada, declara que *“El allanamiento del comprador a la pretensión de retraer no requiere una forma “ad solemnitatem”, sino que prevalece el principio general de libertad de forma del art. 1278 del Código Civil (LEG 1889, 27). Si existe acuerdo entre retrayente y comprador, existe adquisición en ejercicio del retracto. Sería realmente curioso que la venta de inmueble efectuada en documento privado y aún de palabra fuese válida, y en cambio el allanamiento al retracto requiriese una forma especial”*.

Asimismo, sobre la base de los arts. 1258 y 1278 CC, que consagran el principio espiritualista y de libertad de forma, rectores de nuestro sistema contractual, concurrirán los presupuestos o requisitos exigidos por el art. 1261 CC para la existencia de contrato, a saber: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

El consentimiento, para la perfección de la compraventa, podrá ser expreso o tácito, mediante actos concluyentes de los que derivar de forma rotundamente la prestación del consentimiento.

La apreciación del consentimiento a través de actos concluyentes es conforme a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, según la cual *“la declaración de voluntad generadora del negocio jurídico no es necesario que sea explícita y directa, pero es imprescindible que la tácita se derive de actos inequívocos que la revelen sin que quepa atribuirle otro significado, cuya valoración corresponde al arbitrio de los Tribunales según las circunstancias que concurran en cada caso”* (STS 257/1986, de 28 de abril).

En la misma dirección, reconociendo eficacia consensual expresiva a los actos concluyentes, hemos de citar las SSTS de 27 de mayo, 23 de octubre de 2008, 13 y 28 de mayo de 2009, entre otras muchas.



Por citar el acto más llamativo en el repertorio jurisprudencial, el encargo de redactar la escritura por la parte retraída a la notaría por ella designada (facilitando todos los datos del contrato de compraventa en ejecución del retracto aceptado), la citación por la misma, con señalamiento del día y la hora para otorgar dicha escritura pública, y su propia comparecencia a tal efecto, constituye, de forma notoria y categórica, un acto concluyente del consentimiento contractual, apto para expresar inequívocamente la voluntad interna de celebrar dicho contrato.

Es pertinente traer a colación la doctrina sobre los actos propios, especialmente aplicada por la jurisprudencia del TS en caso de ejercicio extrajudicial del retracto.

Así, la STS 4289/1997, de 17 de junio de 1991, proclama que *“Es contrario a la buena fe que la sociedad compradora acuda al plazo legal de ejercicio de la acción de retracto para negar la acción de los retrayentes, cuando aceptó, a través de su persona interpuesta, que obraba en su interés y por su cuenta repetimos, su ejercicio extrajudicial. Aparece ahora, para defraudar a los retrayentes, como si nada hubiese tenido que ver en el cruce de requerimientos entre ellos y la vendedora.”*

Producida la aceptación de la compraventa en ejecución del retracto, la negativa a la entrega de los bienes inmuebles, o de firma de escritura pública como forma de *traditio* instrumental, si así se hubiera pactado como condición esencial, constituye causa de incumplimiento contractual, amparada en el dolo o mala fe de la retraída, o de mora con relevancia jurídica, cuando el retraso en la entrega del bien (con plazo fijado o sujeto a la regla del cumplimiento simultáneo) produzca la frustración del contrato (STS 247/2018, de 25 de abril de 2018), la falta de entrega en el plazo fijado lleve anudada convencionalmente la resolución contractual (STS 3802/2015, de 28 de junio de 2015) esté sujeta a término esencial expreso o tácito (STS 220/2016, de 7 de abril) o el mero transcurso del tiempo, aun sin dichas condiciones, justifique

que el acreedor, conforme a la regla de la buena fe, no deba quedar vinculado contractualmente (STS de 25 de mayo de 2016).

Respecto al concepto de dolo o mala fe en el incumplimiento contractual, debe partirse de su consideración como una conducta o actuación consciente, deliberada y maliciosa, destinada a impedir el cumplimiento de lo acordado.

### **La eficacia jurídica del ejercicio extrajudicial del retracto, como no puede ser de otra manera, ha sido reconocida y consagrada por una consolidada doctrina del Tribunal Supremo**

El dolo es la *“consciente, directa e injustificada negativa del deudor”*, dice la STS de 15 de julio de 1983, y añade la STS de 23 de octubre de 1984, que hay dolo *“cuando la transgresión se produjo voluntariamente y, por tanto, con plena conciencia de la antijuridicidad del acto”*.

Una vez perfeccionada la compraventa por concurso de oferta y aceptación sobre el precio y la cosa (arts. 1265 y 1450 CC), el cumplimiento de la obligación de pago del precio por parte del retrayente convertido en adquirente no estará sujeto a ningún plazo de caducidad ni deberá hacerse en ningún momento perentorio rigiendo el plazo pactado en esa compraventa perfeccionada y, en su defecto, la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas.

Lo que no resulta procedente es la fijación de fecha y hora para el otorgamiento de escritura pública por el adquirente retraído con condiciones inexigibles legalmente, particularmente el establecimiento unilateral (o novación) de la fecha del pago del

precio y gastos de la transmisión previa en el perentorio plazo de caducidad de cada modalidad de retracto legal, antes de la entrega de la cosa.

La entrega podrá tener lugar de modo material, instrumental con la *traditio* del art.1462 CC o convencional del art. 1463 CC. En el Derecho Civil Catalán la *traditio* está regulada de modo similar en el art.531-4 CCC.

Aceptado el retracto, queda sin efecto todo plazo de caducidad del derecho real de retracto y el pago del precio debe realizarse conforme el régimen de nuestro derecho de obligaciones, en el plazo pactado o mediante la máxima del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas.

Así, para el frecuente caso de que, ejercitado extrajudicialmente el retracto, la parte retraída se limite a aceptarlo, existiendo concurso de oferta y aceptación precio y cosa, pero sin fijación de fecha de pago del precio, este deberá llevarse a cabo en el momento de entrega de la cosa. En este punto resulta meridiano el art.631-32 del CCC y el art. 1500 CC, al establecer que, si no se hubiese fijado plazo para el pago, deberá hacerse *“en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida”*.

En la dimensión del vendedor y en igual sentido, aunque en el plano inverso, el vendedor debe entregar el bien en el plazo fijado, y en defecto de pacto de un plazo, sin dilación indebida (art.621-13 CCC).

La entrega de la cosa vendida puede ser, en caso de plazo convencional, previa o posterior al pago del precio, y supletoriamente, simultánea a dicho pago, sin que exista obligación de entrega sin pago del precio (art.1466 CC).

Lo anterior no es incompatible con acordar la obligación de pago del precio en el plazo contractualmente pactado como condición suspensiva o resolutoria del contrato de compraventa (art.1504 CC y 621-54 CCC) o la convención de pago de precio aplazado o sujeto a término (art.1467 CC).

#### 4. Caducidad de la acción real de retracto tras la LOMESPJ: relevancia del requerimiento (202 RN) y conciliación notarial como forma de ejercicio extrajudicial del retracto y de cumplimiento del MASC

La LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia (en adelante LOMESPJ), ha sacudido con fuerza los cimientos de nuestra estructura judicial mediante la creación de los Tribunales de Instancia, en la que pueda calificarse la reforma de mayor calado de nuestra planta judicial desde su creación por la Ley del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870.

Junto a este replanteamiento radical y sistémico de los pilares del organigrama judicial, que no vamos a desarrollar con mayor detalle por no ser objeto de la presente obra (y por razones de concisión), la LOMESPJ ha originado un verdadero tsunami en nuestro proceso civil por medio de la implantación de los métodos adecuados de solución de controversias (en adelante MASC) como requisito preceptivo (con excepciones) para el acceso a la jurisdicción, configurándolo como un requisito de procedibilidad (art 5.1 LOMESPJ y 403.2 LEC).

Los MASC ordinarios o típicos regulados en la reforma son los siguientes: negociación directa entre las partes o abogados, mediación privada, conciliación pública o privada, oferta vinculante (merece ciertos matices al no ser un MASC en sentido propio), derecho colaborativo y dictamen de experto independiente.

Junto a estos MASC, cabe activar igualmente cualquier otro dispuesto por leyes sectoriales u autonómicas (art. 2 LOMESPJ), instaurando un sistema abierto de MASC pero sujeto a reconocimiento legal, tal como apunta CALAZA LÓPEZ<sup>4</sup>.

Los MASC, de impronta anglosajona, han transmutado por completo la forma de concebir el proceso civil, introduciendo un cambio de paradigma

que obliga a reformular todo el engranaje procesal, no solo en lo atinente al novedoso requisito de acceso al proceso a través de una preceptiva fase extrajudicial, sino, especialmente, por el impacto que dicha fase tiene posteriormente en el régimen de costas procesales.

Como ha apuntado cierta doctrina (GÓMEZ LINACERO<sup>5</sup> y ANCHÓN BRUÑEN), la imposición, *manu militari*, de la negociación, constituye un oxímoron contrario a la naturaleza consensual que inspira cualquier tipo de acuerdo. Lo anterior se agrava aún más si tras la negociación se erige la amenaza expectante de la espada de Damocles, para castigar a quien, según criterios indeterminados que ahora examinaremos, no llegue a acuerdos o decida no negociar.

Así las cosas, la principal objeción vertida sobre los MASC es que no existe la menor seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de los presupuestos de acceso al proceso al venir contruidos sobre una amalgama confusa de figuras y supuestos fundados en nociones indeterminadas, germen idóneo de la discrecionalidad judicial, agravado tras la aparición de múltiples Acuerdos y resoluciones, no solo de Juntas de Jueces de 1ª Instancia y LAJS, sino también de Audiencias Provinciales, cada una con su criterio, afianzando un insoportable reino de taifas contrario al carácter estatal del Derecho procesal.

Pues bien, una de las de las principales transformaciones operadas por la LOMESPJ, desapercibida a pesar de su enorme impacto, es la alteración de las reglas históricas de la caducidad, al establecer, por primera vez, en nuestro Derecho común, la suspensión del plazo de caducidad tras la formulación del correspondiente MASC privado, lo que resulta aplicable, entre otros derechos, a los derechos de retracto legal (junto a otros cambios relevantes en materia de prescripción que no corresponde examinar aquí).

En otros Derechos civiles especiales, como el Catalán, el plazo de caducidad para el ejercicio de derechos sujetos a la misma ya tenía contemplada su suspensión. Así, el art. 122-3 CCC dispone que el plazo de caducidad se suspende “*de acuerdo con lo establecido por los arts. 121-15 a 121-19 CCC, o por acuerdo expreso entre las partes*”, remisión a la regulación de la interrupción de la prescripción que contempla expresamente la fuerza mayor, razones familiares y la mediación (en consonancia con el art. 7 de la Ley 5/2012, de 6 de julio), como forma interruptiva de la prescripción y, también, por dicha remisión, suspensiva de la caducidad.

Pues bien, la interpretación conjunta del párrafo primero y tercero del art. 7.1 LOMESPJ, conduce a fijar los siguientes hitos en el cómputo de los plazos de la prescripción y caducidad:

- a) La caducidad y prescripción se suspenden e interrumpen desde la fecha de recepción del MASC (cualquiera de ellos), o desde la fecha del intento de comunicación (a través de las presunciones de recepción).
- b) Los plazos se reanudan o reinician pasados treinta días desde esa recepción o intento, si no se mantiene una primera reunión (sin precisar cómo determinar ese dato) o desde la terminación de las negociaciones sin acuerdo (art. 10.4 LOMESPJ).

La doctrina jurisprudencial anterior a la reforma, que ubicaba tanto la interrupción como su reanudación en la fecha de remisión de la reclamación extrajudicial interruptiva (que tenía que ser recepticia, o con presunción de tal, cuando el destinatario no colaborase), era sustancialmente más objetiva que el nuevo escenario resultante de la reforma.

¿Qué pasará, por otra parte, en aquellos plazos de caducidad, como el retracto de condueños, de corta

4 CALAZA LÓPEZ, S. (2022). Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias. Cuanta más desjudicialización, mejor. *Actualidad Civil*. Nº 6.

5 GÓMEZ LINACERO, A. (2025). *Los MASC tras la LO 1/2025, de 2 de enero*. Guía Práctica. Sepín.



duración, en que no habrá tiempo de acreditar la recepción del MASC o intentar varias remisiones para presumir la recepción? ¿Bastará un solo burofax? ¿Un requerimiento notarial frustrado? Entendemos que sí y, en estos casos, deberían evitarse los medios no fehacientes (salvo estipulación contractual), o utilizarse solo como complemento de los fehacientes tradicionales.

Expuesto lo anterior, nos encontramos ante la tarea de determinar si el intento de negociación, para ser tal, y poder suspender o interrumpir los plazos sustantivos de ejercicio de las acciones, debe ser recepticio y de acreditación por medio fehaciente.

Acudiendo a la mejor doctrina, y con cita de DÍEZ-PICAZO y PUIG BRUTAU, el *“acto interruptivo es un acto recepticio, en el sentido de que ha de dirigirse al sujeto pasivo del derecho cuya prescripción se trata de interrumpir. Es una declaración recepticia en el sentido de que ha de dirigirse al sujeto pasivo, pero sin necesidad de demostrar que ha llegado a su conocimiento dentro del tiempo hábil. En efecto no puede depender de la recepción porque otra cosa sería tanto como dejar al arbitrio del favorecido con la prescripción la eficacia de la interrupción de este proceso. En definitiva, el artículo 1973 CC —EDL 1889/1— no exige citación o la efectiva llegada al deudor del requerimiento del acreedor”*.

Debemos aplicar, por tanto, la doctrina ya vista sobre la presunción de recepción, y ello partiendo de la base de la mayor conservación de derechos, por lo que el acto de interrupción de la prescripción, según consolidada doctrina del Tribunal Supremo, no tiene que ser forzosamente recepticio, pues de otro modo la pervivencia de los derechos y la seguridad jurídica, fundamento de la prescripción, dependerían de la voluntad de la parte requerida de forma indeterminada e indefinida.

Así, de modo particular, la STS 136/2007, de 6 de febrero, admite que

la reclamación dirigida a dirección correcta pero no entregada por causas ajenas al destinatario tiene eficacia interruptiva. En esta misma línea se pronuncia la SAP Madrid, Sección 20.<sup>a</sup>, de 13 de mayo de 2015.

Los requisitos generales que debe reunir la reclamación extrajudicial para interrumpir la prescripción (aplicables ahora también a la caducidad) se contienen, por su exhaustividad, por todas, en STS 142/2020, de 2 de marzo.

El medio electrónico, por lo demás, ya estaba admitido por la STS 704/2016, de 25 de noviembre.

### **Los MASC, de impronta anglosajona, han transmutado por completo la forma de concebir el proceso civil, introduciendo un cambio de paradigma**

A mayor abundamiento, toda vez que la caducidad y la prescripción, sobre las que no vamos a ahondar (nos remitimos a las obras de GÓMEZ CORRALIZA<sup>6</sup> sobre la primera y a la de ALBALADEJO<sup>7</sup> sobre la segunda), son de interpretación restrictiva en favor de la conservación de derechos, las reclamaciones o intentos de negociación que cumplan con las condiciones básicas deberían considerarse aptos para interrumpir o suspender la prescripción y caducidad, respectivamente.

En todo caso, el precepto arriba transcrito arroja algo de luz sobre el particular al disponer que el plazo se reanuda o reiniciará *“desde la fecha del intento de comunicación, si dicha recepción no se produce”*.

Es decir, bastará, por tanto, probar, en el eventual proceso en que se exceptione por la demandada la prescripción o la caducidad del derecho, o sin tal excepción, en el caso de la caducidad, que en su día se intentó la comunicación

extrajudicial sobre el derecho en liza (con un mínimo de seriedad y posibilidad de conocimiento del reclamado, agotando también todas las vías para presumir su recepción).

La norma prevé también reglas particulares de cómputo de los plazos en casos de intervención de tercero neutral, mediador o conciliador, en su apartado segundo, que damos por reproducidas, al ser exhaustivamente tratados, en aras de la brevedad.

Expuesto lo anterior, para el ejercicio extrajudicial del retracto legal, con plazo de caducidad breve (especialmente el de condueños), la vía más eficaz y segura para su exteriorización es el requerimiento notarial regulado por el art. 202 del Reglamento de Organización del Régimen del Notariado.

A través de dicho conducto, el retrayente declarará unilateralmente el ejercicio extrajudicial del derecho real de retracto, compeliendo al adquirente a su aceptación, solicitando, en algunos casos, de forma coetánea a esa declaración, la facilitación del título de venta, especificación del precio y gastos asumidos y de las demás condiciones necesarias de la operación para conocer las mismas y ejercitar con conocimiento de causa el derecho (en el retracto arrendaticio, dicho título de venta debe ser notificado obligatoriamente por el adquirente *ex art. 25 LAU*).

En cuanto a los requisitos del requerimiento y comunicación del art. 202 RN, este queda sujeto a la doctrina jurisprudencial y registral sobre el conocimiento de los actos de comunicación extrajudiciales, debiendo acudir en caso de rechazo de la vía postal al requerimiento notarial presencial, para agotar todos los medios y producir los efectos de la presunción de recepción.

Resulta paradigmática, en un caso, además, de retracto arrendaticio, la RDGSJFP de 29 de agosto de 2019, según la cual *“la regulación de los requerimientos y notificaciones en los ámbitos hipotecario y notarial ha de interpretarse de acuerdo con las*

6 GÓMEZ CORRALIZA, B (1990). *La caducidad*. RDU.

7 GARCÍA MANUEL, A. (2004). *La prescripción extintiva*. Tirant lo Blanch.

*exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos que la misma es entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y cuya jurisprudencia ha aplicado en diversas ocasiones este Centro Directivo (Resoluciones de 17 de marzo de 2005, 17 de septiembre de 2012 —sistema notarial—, 28 de enero y 3 de junio de 2013 y 3 de agosto y 27 de noviembre de 2017)”.*

De este modo, y según la anterior Resolución, debe acreditarse la recepción, o, en otro caso, acudir a la reiterada doctrina constitucional y jurisprudencial según la cual la pasividad o negligencia del destinatario en la recepción de un acto de comunicación extrajudicial para el ejercicio de un derecho no impide su eficacia, debiendo ser dicho destinatario el que pruebe los motivos de la falta de recepción, pues de otro modo el cumplimiento de los derechos quedaría al albur de la voluntad del obligado (SSTC 82/2000, de 27 de marzo, 145/2000, de 29 de mayo y 6/2003 de 20 de enero y SSTS de 17 de septiembre de 2010, 22 de junio de 2022 y 29 de septiembre de 2025), en aplicación, además, del art. 1119 CC.

Conforme a los criterios reflejados en la reseñada jurisprudencia constitucional y civil, nuestro Centro Directivo ha sostenido que, a los efectos de tener por probada la notificación, se debe “*considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio designado por las partes, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio*” (cfr. Resoluciones de 21 de noviembre de 1992 y 14 de mayo de 2019).

Sin embargo, cuando no se acredita la recepción, y conocida por nuestro Centro Directivo la doctrina de la voluntad renuente o esquivada del destinatario, se considera, según Resoluciones de 16 de diciembre de 2013, 3 de agosto de 2017 y 14 de mayo de 2019, “*que en el ámbito del Reglamento Notarial existe otra forma más ajustada al principio constitucional de tutela*

*efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura, en el mayor grado posible, la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 158/2007, de 2 de julio); y que esa vía es el procedimiento previsto en el artículo 202 del Reglamento Notarial, de manera que habiendo resultado infructuoso el envío postal, el Notario debe procurar realizar la notificación presencialmente, en los términos previstos en dicho artículo”.*

### **La negociación la sigue promoviendo la parte, pero instrumentalizada por conducto notarial, sin que exista alteración en el elemento subjetivo de la negociación, sino en el medio empleado para su remisión**

En otro orden, debemos plantearnos si este mismo requerimiento puede servir para cumplir con el requisito de procedibilidad en el marco del ejercicio de la acción real del retracto por negativa del adquirente a aceptar dicho ejercicio, obligando al retrayente a acudir a los tribunales.

En este punto, la jurisprudencia menor recaída en los tribunales de Barcelona, y el propio Acuerdo adoptado por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona en materia de MASC de 31 de octubre de 2025 excluyen tal opción. Así cabe citar el Acuerdo nº 5, a tenor del cual “*bastará con manifestar la voluntad de proceder a una negociación voluntaria y de buena fe y que se defina adecuadamente el objeto de la negociación, sin que sea necesario incluir propuestas concretas de solución. Salvo en los supuestos previstos en la disposición adicional 7ª LO 1/2025, la*

*mera reclamación o requerimiento de pago o cumplimiento extrajudiciales, con anuncio del posterior ejercicio de acciones judiciales, no cumple el requisito de procedibilidad”.*

No obstante, dicho acuerdo debe matizarse en el sentido expuesto por el reciente AAP Barcelona, Sección 15ª, 289/2025, de 21 de noviembre, según el cual si el requerimiento va acompañado de una “*invitación a negociar*” será eficaz para cumplir con el requisito de procedibilidad. En idéntica dirección se pronuncia el AAP Huelva, Sección 2ª, 5/2026, de 14 de enero.

Más flexible aún es el AAP Oviedo, 97/2025, Sección 4ª, de 25 de junio, que considera suficiente una mera reclamación o declaración unilateral de lo debido para respetar las exigencias de la negociación directa.

Ahora bien, la negociación directa, en su estricta configuración legal, se limita, como sujetos intervinientes, según el art. 10 LOMESPJ, a los abogados o las partes, lo que parece excluir la facultad notarial en esta clase de MASC, salvo que se argumente que las partes pueden usar para comunicar su intención de iniciar una negociación directa el conducto notarial, conclusión que nos parece totalmente acertada.

Aprovechar, por tanto, el requerimiento notarial en ejercicio del retracto legal, para invitar a una negociación directa (para los tribunales que no consideren suficiente una mera reclamación), constituye una estrategia y opción legal perfectamente legítima y ajustada a Derecho. La negociación la sigue promoviendo la parte, pero instrumentalizada por conducto notarial, sin que exista alteración en el elemento subjetivo de la negociación, sino en el medio empleado para su remisión (de un burofax o un email a una comunicación notarial).

Por último, y sin duda, como herramienta más segura y certera, el recurso a la conciliación notarial disipa cualquier atisbo de riesgo de vencimiento de la caducidad, pues tras



la LOMESPJ, la petición de conciliación notarial, desde su presentación, suspende la caducidad e interrumpe la prescripción, sin necesidad de aguardar a la recepción o presunción de recepción de la citación notarial a conciliación, lo que otorga evidentes ventajas de certidumbre y seguridad jurídica, al remitirse el art. 7.2.d LOMESPJ al art. 143 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Podría, por tanto, unificarse en un mismo acto el requerimiento notarial del art. 204 LN para el ejercicio extrajudicial del retracto con una citación a conciliación notarial, evitando el riesgo de caducidad derivado de otros MASC.

Como ya defendimos en su día, “los Notarios, en este mismo análisis, constituyen una alternativa de muy elevada preparación, con facultades concedidas para conciliar a través de un trámite expeditivo que puede concluir, en caso de acuerdo, con una escritura pública ejecutiva, a lo que debe añadirse, como respaldo de su intervención, el prestigio social, confianza y carácter solemne que en nuestra cultura representa esta profesión<sup>8</sup>”.

## 5. Incomparencia notarial

La aceptación expresa o tácita del ejercicio extrajudicial del retracto legal conduce, como hemos visto, a la perfección de una compraventa sustraída del régimen ordinario del derecho real de retracto. Dicha aceptación, cuando es expresa, suele venir acompañada del señalamiento por ambas partes (frecuentemente por la retraída) de una fecha para el otorgamiento de escritura pública de compraventa en ejecución extrajudicial del retracto. Sin perjuicio de que retrayente y retraído, previamente al citado otorgamiento de título notarial, hayan celebrado contrato privado con el mismo objeto, por no ser constitutiva la forma pública, pero sí necesaria para la inscripción registral

(art. 3 LH, en relación con los arts. 33 y 34 RH, 144 RN y 317 LEC).

Aunque resulte algo primario, debe recordarse, acudiendo a la RRDGSJFP de 25 de octubre de 2016 y 20 de mayo de 1999, que la elevación a público de un contrato de compraventa privado exige el consentimiento de ambas partes, “para lo cual es requisito imprescindible la presencia, por sí o debidamente representadas y el consentimiento de ambas partes, vendedora y compradora o, en su defecto, sentencia judicial que declare la validez del contrato privado de compraventa y obligue a su cumplimiento, caso en el cual si la parte demandada no comparece voluntariamente a su otorgamiento, puede hacerlo el juez en trámite de ejecución de sentencia, actuando en su representación».

En la misma línea, para el caso de haberse celebrado contrato privado en ejecución extrajudicial del retracto, debe traerse a colación la reiteradísima doctrina registral sobre el alcance meramente declarativo y de reconocimiento del art. 1224 CC, convirtiendo la traslación del negocio privado al título público en una “escritura reconocitiva de un negocio preexistente” (RDGSJFP de 9 de abril de 2001).

Esta premisa conduce, por conexión, a recordar que el otorgamiento de escritura pública de una transmisión inmobiliaria, a pesar de ser declarativa, constituye una obligación exigible incluso sin necesidad de acuerdo contractual al respecto, en aplicación del art. 1279 CC, al ser un instrumento necesario para la inscripción registral (SAP Palencia, Sección 1ª, de 18 de enero de 2021).

En realidad, podríamos referirnos al contenido del art. 1279 CC como una facultad, más que como una obligación, sin perjuicio de que se inserte de ese modo en algunos contratos.

De este modo, como apunta la RGDSJFP, “no verificándose la concurrencia de ambas partes, comprador

y vendedor, o de sus herederos, el artículo 1279 del Código civil autoriza a los contratantes a compelerse (y, en su caso, judicialmente) recíprocamente al otorgamiento de Escritura pública desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez, en aquellos contratos en que la ley exija esta forma documental (cfr. Art. 1280 del CC)”.

Se trata, por tanto, según la STS 400/2011, de 1 de junio, de la “facultad de exigencia recíproca por los contratantes del cumplimiento de la obligación de elevación del contrato a escritura pública en determinados casos”.

A tal respecto, debe tenerse en consideración la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el alcance de los arts. 1278, 1279 y 1280 CC, marcadamente este último, que según el Alto Tribunal y la doctrina mayoritaria no impone formas documentales preceptivas. Como recuerda la STS 5 de febrero de 2014 “las normas del artículo 1280 CC y de los dos que le preceden no comportan exigencias de formalidades ad solemnitatem, sino tan sólo ad probationem”.

Pues bien, en este punto, resulta de aplicación la STS de 16 de septiembre de 2014, cuya conclusión sienta como doctrina jurisprudencial que el incumplimiento de la obligación de otorgar escritura pública no es causa de resolución al amparo del art. 1124 CC (equivalente al art. 621-42 CCC), salvo que las partes hayan otorgado valor o condición esencial a la culminación de esa forma.

La STS de 16 de septiembre de 2014 no excluye la fuerza resolutoria que pueda tener el incumplimiento de la obligación de otorgar escritura pública en el contexto del art. 1124 CC, pero lo asocia a la necesidad de que dicha obligación se haya constituido como “condición esencial”. Dicha noción, sin embargo, impropia desde la institución de la condición contractual,

8 GÓMEZ LINACERO, A. (2025). Los MASC y su impacto procesal tras la LO 1/2025 de 2 de enero: preguntas y respuestas en clave práctica. Diario la Ley n.º 10651

ha sido acertadamente matizada por la doctrina científica, en el sentido de exigir que la obligación de otorgamiento de escritura pública sea una prestación principal, adicionada a las básicas de pago del precio y entrega de la cosa (CARRIÓN OLMOS).<sup>9</sup>

Con posterioridad a dicha resolución, cabe citar la STS de 2 de octubre de 2017, que, completando la anterior doctrina, señala que *“la obligación de elevar a público el contrato otorgado en documento privado solo da lugar a la facultad de exigir su cumplimiento (artículos 1279 y 1280 Código Civil), las partes, al amparo de la autonomía de la voluntad, pueden atribuir a tal obligación el carácter de esencial a efectos de facultar a la parte que lo solicita para resolver el contrato si la otra se niega”*.

Sin embargo, en el marco del ejercicio ordinario extrajudicial del retracto legal las partes no celebrarán ningún contrato privado, limitándose, frecuentemente, el retraído a señalar día y hora para el otorgamiento de escritura pública, no pudiendo reputarse, por tanto, en estos casos, la incomparecencia como una causa de resolución contractual (si atribuida, sin embargo, por ejemplo, a efectos de la facultad de desistimiento —distinta del incumplimiento— por arras penitenciales del art. 1454 por cierta jurisprudencia menor; SAP Huelva, Sección 2ª, 324/2018, de 15 de junio).

Por todo ello, una eventual demanda de cumplimiento contractual por falta de entrega de la cosa o de pago del precio, al amparo del art. 1124 CC o art. 621-37.1.a) CCC, debería conllevar también, de forma accesoria a la acción principal antes indicada, la pretensión de condena a otorgar escritura pública, sustituible, en su caso, vía art. 708 LEC.

En otro orden, pero dentro de la misma dimensión, se hace necesario recalcar la imprescriptibilidad de la acción para elevar a escritura pública del art. 1279 CC mientras permanezca vivo el contrato en el tráfico jurídico,

es decir, en tanto en cuanto perviva la titularidad transmitida por la venta, para su acreditación en cualquier orden legal, y para su acceso al Registro de la Propiedad, dado el carácter protector del mismo al titular inscrito, y la garantía de rectitud de los asientos registrales sucesivos, evitando problemas en el tracto.

La STS 459/1994, de 12 de mayo, es rotunda al afirmar que *“el comprador, en un contrato de compraventa perfeccionado, se encuentra legitimado, sin cortapisa de plazo prescriptivo alguno”*.

Así, asevera también la STS 7 de julio de 2017 que no cabe hablar de prescripción de la facultad de elevación a escritura pública del art. 1279 CC.

Proclama la STS 254/1970, de 9 de mayo, que *“Habida cuenta que los contratos constituyen un todo orgánico, enlazando unas cláusulas con otras y supeditadas las accesorias a lo que forma el núcleo, la obligación principal, causa del concurso de voluntades y además que el pacto de elevar a escritura pública lo convenido en el documento privado, es una facultad más que una obligación, latente en todo convenio aunque no lo exprese especialmente; aparece indudable que al menos mientras subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que dio nacimiento, pervive el pacto accesorio de poder ser instrumentado públicamente”*.

Sin embargo, la anterior regla general, acorde con la máxima de que las facultades no prescriben, sólo los derechos y obligaciones, resulta matizada en determinados supuestos de uso indebido de dicha facultad o cuando existen terceros adquirentes protegidos posteriores al titular demandante.

Las dos únicas excepciones a la regla general antes indicada aparecen perfectamente condenadas por la STS 694/2011, de 10 de octubre, a dos supuestos de hecho:

- a) Cuando haya permanecido incumplida alguna obligación

y a través de la facultad de otorgamiento de escritura pública pretendiese conseguirse el cumplimiento de un derecho prescrito en el plazo de prescripción supletorio general de las acciones personales.

Puede observarse en esa afirmación la debida diferenciación entre los derechos y obligaciones acordados.

Así, *“no resulta viable que a través de dicha pretensión se pudiera obtener de modo indirecto el cumplimiento de las auténticas obligaciones derivadas del contrato y en concreto la entrega o «traditio ficta» de la cosa de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1462 CC, con la finalidad—a la que expresamente se refiere el recurrente— de «posibilitar el acceso de ambos contratos al Registro de la Propiedad”*.

De igual modo, *“en primer lugar, resulta obvio que no puede ampararse el ejercicio de la facultad de elevar a público un contrato celebrado en documento privado cuando el contrato no se ha cumplido y las pretensiones dirigidas al ejercicio de los derechos relativos al cumplimiento de sus prestaciones hayan prescrito. En tal caso, mediante la elevación a público se estaría otorgando eficacia a unas obligaciones que ya no son exigibles”*.

- b) Exista un tercero protegido por actos o negocios posteriores al cumplimiento del contrato, ya que *“en atención también a razones de seguridad jurídica, no es exigible la elevación a público de un contrato celebrado en documento privado cuando, contra la realidad fáctica y jurídica actual, el ejercicio de tal facultad persigue modificar los derechos adquiridos y consolidados de forma inatacable por terceros y que proceden de hechos, actos y negocios realizados con posterioridad al cumplimiento de dicho contrato.”*

Fuera de esas dos excepciones, la facultad de entrega de escritura pública

9 <https://revista-aji.com/articulos/2015/503-516.pdf>



podrá ejercitarse sin sujeción a plazo cuando el contrato esté cumplido y no se haya transmitido a un tercero la titularidad de lo adquirido.

La doctrina, pudiera no resultar del todo clara, por cuanto induce a cierto error entre los contratos cumplidos o consumados, por ejecución material de sus prestaciones, y la prescripción del derecho de crédito para exigir las obligaciones acordadas.

Los contratos consumados, circunstancia que puede producirse en una franja temporal muy breve, con transmisión de titularidades, entrega de la cosa y pago del precio, pueden quedar sometidos mientras mantenga eficacia el título adquirido a la facultad de otorgamiento de escritura pública, sin plazo de ningún tipo, para distintas finalidades, principalmente el acceso al Registro de la Propiedad. Y todo ello con la sola excepción de aquellas titularidades adquiridas por la venta que se hayan transmitido a un tercero con posterioridad a la perfección del negocio (aunque debería ser con su consumación tras la *traditio* correspondiente, pues hasta ese momento no habrá titularidad).

Junto a ello, y en un campo contractual distinto, los contratos en que no se hayan cumplido sus obligaciones, una vez prescrito el derecho por el plazo supletorio general, están excluidos de la facultad de elevación a pública.

En realidad, la vinculación de la prescripción de la facultad de otorgamiento de escritura pública a la del derecho material (entrega de la cosa) promovido no otorga carácter prescriptible a la facultad. Primero porque las facultades no prescriben, lo hacen los derechos. Segundo, porque esa doctrina lo que constituye en realidad es una suerte de presunción de instrumentalización o fraude del otorgamiento de escritura pública para lograr la entrega de la cosa, cuando esta pudo reclamarse vía 1124 CC, y no se hizo. La facultad, por tanto, no prescribe, sino el derecho que se ha intentado lograr por esa vía.

Configurada como una facultad y correlativa obligación, su ejercicio no puede vincularse temporalmente al resto de obligaciones y derechos del contrato, al ser realidades jurídicas independientes.

***Se hace necesario recalcar la imprescriptibilidad de la acción para elevar a escritura pública del art. 1279 CC mientras permanezca vivo el contrato en el tráfico jurídico***

La exigibilidad de las obligaciones principales del contrato depende de la voluntad obstativa o incumplidora de las partes. La acción de cumplimiento de la obligación del pago del precio o de la entrega de la cosa, en tanto en cuanto sujetas a un plazo contractual de cumplimiento, al supletorio marcado por nuestro régimen legal o a la voluntad reclamante del interesado (1128 CC), presuponen una previa conducta del sujeto pasivo en un tiempo determinado o determinable y la posterior reacción del acreedor. Sin embargo, y cuando nada se haya pactado en el contrato, la facultad de elevación a público depende de la voluntad unilateral del interesado, lo que puede aplazar durante largo tiempo su ejercicio, careciendo de sentido someterla a plazo por una eventual legitimidad en obtener, en cualquier momento, el título público.

La otra excepción, de terceros protegidos, tampoco configura en realidad ninguna prescripción de la reiterada facultad, sino que otorga protección conforme a los principios registrales de fe pública registral y sustantivo de buena fe al tercer adquirente, desestimando la pretensión de elevación, no por prescripción, sino por no resultar

procedente reconocer una titularidad superada por otro.

En este punto, podríamos plantearnos la legitimidad del ejercicio de la facultad de otorgar escritura pública para el vendedor, habida cuenta de que el legitimado para instar la inscripción registral mediante el título público es el adquirente.

Sin embargo, y a pesar de que el ámbito normal de desenvolvimiento de tal facultad opera en la esfera del comprador, no debemos descartar tal potestad para el vendedor, aunque sea a los únicos efectos, que no son pocos, de gozar de un título público, por la fuerza probatoria de que están investidos, o para acreditar que ya no es titular ante cualquier instancia.

En un plano diferente, y cuando nos encontremos ante la obligación de pago del precio incumplido, el otorgamiento de escritura pública no parece que tuviera que vincularse al plazo de cumplimiento de tales obligaciones, ya que por medio del título no se conseguirá la finalidad crediticia derivada del impago, sin perjuicio de la existencia de otras obligaciones que sí tuvieran para el vendedor esa equivalencia.

**6. Supuestos notariales singulares: acta notarial de inexistencia de arrendatarios en la subasta judicial<sup>10</sup> y función notarial en caso de transmisión con obligaciones personalísimas no susceptibles de subrogación**

**6.1. Acta notarial de inexistencia de arrendatarios a petición del adjudicatario: una anomalía procesal distorsionadora**

Con carácter previo, debemos señalar que, en el ámbito civil catalán el retracto arrendaticio rústico (aunque estamos examinando el urbano) tiene reglas especiales, rigiéndose el urbano por la ley arrendaticia sectorial aplicable a todo el Estado, contenida en la LAU (SAP Barcelona, Sección 193/2011, de 26 de abril).

En la realización forzosa de bienes inmuebles, ya sea en la ejecución hipotecaria o en la ejecución dineraria, no existe

10 Parte de este estudio se contiene en GÓMEZ LINACERO, A. (2023). La ejecución dineraria e hipotecaria en clave práctica. Colex.

un acto de venta en el sentido jurídico civil del término que permita asociar las categorías de comprador y vendedor al proceso de pública subasta, si bien, a determinados efectos, a pesar de su diferente naturaleza jurídica, se equipara entre venta privada y subasta pública<sup>11</sup>.

En esta dirección, destaca la STS de 13 de marzo de 1997, según la cual “*la enajenación forzosa no es, esencial y propiamente, una compraventa sino un acto judicial que genera los mismos efectos que aquella*”<sup>12</sup>, o la STS de 29 de julio de 1999, al razonar que “*la subasta judicial es un negocio jurídico formal, donde rige para la plena producción de efectos la sujeción al principio de legalidad, de manera que sus requisitos son garantías de la seriedad de la oferta pública que la caracteriza y del cumplimiento de todas sus formalidades (...) No cabe, por ello, asimilar en un todo el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código Civil*”.

Lo que resulta indiscutible, según la vigente doctrina del Tribunal Supremo (por todas STS 790/2011, de 4 de abril), es que el retracto (de comuneros, herederos, colindantes o arrendatarios) es un derecho real de adquisición preferente que nace no sólo de la transmisión privada de fincas, sino también de la adjudicación resultado de una subasta pública.

En el ámbito civil catalán la subasta pública admite retracto por declaración expresa del art. 568-14.2 CCC.

Según doctrina reiterada de la DGRN (Resoluciones de 20 de noviembre de 1987, 5 de noviembre de 1993, 22 de marzo de 1999, 6 de febrero de 2001, 20 de septiembre de 2002 y 15 de marzo de 2006, entre otras), en los supuestos de transmisión judicial de una finca, se

dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y, por consiguiente, es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada del art. 25 LAU, aplicando, por tanto, este precepto, a la subasta.

Aunque no compartamos en el plano académico dicha posición, la DGSJFP, en Resolución de 8 de febrero de 2022, concluye que “*para la inscripción del decreto de adjudicación en una ejecución forzosa es necesario, también como tesis de principio, que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada.*”

Sin embargo, a pesar de la aparente sencillez o elementalidad de dicha doctrina, no son pocos los interrogantes que surgen en la práctica judicial sobre la forma de cumplir con el art. 25 LAU en sede de subasta pública.

Y ello, en gran medida, porque en la subasta pública, partiendo del ámbito subjetivo de aplicación del art. 25 LAU, no existe, en puridad, un vendedor. Es decir, acudiendo a la RDGSJFP de 22 de marzo de 1999:

*“Hay que tener en cuenta que la adquisición no se verifica por un acto de voluntad del que hasta entonces era propietario de la finca, sino por un acto de autoridad y en el procedimiento no hay trámites especialmente previstos para que la autoridad pueda llegar a hacer, en sustitución del propietario, esta afirmación”.*

De ello se desprenden dos conclusiones: la manifestación que debe hacer el vendedor, exigida por el art. 25.3 LAU, en la escritura de venta, de encontrarse libre de inquilinos la finca,

no es extrapolable a la subasta pública; y la notificación del adquirente al arrendatario dispuesta por el mismo precepto será ilusoria cuando se ignore el estado posesorio de la finca por falta de información y colaboración del ejecutado.

Sin embargo, la notificación del comprador-adjudicatario al arrendatario, derivada del art. 25.3 LAU, sí que constituye una carga cuyo incumplimiento impide la adquisición del bien, no inscribiéndose hasta hacer constar tal extremo. Puede afirmarse, en consecuencia, que la notificación e inscripción operan en estos casos con carácter constitutivo de la adquisición del dominio, excepción de nuestro sistema traslativo basado en el título y modo, o como una condición legal suspensiva para la eficacia del derecho adquirido.

En caso de falsedad en la declaración de inexistencia de arrendatarios tendrá lugar la nulidad radical del contrato por causa ilícita e infracción de normas imperativas (arts. 1255 y 6.3 CC).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha modulado el rigor del mandato contenido en el apartado segundo del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, que constituye el precedente legislativo del actual artículo 25.3 de la vigente ley, afirmando que, no obstante los tajantes términos del precepto, deviene innecesaria la práctica de la notificación en forma cuando aparecía probado que el arrendatario ya había tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones, a partir de cuyo momento debía contarse el plazo de caducidad establecido en la norma (STS de 6 de marzo de 2000, 14 de noviembre de 2002, 13 de marzo de 2004, y 14 de diciembre de 2006 y 24 de abril de 2007).

11 Asimilación por el Código Civil, entre venta privada y pública en cuanto a la acción rehibitoria del artículo 1489 del Código Civil, salvo el pago de indemnización; la admisión de la aplicación del retracto en adquisiciones por subasta pública y la aplicación de la regulación de la doble venta y venta ajena, sobre los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley hipotecaria, a las subastas públicas; o el hecho de que nuestra legislación procesal y sustantiva equipare terminológicamente la venta privada y la subasta pública en no pocos preceptos.

12 Afirma igualmente la sentencia: “*La enajenación forzosa, y con ella la simultánea adjudicación del dominio desde la aprobación del remate, es esencialmente un acto procesal, en el que el Juez es el verdadero protagonista; las demás personas que intervienen directa o indirectamente en la formación del mismo lo hacen, de forma voluntaria o involuntaria*” y que resulta “*imposible conceptualizar la enajenación forzosa (sobre todo la judicial) como un contrato de compraventa en que concurra un consentimiento libre y espontáneo del sujeto transmitente y propietario del bien enajenado, pues falta el consentimiento*”.



En cuanto al ejercicio del retracto, no encontramos los mismos problemas de asimilación con la venta privada, por cuanto el adjudicatario asume la misma posición que el comprador y debe realizar la oportuna notificación para posibilitar el ejercicio del retracto fijada por el art. 25.3 LAU.

Estando arrendada la vivienda y conocida dicha circunstancia por el adjudicatario, los problemas interpretativos del art. 25.3 LAU serán inexistentes y éste cumplirá con acreditar el requisito de la notificación para poder inscribir el Decreto de adjudicación firme.

Sin embargo, en caso de no estar arrendada la vivienda y, a la luz de dicho precepto, no existe en la ejecución forzosa un título similar a la escritura pública donde hacer constar la manifestación del vendedor de no arrendamiento de la vivienda, además de que no existe vendedor en sentido propio, como antes hemos visto.

Aparece, por tanto, un conflicto interpretativo sobre si es necesario hacer constar en el Decreto de adjudicación que la vivienda se encuentra libre de inquilinos (equiparando Decreto y escritura) o, en otro caso, como llevar a cabo la manifestación de inexistencia de arrendatarios que el artículo repetido impone al vendedor.

Ante este dilema, es frecuente que, en los Tribunales, para salvar este problema y ante la ignorancia sobre la situación arrendaticia de la finca, por desconocimiento del ejecutante y por falta de manifestaciones del ejecutado, declaren en el decreto de convocatoria de la subasta y en el edicto que acceden al portal de subastas, de forma lacónica, que “no consta la situación arrendaticia” o “presuntamente libre de ocupantes”, lo que, siendo coherente con la doctrina anterior, no sirve para acreditar la inexistencia de inquilinos.

Sobre esta forma de incluir en el Decreto de Adjudicación el estado arrendaticio del inmueble, recuerda la DGSJFP, en Resolución de 22 de marzo

de 1999, “*que la declaración acerca de la situación arrendaticia de la finca ha de ser inequívoca, no bastando una referencia a que del procedimiento judicial no resulta tal existencia*”.

### **En el ámbito civil catalán la subasta pública admite retracto por declaración expresa del art. 568-14.2 CCC**

La RDGSJFP de 8 de febrero de 2022 ofrece la manera de acreditar la inexistencia de inquilinos para permitir la inscripción sin obstáculos del Decreto. Dicha doctrina, además de trasladar al adjudicatario la carga que el art. 25.3 LAU impone al vendedor (que es realmente quien conoce la situación de la vivienda), flexibiliza y suaviza el requisito que para las ventas privadas exige el art. 25.3 LAU, relativo a consignar en el título (Decreto) la inexistencia de arrendatarios. Afirma dicha Resolución lo siguiente:

*“debe rechazarse la inscripción de la adjudicación si no se acredita debidamente bien que se han llevado a cabo las notificaciones previstas, bien que se ha realizado la oportuna manifestación de que la finca se encuentra libre de arrendatarios. A tal efecto, este Centro Directivo tiene declarado que, dadas las particularidades de la transmisión, dicha manifestación puede y debe hacerla el adquirente en las propias actuaciones judiciales, ante notario, o mediante instancia firmada o ratificada ante el registrador, no bastando una mera alegación de que del procedimiento no resulta la existencia de arrendatarios y sin que la misma pueda ser inferida de otros datos o documentos, al ser una manifestación de contenido expreso y específico”.*

Igualmente, la RDGSJFP de 22 de marzo de 1999 concluye que “*debido a bastar en estos supuestos la declaración de que el piso no está arrendado realizada por el nuevo propietario,*

*bien en las actuaciones judiciales, bien en acto posterior.*”

Ello conduce a trasladar, como hemos anunciado, un gravamen o carga personal al adjudicatario, no impuesta por la ley, cuya inexacta o falsa consignación, constituye un delito de falsedad en documento público, como expresamente advierte el art. 25.5 LAU.

Ante esta circunstancia, y teniendo en cuenta la dinámica propia de la ejecución hipotecaria y la demora en su tramitación, no será infrecuente que el adjudicatario ignore por completo la situación arrendaticia del inmueble y no sea hasta el intento de entrada posesoria en la finca cuando constate que la vivienda se encuentra ocupada (ignorando si con título o sin él), solicitando finalmente del Tribunal el auxilio para la entrega de la posesión (675 LEC). Una vez entregada la posesión, y sólo entonces, averiguará el estado posesorio y arrendaticio de la vivienda, con un eventual incidente de terceros ocupantes.

¿Tiene que esperar el adjudicatario a conocer de primera mano el estado de la vivienda para hacer la manifestación exigida por la doctrina de la DGSJFP antes transcrita y poder inscribir y adquirir el bien? ¿No adquirirá el dominio u otro derecho real el adjudicatario hasta dicha actuación, a modo de *conditio iuris* o suspensiva legal?

La transmisión del dominio u otro derecho real susceptible de posesión en subasta pública resulta una cuestión sumamente controvertida sin criterio jurisprudencial pacífico, aunque existe cierto consenso en que los efectos traslativos los origina el Decreto de adjudicación sin necesidad de aplicar el sistema del título y del modo, reservado para las adquisiciones contractuales (609 CC), al encontrarnos ante una forma de transmisión derivada de la ley<sup>13</sup>.

Por tanto, si la adquisición del derecho depende del acta de manifestaciones ante Notario hecha por el adjudicatario, o ante el Tribunal, de inexistencia de arrendatarios, y dicha circunstancia no es conocida hasta

13 Respecto al momento transmissivo de la propiedad en subasta pública, la cuestión dista mucho de ser pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, pese a la trascendencia que tiene la determinación exacta de dicho momento, por afectar a la adquisición de un derecho real de suma relevancia socioeconómica y constitucional. Para un estudio exhaustivo de la cuestión, hemos de remitirnos a la obra de este Letrado, GÓMEZ

la entrega de la posesión vía art. 675 LEC, se prolongarían los efectos traslativos hasta dicho momento, partiendo de ser esta condición causa determinante o constitutiva de la adquisición por imperativo del art. 25 LAU.

Lo ideal, en estos casos y en un futuro legislativo, sería que el Tribunal, antes de dictar el Decreto de adjudicación, indagase tal circunstancia para hacer constar en dicha resolución la inexistencia de arrendatarios o trasladar al adjudicatario la existencia de estos a fin de que realice la notificación del art. 25 LAU, quedando hasta tanto suspendido el dictado de la citada resolución, o permitiendo su dictado en el segundo supuesto, para una posterior acta notarial de acreditación de la notificación prevenida en el art. 25 LAU, y su unión a la calificación registral.

Así, la información de la situación posesoria y arrendaticia de los inmuebles subastados es una de las grandes disfunciones en su funcionamiento que lastran su rendimiento y exigirían el establecimiento de un incidente previo de oficio a la subasta para determinar con toda precisión jurídica el estado posesorio del bien en el Decreto de convocatoria de la subasta y, en caso de arrendamiento, la subsistencia o no de este en caso de adjudicación del bien según la normativa aplicable al arriendo (podría incluirse en la actual regulación del art. 661 LEC) y la obligación de notificación del art. 25 LAU para la adjudicación del bien una vez verificado el arriendo, junto a la obligación del ejecutante (si la tuviere) de informar sobre el estado posesorio del inmueble y del ejecutado en el mismo sentido (en este caso, con multas en caso de desatención).

### 6.2. Calificación notarial en caso de transmisión personalísima no susceptible de retracto arrendaticio

Proclama la STS 153/2020, de 5 de marzo de 2020, que “*ello justifica que la jurisprudencia, en línea con los criterios mayoritarios de la doctrina, haya excluido el retracto de comuneros en todos aquellos contratos traslativos (arts. 609 y 1.095 CC) en que las prestaciones y*

*obligaciones del comprador no sean íntegramente susceptibles de subrogación o novación subjetiva en la persona del retrayente. La sentencia de esta Sala núm. 1143/2007, de 22 de octubre, compendia los supuestos y tipologías negociales en que se había aplicado este criterio”.*

En el caso concreto analizado por la Sentencia citada, los compromisos asumidos por el adquirente retraído “*están teñidos de un carácter intuitu personae que los hace incompatibles con la posibilidad de la subrogación en la posición contractual de la compradora en que el retracto consiste”.*

Podría, por tanto, suscitarse el debate sobre si el Notario, en la compraventa causa de retracto arrendaticio, puede hacer un juicio jurídico-material sobre las obligaciones personalísimas o no asumidas por el adquirente para concluir la inaplicación del derecho de retracto arrendaticio, haciéndolo constar en ese sentido en la escritura y liberando al adquirente de la obligación de notificación del art. 25.3 LAU.

Por el contrario, otra postura sería la de descartar de plano toda calificación notarial sobre la viabilidad o no del retracto arrendaticio por la naturaleza de las obligaciones asumidas, reservando dicho juicio al trámite de inscripción registral, al ser el control de las notificaciones del art. 25.3 LAU competencia registral según los estrictos términos de dicho precepto.

Para nosotros, la conclusión al dilema generado no debe ser otorgar potestades notariales para dejar sin efecto un derecho de configuración legal, sino, a lo sumo, dejar constancia de dicha manifestación, en su caso, hecha por el adquirente, y diferir la cuestión, en caso de controversia, a un proceso judicial, o a la eventual calificación registral.

La verificación del cumplimiento de la notificación del art. 25.3 LAU y, por lo tanto, de la existencia o no de un derecho de retracto, queda otorgada por el art. 25.5 LAU al Registro de la Propiedad. Resulta, en todo caso, discutible si la inscripción del título sin

necesidad de notificación por inexistencia de retracto entra dentro de los márgenes de la calificación registral del art. 18 LH, por implicar necesariamente un juicio de calificación material sobre el título aportado a efectos de fijar el carácter de las prestaciones.

En este supuesto, el Registrador no califica o deja de calificar en un sentido o en otro el título de compraventa, que es perfectamente eficaz, sino las formalidades impuestas por la normativa aplicable para poder llevar a cabo la inscripción, en este caso, la notificación, que actúa a modo de condición legal suspensiva de la adquisición del derecho y de su inscripción registral. Y, si dicha notificación presupone un derecho de retracto, cabe no exigirla cuando el retracto no sea aplicable según la doctrina jurisprudencial antes indicada.

En todo caso, el adquirente, en caso de denegarse la calificación registral por falta de realización de la notificación prevista por el art. 25 LAU, tendrá a salvo el eventual recurso gubernativo o judicial.

En otro plano, y en función del alcance otorgado en esta vía a la calificación registral, cabría mantener que dentro de las potestades registrales no está la realización de un juicio sobre la naturaleza de una prestación y que, en toda compraventa, deberá acreditarse la notificación del art. 25.3 LAU, debiendo las partes acudir en caso de controversia a la vía judicial.

Por ello, otra opción es realizar la notificación prevista por el art. 25 LAU a efectos meramente formales para asegurar la inscripción registral y, en caso de ejercicio del retracto por el arrendatario, rechazar en vía extrajudicial y judicial su exigibilidad.

### 7. Anotación preventiva de demanda en ejercicio de la acción personal: única vía para evitar la aparición de un tercer adquirente protegido por el art. 34 LH y presunción iure et de iure de periculum in mora

La eventual acción real del derecho de retracto legal tiene a su favor el



indudable peso del art. 37 LH suficiente por sí mismo para proteger al eventual demandante. Así, según la STS de 14 de junio de 2004 “*el retracto legal da derecho al retrayente a adquirir la cosa retraída en el estado que tenía en el momento de darse aquella compraventa que dio lugar al retracto; es decir, si el adquirente “retraído” realiza actos de disposición sobre la cosa, tras haberla adquirido y antes de producirse el retracto, serán ineficaces y si han tenido acceso al Registro de la Propiedad se cancelarán las inscripciones*”.

En caso de ejercicio de la acción personal de retracto la única vía para evitar la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH es la anotación de la demanda, de tal manera que, en estos casos, debería existir una presunción *iure et de iure* de *periculum in mora*, no recogida con acierto por cierta jurisprudencia menor, sin necesidad de acreditar, como exige con carácter ordinario la jurisprudencia menor para apreciar dicho requisito, un riesgo real, patente, manifiesto y probable, ya que la decisión de venta de la finca puede producirse en cualquier momento y esa misma posibilidad provoca un riesgo notable de ineficacia de una eventual Sentencia condenatoria.

En este sentido, y con la crítica que merece, debe citarse el AAP Madrid, Sección 20ª, 76/2022, de 10 de marzo. Para dicha resolución “*tan solo indicó la existencia de un riesgo cierto de que la sociedad demandada pudiera realizar actos de enajenación o gravamen sobre las fincas litigiosas, sin concretar ni justificar ese peligro, más que con la alusión a la posibilidad de la aparición de terceros protegidos por el artículo 34 LH... En definitiva, las razones alegadas para justificar la medida cautelar no colman la exigencia de que concurra el periculum in mora, esto es, un peligro concreto, racionalmente previsible y de carácter objetivo, susceptible de impedir o dificultar la efectividad de la tutela pretendida en el procedimiento principal*”.

Esta doctrina jurisprudencial se apoya, aunque de modo erróneo, entre otros, en el AAP Barcelona, Sección 11ª, 165/2007, de 9 de mayo, según el cual “*lo que le exige concretar, en relación con las específicas circunstancias que concurran*

*en cada caso, cuál sería la situación específica capaz de desvirtuar la eficacia del pronunciamiento sobre el objeto del proceso principal que habría de conjurarse con la medida solicitada, y aportar elementos de juicio de los que razonablemente poder deducir la realidad del riesgo inherente a la situación denunciada.*”

### **La información de la situación posesoria y arrendaticia de los inmuebles subastados es una de las grandes disfunciones en su funcionamiento que lastran su rendimiento y exigirían el establecimiento de un incidente previo de oficio a la subasta para determinar con toda precisión jurídica el estado posesorio del bien en el Decreto de convocatoria de la subasta**

El Auto de la A.P. de Barcelona que se cita, conforme a la consolidada doctrina jurisprudencial, exige ciertamente un “riesgo real”, pero como el propio Auto explicita, dicho riesgo real consiste en que “*el demandado pueda intentar maniobras fraudulentas*”.

El criterio introducido por la Resolución de la Audiencia Provincial de Madrid en la realidad supondría que el demandante tendría que estar en una continua labor de *espionaje u observación* del demandado —de día y de noche— para descubrir a tiempo cualquier intento concreto y específico de maniobra fraudulenta por parte de este para, entonces sí, ponerlo en conocimiento del Tribunal y solicitar de este la medida cautelar.

Vano empeño y labor estéril para el demandante pues, decidido el

demandado a realizar la maniobra fraudulenta, a buen seguro que la intentará o consumará con el previsible sigilo, de modo tal que el demandante no tenga oportunidad alguna de enterarse. Y en el improbable caso de que llegara a descubrirla antes de consumarse y lo pusiera de inmediato en conocimiento del Juzgado, mientras este admite a trámite la solicitud, da traslado de la misma a la parte demandada y se tramita procesalmente el incidente, el demandado habría tenido tiempo más que sobrado de consumar la maniobra fraudulenta y privar de eficacia específica a una eventual y probable sentencia estimatoria.

El Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 59 de Madrid que dio causa a la resolución valorada, concluía que “*las alegaciones de la parte actora no rebasaban el umbral de las meras afirmaciones genéricas e inespecíficas. Simplemente se señala en la solicitud de medidas cautelares que de no adoptarse la medida, existe riesgo cierto de que la sociedad demandada pudiera realizar actos de enajenación o gravamen sobre las fincas objeto de demanda, pero sin especificar en qué se basa para suponer que la sociedad demandada vaya a realizar esos actos de enajenación o gravamen.*”

Ahí está, con toda claridad, la *ratio decidendi* del pronunciamiento denegatorio de la medida cautelar, explicitando que dicha razón consiste en que las alegaciones hechas son “*genéricas e inespecíficas*” (expresión tautológica, ya que lo genérico es, por definición, lo contrario de lo específico).

Es decir, conforme a la propia y errónea variación jurisprudencial introducida por esa resolución, se viene a exigir la prueba —prácticamente imposible— de una situación concreta y específica de riesgo, es decir, de un intento concreto y específico de maniobra fraudulenta, que permita “suponer” (sospechar) que la demandada retraída va a realizar un concreto y específico acto de enajenación o gravamen.

El riesgo de *periculum in mora* cumple incuestionablemente el requisito exigido por la doctrina jurisprudencial, conforme a la cual basta con que haya un peligro *potencial* o

*hipotético*, es decir, una posibilidad objetiva de que el retraído realice un acto que privaría de eficacia a una eventual sentencia estimatoria.

A ello podemos añadir que, si hay posibilidad de que el demandado realice dicho acto (como hipótesis posible) tal riesgo potencial, *a fortiori*, es también real, que no es lo mismo que concreto (o, por mejor decir, ya concretado) y específico (que no sería futuro sino ya de presente), como erróneamente sostiene la Audiencia Provincial de Madrid y el tribunal de instancia.

Como reconoce, de modo contradictorio al resto de su fundamentación, la resolución confirmada por el AAP Madrid, Sección 20ª, 76/2022, de 10 de marzo, “*El periculum in mora se configura en términos objetivos, esto es, como la mera probabilidad de que se produzcan durante la tramitación del proceso situaciones que impidan o dificulten la tutela que en su día pudiera otorgarse*”.

El riesgo, por tanto, deriva incuestionablemente de la mera posibilidad legal de enajenar o gravar la finca objeto de la acción personal de retracto.

En consecuencia, realizando un mínimo ejercicio del razonamiento lógico, si la mera probabilidad de que durante la tramitación del proceso se produzcan situaciones que dificulten la tutela judicial que podría concederse mediante una sentencia estimatoria, resulta incoherente y contradictorio exigir, al mismo, la acreditación del acto o negocio concreto y específico que intenta o planea la demandada para burlar la eventual Sentencia estimatoria.

Dicho de otro modo, si basta la mera probabilidad o peligro potencial, no resulta coherente imponer sobre la parte demandante la carga de probar, de forma concreta y específica, un hecho que, por definición, por ser meramente probable, es futuro e incierto y su prueba, por tanto, prácticamente imposible.

Es decir, y como corolario de todo lo anterior, basta un juicio indiciario y objetivo de probabilidad de venta o gravamen, basado en la inexistencia de impedimento legal para hacer efectivo el *ius disponendi* inherente a la propiedad sin reserva alguna

respecto al derecho del demandante, para acreditar el *periculum in mora*. No es, en contraposición, exigible, por ser extraordinariamente difícil o de imposible cumplimiento, un juicio indiciario y subjetivo de probabilidad de venta o gravamen, que imponga probar un “*animus disponendi*” en el titular demandado; primero, por referirse a un hecho futuro que puede sobrevenir en cualquier momento y, segundo, por la práctica imposibilidad de acreditar tal elemento intencional en la voluntad del demandado.

### **El riesgo, por tanto, deriva incuestionablemente de la mera posibilidad legal de enajenar o gravar la finca objeto de la acción personal de retracto**

En el caso que nos ocupa, existe consolidada jurisprudencia menor y numerosas resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que concluyen sin ambages que la mera probabilidad de que durante el procedimiento aparezca un tercero protegido por la fe pública registral en la adquisición del bien litigioso es causa suficiente y bastante para acordar la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda, sin exigir en modo alguno la carga de probar qué concretos actos de enajenación o gravamen intenta, planea o trama llevar a cabo el demandado.

El AAP Madrid, Sección 28ª, de 17 de diciembre de 2012, afirma sobre la acreditación del riesgo por mora procesal que “*la prueba debe apreciarse con flexibilidad* (A.P. de Madrid (Sección 28ª) de 17 de diciembre de 2012), *siendo suficiente una prueba indiciaria* (A.P. de Madrid (Sección 12ª), Auto de 14 de marzo de 2013) *de que el riesgo se puede producir* (A.P. de Castellón (Sección 1ª), Auto de 7 de diciembre de 2012)”.

En igual dirección cabe citar el AAP Madrid, Sección 25ª, 272/2016, de 4 de

octubre, al declarar que “*la concurrencia del requisito del peligro en la demora resulta, por otra parte, indudable, pues es evidente que una eventual transmisión de la finca embargada a un tercero protegido por la fe pública registral impediría la efectividad de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso, al devenir inoponible la afección del bien al titular registral del mismo*”.

Podemos, por ello, concluir que, en aquellas demandas en las que, en contradicción con el Registro (sea a través de una acción personal sea por medio de una acción real), se reclama la propiedad u otro derecho real inscritos a nombre del demandado, el *periculum in mora* queda automáticamente acreditado, al menos indiciariamente o a modo de presunción, dado el riesgo de que, por efecto de la fe pública registral, surja un tercero hipotecario que, desconociendo la existencia del proceso, adquiera —y de modo firme, porque no le será oponible la sentencia— la propiedad o derecho de que se trate, impidiendo así la eficacia del derecho del demandante, aunque este sea luego declarado por una sentencia estimatoria.

En relación con el perjuicio que pueda ocasionar una medida cautelar de anotación de demanda y el importe de la caución, siguiendo la RDGRN de 28 de julio de 2020, “*en la mayoría de los casos esta medida resultará escasamente trascendente para el titular del bien a que se refiere, al resaltar su aspecto meramente publicitario frente a terceros, que en ningún caso priva a la parte de sus derechos dominicales con relación al bien sobre el que recaía la anotación, mientras que aportaría notables ventajas en relación a la plena efectividad de la sentencia*.”

## **8. Bibliografía**

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2016). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Madrid: Edisofer.
- DIEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*. Quinta Edición, Navarra: Thomson Civitas.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I y II, 4ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid. ■