

Estudis doctrinals

Exercici extrajudicial del dret de retracte legal i acció personal de compliment: implicacions notarials

ADRIÁN GÓMEZ LINACERO

Lletrat de l'Administració de Justícia. Doctor en Dret. Docent

Amb caràcter previ, transmetre a Javier Serrano Copete els millors desitjos per a l'il·lusionant projecte científic i intel·lectual assumit recentment al capdavant de la prestigiosíssima revista "La Notaria", en una etapa general de certa decadència acadèmica.

«Els preceptes del dret són: viure honestament, no fer mal a l'altre, donar a cadascú el que és seu.» ULPIANO (Digesto 1,1,10,1)

Sumari: 1. APROXIMACIÓ GENERAL AL DRET REAL DE RETRACTE LEGAL: CONCEPTE, CARÀCTERS, FONAMENT I EFECTES. 2. FORMES D'EXERCICI DEL DRET DE RETRACTE LEGAL. 3. ACCEPTACIÓ DE L'EXERCICI EXTRAJUDICIAL DE L'ACCIÓ REAL DE RETRACTE: PERFECCIÓ DE COMPRAVENDA PER ACTES EXPRESSOS O CONCLOENTS DE L'ADQUIRENT. 4. CADUCITAT DE L'ACCIÓ REAL DE RETRACTE DESPRÉS DE LA LOMESPJ: RELLEVÀNCIA DEL REQUERIMENT (202 DE L'RN) I CONCILIACIÓ NOTARIAL COM A FORMA D'EXERCICI EXTRAJUDICIAL DEL RETRACTE I DE COMPLIMENT DEL MASC. 5. INCOMPAREIXENÇA NOTARIAL. 6. SUPÒSITS NOTARIALS SINGULARS: ACTA NOTARIAL D'INEXISTÈNCIA D'ARRENDATARIS EN LA SUBHASTA JUDICIAL I FUNCIÓ NOTARIAL EN CAS DE TRANSMISSIÓ AMB OBLIGACIONS PERSONALÍSSIMES NO SUSCEPTIBLES DE SUBROGACIÓ. 6.1. Acta notarial d'inexistència d'arrendataris a petició de l'adjudicatari: una anomalia processal distorsionadora. 6.2. Qualificació notarial en cas de transmissió personalíssima no susceptible de retracte arrendatí. 7. ANOTACIÓ PREVENTIVA DE DEMANDA EN EXERCICI DE L'ACCIÓ PERSONAL: ÚNICA VIA PER EVITAR L'APARICIÓ D'UN TERCER ADQUIRENT PROTEGIT PER L'ARTICLE 34 DE L'RH I PRESUMPCIÓ *IURE ET DE IURE DE PERICULUM IN MORA*. 8. BIBLIOGRAFIA.

Resum: Els drets reals de retracte reconeguts legalment troben el seu mode normal de desenvolupament mitjançant l'exercici extrajudicial amb intervenció notarial, la qual cosa dona lloc, segons la jurisprudència consolidada, però una mica desconeguda en cas d'acceptació, a un contracte de compravenda perfeccionat en execució extrajudicial d'aquest retracte que origina una acció personal per exigir el compliment del que correspon (articles 1096 i 1124 del CC i article 621-371.a) del CCC).

Aquesta obra analitza en clau doctrinal, però amb notes pràctiques innegables, els problemes conceptuals principals suscitats al voltant d'aquesta forma d'exercici d'aquesta modalitat de drets reals.

S'examina igualment la suficiència del requeriment de l'article 202 de l'RN com a via comuna d'exercici extrajudicial del retracte i de compliment del MASC, la intervenció notarial per a la inscripció registral del Decret d'adjudicació en subhasta pública a l'efecte de tenir per acomplert el requisit de l'article 25.5 de la LAU, les conseqüències de no comparèixer en seu notarial després de l'acceptació del retracte, així com la funció notarial en els casos de títols transmissius amb prestacions personalíssimes no subrogables i l'anotació de demanda en exercici de l'acció personal de retracte com a única via per evitar l'aparició d'un tercer de l'article 34 de l'RH.

Paraules clau: Exercici extrajudicial del retracte legal. Compravenda en execució del retracte. Inscripció registral de la compravenda subjecta a retracte arrendatí. Incompliment de la compravenda en execució del retracte.

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.

1. Aproximació general al dret real de retracte legal: concepte, caràcters, fonament i efectes

Els drets de tempteig i retracte es configuren doctrinalment com a drets d'adquisició preferent, limitatius del *ius disponendi*, sobre cosa aliena. El primer, nascut sobre una transmissió onerosa en projecció, de concessió potestativa per l'ordenament jurídic segons la voluntat del transmissor, i el segon, el dret de tempteig en peu de guerra, una vegada consumada la transmissió onerosa, mitjançant l'atribució d'una facultat d'origen legal al titular del dret, fonamentada en raons de política legislativa, i una càrrega correlativa a l'adquirent per imperatiu legal.

Les modalitats de retracte legal més conegudes i amb més impacte en el tràfic jurídic immobiliari i notarial són: a) arrendatíci urbà i rústic (article 25 de la LAU de 1994, article 22 de la LAR i article 623-27 del CCC), b) de comuners (article 1518 del CC i articles 552-3 i 556-10 del CCC), confrontants (article 1523 del CC i article 568-16 del CCC), c) hereus (article 1067 del CC i article 463-6 del CCC), d) dret de torneria d'Aran

(article 568-21 del CCC), e) nu propietari sobre la quota usufructuària (article 561-10 del CCC) i el privilegiat de l'Administració de la Generalitat a Catalunya en execucions hipotecàries (article 2 del Decret llei 1/2015, de 24 de març) i transmissions d'habitatges en zones tensionades (article 2.2.1 del Decret 1/2025, de 24 de març).

El retracte arrendatíci urbà té un abast objectiu més limitat en quedar circumscrit el retracte a la compravenda i quedar fora la dació en pagament, inclosa abans als articles 63 i 64 de la LAU de 1964, considerada a més com un subrogat del compliment i no com una venda (RRDSGFP de 10 de desembre de 2007 i de 10 de juny de 2020 i les STS de 21 d'octubre de 2005 i de 19 d'octubre de 2006).

El retracte de comuners i confrontants és aplicable a altres formes de transmissió onerosa com la dació en pagament o la permuta, excloent-hi sempre l'aportació de béns a la societat o successió universal de societats (STS de 27 de maig de 2000 i d'1 d'abril de 2015). El retracte arrendatíci rústic comú engloba negocis d'un espectre

ampli, i inclou, fins i tot, els gratuïts com la donació (article 22.1 de la LAR).

Quant al seu concepte, la Sentència de 4 de febrer de 2008 declara que pot ser definit com el dret que per ministeri de la llei tenen certes persones i en determinades situacions per adquirir la cosa que va ser objecte d'un contracte de compravenda.

Tradicionalment, s'ha discutit sobre la naturalesa real del retracte sobre una interpretació estàtica dels drets reals acudint als seus trets prototípics. En aquest punt, si bé és cert que el retracte legal no atorga un poder directe i immediat sobre la cosa, exercible *erga omnes*, concorrent els seus pressupòsits legals, institueix una prerrogativa a qui retreu per fer efectiu el seu dret davant de qualsevol tercer adquirent, inclòs l'investit de la protecció de la pública registral de l'article 34 de l'LH, que decau en l'exercici del retracte.

El Tribunal Suprem, a les sentències de 22 de maig de 1996 i 153/2020, de 5 de març, ha reconegut la seva naturalesa real, així com la doctrina civilista més autoritzada.

Així, com raona PEÑA, el retracte té fins i tot més força que altres drets reals, ja que «té efectes davant dels tercers adquirents que hagin inscrit el seu dret al Registre de la Propietat (cfr. article 37 de l'LH), la qual cosa com-mou els principis hipotecaris i soscava la seguretat en fer excepció de l'article 34 de l'LH.»¹

Destaca l'STS de 27 de setembre de 1962 quan proclama que el retracte «opera al marge o fora del comerç o tràfic dels titulars d'aquell dret, de caràcter absolut, que en el seu joc autònom es desenvolupa fora de l'àmbit de la legislació hipotecària amb una publicitat imposada per la mateixa llei que el crea, fins i tot davant de tercers que hagin inscrit els títols dels seus drets respectius d'acord amb els preceptes de llei hipotecària mateixa, és a dir, que en aquests supòsits no opera l'article 34 de la Llei hipotecària».



1 BERNALDO DE QUIRÓS, M. P. (2001). «Derechos Reales. Derecho Hipotecario», tom 1, 4a ed., Madrid: Centro de Estudios Registrales.



La limitació del *ius disponendi* derivada del retracte constitueix una càrrega real i imperativa de naturalesa pública, instituïda per ministeri de la llei, que no requereix inscripció registral per tenir eficàcia davant de tercers. La funció que exerceix d'ordinari el sistema registral en el tràfic jurídic davant de tercers l'exerceix la mateixa Llei.

La Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (d'ara endavant, la DGSJFP) es pronuncia en la mateixa línia, i afirma a la Resolució de 30 d'abril de 2003 que «L'article 37 de la Llei hipotecària estableix que el retracte es dona davant de tot tercer adquirent, encara que no consti en el Registre la causa de resolució del dret, i, en conseqüència, enerva el principi de fides publica».

Sobre el seu contingut, apunten DIEZ PICAZO Y GULLÓN² que «el tempteig faculta per adquirir una cosa abans que un altre, pagant el preu que aquest donaria. Limita el ius possidendi del propietari, però només en el sentit que no és lliure per vendre a qui vulgui. El tempteig opera abans de l'alienació projectada, el retracte faculta per adquirir la cosa després d'alienada, i de mans de l'adquirent».

La doctrina del Tribunal Suprem (per totes, l'STS de 2 d'abril de 1985) i la mateixa DGSGJFP (RDGRN de 25 de juliol de 2019) imposen l'aplicació i la interpretació restrictiva de la figura del retracte legal per la càrrega pública que representen per al dret de propietat i la llibertat de contractació.

Els efectes del retracte han estat classificats dicotòmicament per la doctrina en resolutoris o subrogatoris. El Tribunal Suprem proclama a l'STS de 27 de juny de 2000 que el retracte «*produceix com a efecte el canvi subjectiu de l'adquirent, sense que afecti el transmissor*». D'aquesta manera, qui retreu se subroga en tot moment, *ope legis*, en la posició contractual de l'adquirent i porta causa jurídica com a causahavent d'aquest, no del transmissor.

En tot cas, el debat sobre els efectes subrogatoris o resolutoris queda matissat per una doctrina jurisprudencial que, a mode de *teritum genus*, conclou atorgant al retracte, més que conseqüències subrogatòries, el caràcter de «*venda forçosa per part del comprador a qui retreu*» (STS 94/2008).

Els drets de tempteig i retracte es configuren doctrinalment com a drets d'adquisició preferent, limitatius del ius disponendi, sobre cosa aliena

Per al naixement del dret de retracte legal és imprescindible que la venda estigui consumada (títol i mode), ja que altrament hi haurà manca de legitimació *ad causam*, i que qui retreu en conegui suficientment, de forma precisa, clara i completa les seves condicions principals, sense que sigui suficient la mera notificació de la venda al titular del dret de retracte (STS de 14 de novembre de 2002 i 509/2013 de 22 de juliol de 2013).

L'STS 198/2009, de 18 de març de 2009, a propòsit del moment en què es consuma la venda amb naixement simultani del dret de retracte legal, l'exercici del qual dependrà de l'inici del *dies a quo* del termini de caducitat, declara que «*el fet determinant del naixement del dret i de l'inici del termini per exercir l'acció és la venda entesa com a acte d'alienació o translatiu de domini, és a dir, entesa com a venda consumada i no merament perfeccionada*».

Sobre aquest particular s'ha de partir de la coneguda i reiterada doctrina del Tribunal Suprem, segons la qual el coneixement de la venda, perquè serveixi d'obertura del termini de caducitat abans del *dies a quo* marcat per la llei (inscripció registral per al de comuns ex article 1522 del CC o notificació de la venda per a l'arrendatari

ex article 25 de la LAU), exigeix un coneixement cabal i complet de la venda i les condicions essencials, inclòs el preu i «*tots els pactes i condicions de la transmissió, perquè els interessats puguin decidir si exerceixen el retracte sense que sigui suficient la mera notícia d'aquesta*» (STS 509/2013, de 22 de juliol, i 198/2009), abans d'aquests moments fixats legalment.

Sobre la necessitat o no de consignar el preu de la venda com a requisit d'admissibilitat de la demanda en exercici de l'acció real de retracte, el Tribunal Constitucional, en Sentència 115/2015, de 8 de juny, a més de suavitzar amb abast general la forma de complir aquest requisit, allibera el demandant que retreu d'aquesta consignació, i és exigible únicament, en aplicació de l'article 266.2n de la LEC, com a pressupòsit processal d'admissió de la demanda, quan s'«*exigeixi per llei o contracte*» (a diferència de l'article 1618.2 de la LEC de 1881, que ho exigia sense distinció per a qualsevol retracte).

Així, i seguint aquest criteri, els retractes legals no imposen en la seva regulació legal cap consignació del preu, sinó reemborsament del preu de la venda i de les despeses. Segons l'STC 127/2008, de 27 d'octubre, la consignació del preu de la venda es configura «*no com a requisit per a l'admissió a tràmit de la demanda, sinó com a requisit substantiu per a l'exercici del dret de retracte, és a dir, una vegada obtinguda la sentència estimatòria*».

Això no obstant, el Tribunal Suprem, a una doctrina censurable científicament hereva de la LEC de 1881, manté l'aplicació d'un pressupòsit superat (per totes, les STS de 4 de novembre de 2008, de 19 d'octubre de 2005, i 277/2021, de 10 de maig) i declara la caducitat de l'acció en cas que no es consignin de forma coetània o prèvia a la demanda (en què encara no es coneix, a més, l'òrgan judicial de destinació, cosa que fa difícil

2 DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO (1989), *op. cit.*, p. 594.

l'operació) el preu de la venda o operació anàloga admesa.

Això no obstant, en data recent, s'ha dictat l'STS 1834/2025, de 12 de desembre, que, amb cita de l'STC 127/2008, de 27 d'octubre, acull, *obiter dicta* i indirectament, el criteri del tribunal de garanties sobre la innecessarietat de la consignació judicial amb la presentació de la demanda.

La jurisprudència menor està dividida, i cal recordar el caràcter vinculant de les resolucions del Tribunal Constitucional per mandat de l'article 5.1 de la LOPJ.

En un altre ordre de coses, no és procedent l'adquisició forçosa *ex re tractu* de comuners una vegada dissolt el proindivís mitjançant Sentència després de l'exercici de l'acció de divisió de cosa comuna, ja que haurà cessat la comunitat fonament del retracte (STS 153/2020, de 5 de març de 2020).

Pel que fa a la finalitat d'aquest tipus de retracte, l'STS de 4 d'abril de 2016 declara que «la jurisprudència ha ressaltat la funció del retracte de comuners "per evitar tan com sigui possible el fraccionament de la propietat en porcions o quotes ideals"» a fi d'«evitar en la mesura del possible el fraccionament de la propietat en porcions o quotes ideals» (STS 1143/2007, de 22 d'octubre).

La finalitat, per la seva banda, del retracte arrendatí, reconegut per primera vegada a la LAU de 1946, rau en raons de política legislativa social que permetin als arrendataris l'estabilitat en el seu habitatge i l'accés a la propietat del que era el seu centre de residència i el nucli vital de desenvolupament. La norma pretén, com afirma SÁNCHEZ JORDAN, tutelar els interessos de l'inquilí intentant facilitar-li l'accés a l'habitatge (a més, en el cas de la LAU de 1964, subjecta a pròrroga forçosa, per evitar que l'arrendador eludís els efectes de la pròrroga mitjançant una venda simulada o fraudulenta a un tercer).³

Finalment, l'adquisició de la propietat derivada de l'exercici del dret de retracte, segons la doctrina del Tribunal Suprem (STS de 14 de gener del 2015), es produeix amb la consignació del preu de la venda i despeses de l'article 1518 del CC, sense necessitat de *traditio*, ja que l'efecte adquisitiu queda «*embegut en la pròpia consumació*» i «*la funció translativa que s'infereix del contracte de compravenda originari realitzat per l'arrendador, en l'estructura i l'eficàcia del qual, també la translativa, se subroga qui exerceix el seu dret*».

2. Formes d'exercici del dret de retracte legal

El retracte legal, com qualsevol altre dret real d'origen legal, es pot constituir *extrajudicialment*, és a dir, de forma voluntària, mitjançant pacte o acord entre les parts (com passa, per exemple, amb altres drets reals d'origen legal, com l'usdefruit, les servituds o la hipoteca) o bé *judicialment*, després del corresponent procediment judicial.

A la pràctica, sense que puguem donar dades estadístiques, és evident que la forma més freqüent d'exercir aquests drets és, precisament, l'extrajudicial, ja que, com que es tracta d'un dret reconegut per la llei, l'oposició a aquest resulta normalment perjudicial, per ser estèril, ociosa i costosa, excepte les excepcions de caducitat per coneixement previ de la venda o transmissió i consignació del preu segons la doctrina del Tribunal Suprem que s'ha indicat abans.

Per tant, cal diferenciar clarament aquestes dues formes d'exercici:

- **Exercici extrajudicial i acció personal:** Requereix l'acceptació o el consentiment de la part retreta i, una vegada produïda aquesta acceptació o sotmetiment al retracte, ja no és aplicable el règim legal del retracte (ni s'aplica per a la seva execució el termini de caducitat ni es necessita la consignació),

sinó que es tracta d'un acord o conveni que entra ja en l'àmbit del que és contractual i, per tant, es regeix per les regles generals d'obligacions i contractes (capacitat, forma, interpretació, etc.), i es perfecciona una compravenda en execució extrajudicial del retracte (article 621-1 del CCC i article 1450 del CC).

Així, quant al pagament del preu del retracte, regeixen les regles generals del pagament i, en particular, les especials del pagament del preu de la compravenda (article 1445 del CC i article 621-1 i seg. del CCC). De la mateixa manera, regeix el principi de compliment simultani en el compliment de les obligacions recíproques.

Dins d'aquest exercici extrajudicial del retracte es poden distingir dues fases o etapes pròpies de la dinàmica obligacional: 1) la fase de perfecció o naixement del contracte, mitjançant el consentiment (concurs d'oferta i acceptació), i 2) la fase de consumació o execució del contracte, que consisteix en la materialització de les prestacions respectives, en aquest cas, el pagament del preu i l'atorgament de l'escriptura en execució del retracte.

Com en qualsevol contracte, si una de les parts no compleix, l'altra té acció personal per exigir el compliment en forma específica, que, com bé diu la jurisprudència del Tribunal Suprem (STS de 17 de juny de 1997 i 180/2009, de 27 de març), «és completament diferent de l'acció de retracte» i troba el seu fonament en els articles 1124 i 1096 del CC, amb base a l'incompliment morós, culpós o dolós de qui retreu o del retret (freqüentment del

³ Disponible a https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2009-13



retracte), o correlatiu article 621-37.1.a) del CCC.

El termini per a l'exercici de l'acció personal de compliment o resolució contractual del contracte de compravenda perfeccionat en execució extrajudicial del retracte se sostreu del propi de caducitat de l'acció real i queda subjecte a un termini de prescripció de cinc anys de l'article 1964 del CC o de tres anys de l'article 621-44 del CCC, segons el Dret civil aplicable.

- **Exercici judicial i acció real:** Té lloc per l'exercici de l'acció real de retracte en el procediment judicial corresponent.

És en aquest àmbit on s'aplica estrictament el règim legal del retracte, previst a la regulació del Codi civil, articles 1521 i seg., en particular, el termini de caducitat de 9 dies (article 1524 del CC) i reemborsament del preu i les despeses (article 1518 del CC), o el règim corresponent de l'article 25 de la LAU o norma sectorial o territorial que institueixi alguna fórmula de retracte legal.

Quant a la necessitat de consignació o no, en cas d'exercici extrajudicial o judicial, hem d'aclarir el següent:

El requisit de consignació no és exigible a l'exercici *extrajudicial* del retracte; és més, actualment, ja ni tan sols és exigible en l'exercici judicial d'aquest dret, segons la jurisprudència del TC —vinculant— que hem exposat detalladament.

Tampoc no és exigible per a l'èxit de la demanda de compliment contractual després de l'acceptació de l'exercici extrajudicial de l'acció i incompliment d'alguna de les parts (a pagar el preu o a lliurar el bé o altres obligacions accessòries), en ser un requisit que s'ha de complir una vegada dictada la Sentència estimatòria en execució d'aquesta, després de l'atorgament d'escriptura pública de forma simultània al lliurament de la cosa mitjançant

qualsevol mitjà hàbil per al pagament o altra forma de compliment o extinció de les obligacions admesa en Dret o pactada entre les parts.

El retracte legal, com qualsevol altre dret real d'origen legal, es pot constituir extrajudicialment, és a dir, de forma voluntària, mitjançant pacte o acord entre les parts (com passa, per exemple, amb altres drets reals d'origen legal, com l'usdefruit, les servituds o la hipoteca) o bé judicialment, després del corresponent procediment judicial

Totes dues formes d'exercici del retracte (extrajudicial i judicial) són compatibles, si bé, com és lògic, una vegada que prosperi o arribi a consumir-se'n una, l'altra decau per manca d'objecte i sentit, mitjançant una acumulació d'accions objectiva de naturalesa subsidiària o eventual (article 71.2 de la LEC).

El *petitum* de l'acció personal consistirà en el fet que es condemni la part incomplidora a pagar el preu (qui retreu) o lliurar el bé (retracte), amb atorgament, en cas de no haver-se fet, d'escriptura pública en execució del retracte perfeccionat extrajudicial, més la petició accessòria de danys i perjudicis de l'article 1101 del CC (freqüentment lucre cessant) i els fruits de la cosa (articles 1095 i 1468 del CC).

De la mateixa manera, es pot instar, amb caràcter principal, no el compliment, sinó la resolució del contracte (article 1124 del CC i article 621.42 del CCC), amb requeriment notarial

previ (article 1504 del CC i article 621.54 del CCC).

L'acció real, com a dret d'adquisició preferent, només impetrarà la declaració del dret real de retracte i la condemna a atorgar escriptura pública al retracte, amb facultat de suplir la seva voluntat en via executiva a través de l'article 709 de la LEC mitjançant el dictat d'una Interlocutòria executiva i posterior manament d'inscripció al Registre de la Propietat, que farà de títol notarial translatiu, o fins i tot el dictat, més convenient, d'un Decret d'adjudicació en execució del retracte (idea suggerida per aquest autor perquè s'inclouï en una reforma eventual de l'article 709 de la LEC).

3. Acceptació de l'exercici extrajudicial de l'acció real de retracte: perfecció de compravenda per actes expressos o concloents de l'adquirent

Hem de posar especial èmfasi, per la seva transcendència, en el fet que, com a conseqüència de l'acceptació del retracte, i seguint la doctrina del Tribunal Suprem declarada a l'STS de 17 de juny de 1991, «*en aquesta controvèrsia no es pot discutir l'exercici extemporani d'una acció de retracte, sinó només si la compradora ha de complir el que s'ha acordat (...) amb els actors que retreuen, en altres paraules, s'està davant de l'exercici d'una mera acció de caràcter personal*».

En la regulació del retracte legal (tant en el de copropietaris com en altres modalitats d'aquest dret) i en la jurisprudència recaiguda sobre aquesta institució no hi ha cap impediment perquè aquest dret es pugui exercir i fer-se efectiu de forma *extrajudicial*. Per contra, la jurisprudència del TS ha reconegut reiteradament la plena validesa i eficàcia d'aquesta forma d'exercici (com passa, amb tota evidència, en la constitució d'altres drets reals quan tenen origen legal, com l'usdefruit, les servituds, la hipoteca, etc.).

L'exercici o la constitució judicial d'aquests drets només té lloc si, prèviament, no hi ha hagut acord entre



els particulars afectats pel mandat o el disegni legal.

En concret, amb relació al retracte, una vegada rebut el requeriment extrajudicial corresponent que conté la declaració de voluntat sobre l'exercici del retracte, el retret disposa de dues opcions: acceptar-lo, i sotmetre's o aplanar-s'hi —com s'esdevé en el cas que ens ocupa—, cas en que neix una acció *personal*, diferent de la de retracte, per exigir el compliment del que s'ha convingut, o rebutjar de forma expressa o tàcita (per silenci) aquest exercici, i abocar, en aquest darrer cas, el que retreu a l'exercici judicial, amb la interposició de l'acció *real* de retracte.

L'eficàcia jurídica de l'exercici extrajudicial del retracte, com no pot ser d'una altra manera, ha estat reconeguda i consagrada per una doctrina consolidada del Tribunal Suprem, entre la qual cal destacar molt especialment l'STS de 17 de juny de 1997 (RJ 1997, 5413, Ponent Antonio Gullón Ballesteros), que proclama literalment el següent:

«Ara bé, si el comprador retret consent en el retracte exercit per qui retreu dins del termini, aquell dret es pot considerar exercit i consumat, i neix per al segon acció per exigir el compliment del que s'ha convingut, que és, per tant, completament diferent de l'acció de retracte. Si, per contra, el retret guarda silenci o s'oposa a les pretensions de qui retreu exercides en via extrajudicial, no es

pot afirmar de cap manera que el dret de retracte s'ha exercit en termini legal, i que l'acció corresponent del que retreu no està subjecta al termini de caducitat establert legalment.»

Aquesta doctrina ha estat reiterada en altres Sentències del TS, com les STS 804/1998, de 27 de juliol de 1998, 151/2004, de 3 de març de 2004 (RJ 2004, 809), 180/2009, de 27 de març de 2009, i 277/2021, de 10 de maig del 2021 (Rec. 3163/2018).

Recollint aquesta doctrina jurisprudencial (i amb cita expressa a la capital STS de 17 de juny de 1997, abans transcrita, i a l'STS de 27 març de 2009), mereix també ser destacada l'RDGSJFP de 30 de maig, que diu el següent:

«I és que, com encertadament es posa en relleu en l'escrit de recurs, res no impedeix que el comprador davant del qual s'exerceix el retracte reconegui l'existència del dret i s'aplani a la pretensió d'exercir-lo del seu titular. Si, coneguda la venda, el titular del retracte anuncia la seva intenció d'exercir-lo i el comprador s'hi avé, aquest últim queda vinculat i ja no podrà anar contra els seus propis actes (ningú dubtaria de la virtualitat i plens efectes d'un aplanament en aquests termes en seu judicial i en el curs d'un procediment tendent a declarar aquest dret d'adquisició preferent)».

Quant a la manera d'exercir el retracte extrajudicialment i la forma, així mateix, de l'acceptació o aplanament

a aquest, com que es tracta d'actes de naturalesa *contractual*, regeix el principi de llibertat de forma establert per l'article 1278 del CC, en relació amb els articles 1258 i 1261 del CC.

En aquest sentit, l'RDGRN 6109/2016, de 30 de maig, abans esmentada, declara que «L'aplanament del comprador a la pretensió de retreure no requereix una forma "ad solemnitatem", sinó que preval el principi general de llibertat de forma de l'article 1278 del Codi civil (LEG 1889, 27). Si hi ha acord entre qui retreu i el comprador, hi ha adquisició en exercici del retracte. Seria realment curiós que la venda d'un immoble efectuada en document privat i, fins i tot, de paraula fos vàlida i, en canvi, l'aplanament al retracte requerís una forma especial».

Així mateix, sobre la base dels articles 1258 i 1278 del CC, que consagren el principi espiritualista i de llibertat de forma, rectors del nostre sistema contractual, concorren els pressupòsits o requisits exigits per l'article 1261 del CC per a l'existència de contracte, és a dir: consentiment dels contractants, objecte cert que sigui matèria del contracte i causa de l'obligació que s'estableixi.

El consentiment, per a la perfecció de la compravenda, pot ser exprés o tàcit, mitjançant actes concloents dels quals derivar de manera rotunda la prestació del consentiment.

L'apreciació del consentiment a través d'actes concloents és conforme a la doctrina consolidada del Tribunal Suprem, segons la qual «la declaració de voluntat generadora del negoci jurídic no és necessari que sigui explícita i directa, però és imprescindible que la tàcita es derivi d'actes inequívocs que la revelin sense que se li pugui atribuir un altre significat, la valoració del qual correspon a l'arbitri dels Tribunals segons les circumstàncies que concorrin en cada cas» (STS 257/1986, de 28 d'abril).

En la mateixa direcció, reconeixent eficàcia consensual expressiva als actes concloents, hem de citar les STS de 27 de maig, de 23 d'octubre de 2008, de 13 i 28 de maig de 2009, entre moltes d'altres.



Per citar l'acte més cridaner en el repertori jurisprudencial, l'encàrrec de redactar l'escriptura per part de la part retreta a la notaria designada per aquesta (a qui ha facilitat totes les dades del contracte de compravenda en execució del retracte acceptat), la citació per part d'aquesta, amb assenyalament del dia i l'hora per atorgar aquesta escriptura pública, i la seva compareixença mateixa a aquest efecte constitueixen, de forma notòria i categòrica, un acte concloent del consentiment contractual, apte per expressar inequívocament la voluntat interna de subscriure aquest contracte.

És pertinent portar a col·lació la doctrina sobre els actes propis, especialment aplicada per la jurisprudència del TS en cas d'exercici extrajudicial del retracte.

Així, l'STS 4289/1997, de 17 de juny de 1991, proclama que «*És contrari a la bona fe que la societat compradora acudeixi al termini legal d'exercici de l'acció de retracte per negar l'acció dels que retreuen, quan va acceptar, a través de la persona interposada, que obrava en el seu interès i pel seu compte, ho repetim, el seu exercici extrajudicial. Apareix ara, per defraudar els que retreuen, com si res no hagués tingut a veure en l'intercanvi de requeriments entre ells i la venedora.*».

Produïda l'acceptació de la compravenda en execució del retracte, la negativa al lliurament dels béns immobles o de signatura d'escriptura pública com a forma de *traditio* instrumental, si així s'hagués pactat com a condició essencial, constitueix causa d'incompliment contractual, emparada en el dol o mala fe de la retreta, o de mora amb rellevància jurídica, quan l'endarreriment en el lliurament del bé (amb termini fixat o subjecte a la regla del compliment simultani) produeixi la frustració del contracte (STS 247/2018, de 25 d'abril de 2018), la manca de lliurament en el termini fixat impliqui convencionalment la resolució contractual (STS 3802/2015, de 28 de juny de 2015), estigui subjecta a termini essencial exprés o tàcit (STS

220/2016, de 7 d'abril) o el mer transcurs del temps, fins i tot sense aquestes condicions, justifiqui que el creditor, d'acord amb la regla de la bona fe, no hagi de quedar vinculat contractualment (STS de 25 de maig de 2016).

Pel que fa al concepte de dol o mala fe en l'incompliment contractual, cal partir de la seva consideració com a conducta o actuació conscient, deliberada i maliciosa, destinada a impedir el compliment del que s'ha acordat.

L'eficàcia jurídica de l'exercici extrajudicial del retracte, com no pot ser d'una altra manera, ha estat reconeguda i consagrada per una doctrina consolidada del Tribunal Suprem

El dol és la «*negativa conscient, directa i injustificada del deutor*», diu l'STS de 15 de juliol de 1983, i afegeix l'STS de 23 d'octubre de 1984 que hi ha dol «*quan la transgressió es va produir voluntàriament i, per tant, amb plena consciència de l'antijuridicitat de l'acte*».

Un cop perfeccionada la compravenda per concurs d'oferta i acceptació sobre el preu i la cosa (articles 1265 i 1450 del CC), el compliment de l'obligació de pagament del preu per part de qui retreu convertit en adquirent no està subjecte a cap termini de caducitat ni s'ha de fer en cap moment peremptori, i regeix el termini pactat en aquesta compravenda perfeccionada i, si hi manca, la regla del compliment simultani de les obligacions recíproques.

El que no és procedent és la fixació de data i hora per a l'atorgament d'escriptura pública per part de l'adquirent retret amb condicions inexigibles legalment, particularment l'establiment unilateral (o novació) de la data del pagament del preu i les despeses de la transmissió prèvia en el termini de caducitat peremptori de

cada modalitat de retracte legal, abans del lliurament de la cosa.

El lliurament pot tenir lloc de manera material, instrumental amb la *traditio* de l'article 1462 del CC o convencional de l'article 1463 del CC. Al Dret Civil Català, la *traditio* està regulada de manera similar a l'article 531-4 del CCC.

Acceptat el retracte, queda sense efecte qualsevol termini de caducitat del dret real de retracte i el pagament del preu s'ha de fer conforme al règim del nostre dret d'obligacions, en el termini pactat o mitjançant la màxima del compliment simultani de les obligacions recíproques.

Així, per al freqüent cas que, exercit extrajudicialment el retracte, la part retreta es limiti a acceptar-ho, havent-hi concurs d'oferta i acceptació de preu i cosa, però sense fixació de data de pagament del preu, aquest s'ha de dur a terme en el moment del lliurament de la cosa. En aquest punt, resulten meridians l'article 631-32 del CCC i l'article 1500 del CC quan estableixen que, si no s'hagués fixat un termini per al pagament, s'ha de fer «*en el temps i el lloc en què es faci el lliurament de la cosa venuda*».

En la dimensió del venedor i en el mateix sentit, tot i que en el pla invers, el venedor ha de lliurar el bé en el termini fixat, i si no hi ha pacte d'un termini, sense dilació indeguda (article 621-13 del CCC).

El lliurament de la cosa venuda pot ser, en cas de termini convencional, previ o posterior al pagament del preu i, supletòriament, simultani a aquest pagament, sense que hi hagi obligació de lliurament sense pagament del preu (article 1466 del CC).

Això no és incompatible amb acordar l'obligació de pagament del preu en el termini pactat contractualment com a condició suspensiva o resolutòria del contracte de compravenda (article 1504 del CC i 621-54 del CCC) o la convenció de pagament de preu ajornat o subjecte a termini (article 1467 del CC).

4. Caducitat de l'acció real de retracte després de la LOMESPJ: rellevància del requeriment (202 de l'RN) i conciliació notarial com a forma d'exercici extrajudicial del retracte i de compliment del MASC

La LO 1/2025, de 2 de gener, de mesures en matèria d'eficiència del servei públic de justícia (d'ara endavant, la LOMESPJ), ha sacsejat amb força els fonaments de la nostra estructura judicial mitjançant la creació dels Tribunals d'Instància, en la que es pot qualificar com la reforma de major importància de la nostra planta judicial des de la seva creació per la Llei del Poder Judicial de 15 de setembre de 1870.

Juntament amb aquest replantejament radical i sistèmic dels pilars de l'organigrama judicial, que no desenvoluparem amb més detall perquè no és objecte d'aquesta obra (i per raons de concisió), la LOMESPJ ha originat un veritable tsunami en el nostre procés civil per mitjà de la implantació dels mètodes adequats de solució de controvèrsies (d'ara endavant, MASC) com a requisit preceptiu (amb excepcions) per a l'accés a la jurisdicció, i el configura com un requisit de procedibilitat (article 5.1 de la LOMESPJ i article 403.2 de la LEC).

Els MASC ordinaris o típics regulats a la reforma són els següents: negociació directa entre les parts o advocats, mediació privada, conciliació pública o privada, oferta vinculant (mereix certs matisos en no ser un MASC en sentit propi), dret col·laboratiu i dictamen d'expert independent.

Juntament amb aquests MASC, cal activar igualment qualsevol altre disposat per lleis sectorials o autonòmiques (article 2 de la LOMESPJ), cosa que instaura un sistema obert de MASC, però subjecte a reconeixement legal, tal com apunta CALAZA LÓPEZ⁴.

Els MASC, d'empremta anglosaxona, han transmutat completament la

forma de concebre el procés civil i han introduït un canvi de paradigma que obliga a reformular tot l'engranatge processal, no només pel que fa a l'innovador requisit d'accés al procés a través d'una fase extrajudicial preceptiva, sinó, especialment, per l'impacte que aquesta fase té posteriorment en el règim de costes processals.

Com ha apuntat certa doctrina (GÓMEZ LINACERO⁵ i AMCHÓN BRUÑEN), la imposició, *manu militari*, de la negociació, constitueix un oxímoron contrari a la naturalesa consensual que inspira qualsevol tipus d'acord. Això s'agreuja encara més si després de la negociació s'erigeix l'amenaça expectant de l'espasa de Dàmocles per castigar a aquell que, segons criteris indeterminats que ara examinarem, no arribi a acords o decideixi no negociar.

Essent així les coses, la principal objecció abocada sobre els MASC és que no hi ha la menor seguretat jurídica en la interpretació i aplicació dels pressupòsits d'accés al procés en venir construïts sobre una amalgama confusa de figures i supòsits fonamentats en nocions indeterminades, germen idoni de la discrecionalitat judicial, agreujat després de l'aparició de múltiples Acords i resolucions, no només de les Juntes de Jutges de 1a Instància i LAJ, sinó també d'Audiències Provincials, cadascuna amb el seu criteri, amb què es consolida un insuportable regne de taifes contrari al caràcter estatal del Dret processal.

Doncs bé, una de les transformacions principals operades per la LOMESPJ, desapercebuda malgrat el seu enorme impacte, és l'alteració de les regles històriques de la caducitat, en establir per primera vegada en el nostre Dret comú la suspensió del termini de caducitat després de la formulació del corresponent MASC privat, cosa que resulta aplicable, entre d'altres drets, als drets de retracte legal (juntament amb altres canvis rellevants en matèria

de prescripció que no correspon examinar aquí).

En altres Drets civils especials, com el Català, el termini de caducitat per a l'exercici de drets subjectes a aquesta ja tenia prevista la suspensió. Així, l'article 122-3 del CCC disposa que el termini de caducitat se suspèn «*d'acord amb allò establert pels articles 121-15 a 121-19 del CCC, o per acord exprés entre les parts*», remissió a la regulació de la interrupció de la prescripció que preveu expressament la força major, raons familiars i la mediació (d'acord amb l'article 7 de la Llei 5/2012, de 6 de juliol), com a forma interruptiva de la prescripció i, també, per aquesta remissió, suspensiva de la caducitat.

Doncs bé, la interpretació conjunta del paràgraf primer i tercer de l'article 7.1 de la LOMESPJ condueix a fixar les fites següents en el còmput dels terminis de la prescripció i caducitat:

- La caducitat i la prescripció se suspenen i interrompen des de la data de recepció del MASC (de qualsevol tipus) o des de la data de l'intent de comunicació (a través de les presumpcions de recepció).
- Els terminis es reprenen o reinicien passats trenta dies des d'aquesta recepció o intent, si no es manté una primera reunió (sense precisar com determinar aquesta dada) o des de la finalització de les negociacions sense acord (article 10.4 de la LOMESPJ).

La doctrina jurisprudencial anterior a la reforma, que ubicava tant la interrupció com la seva represa en la data de remissió de la reclamació extrajudicial interruptiva (que havia de ser receptícia, o amb presumpció de ser-ho, quan el destinatari no col·laborés), era substancialment més objectiva que el nou escenari resultant de la reforma.

4 CALAZA LÓPEZ, S. (2022). Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias. Cuanta más desjudicialización, mejor. *Actualidad Civil*. Núm. 6.

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



Què passarà, d'altra banda, en aquells terminis de caducitat, com ara el retracte de copropietaris, de curta durada, en què no hi haurà temps d'acreditar la recepció del MASC o intentar diverses remissions per presumir la recepció? N'hi haurà prou amb un únic burofax? Un requeriment notarial frustrat? Entenem que sí i, en aquests casos, s'haurien d'evitar els mitjans no fefaents (tret d'estipulació contractual) o utilitzar-se només com a complement dels fefaents tradicionals.

Exposat això, ens trobem davant de la tasca de determinar si l'intent de negociació, per ser-ho i poder suspendre o interrompre els terminis substantius d'exercici de les accions, ha de ser receptici i d'acreditació per mitjà fefaent.

Acudint a la millor doctrina, i amb cita de DÍEZ-PICAZO i PUIG BRUTAU, l'«acte interruptiu és un acte receptici, en el sentit que ha d'adreçar-se al subjecte passiu del dret la prescripció del qual s'intenta interrompre. És una declaració receptícia en el sentit que ha d'adreçar-se al subjecte passiu, però sense necessitat de demostrar que ha arribat al seu coneixement dins del temps hàbil. En efecte, no pot dependre de la recepció perquè altrament seria tant com deixar a l'arbitri de l'afavorit amb la prescripció l'eficàcia de la interrupció d'aquest procés. En definitiva, l'article 1973 del CC —EDL 1889/1— no exigeix citació o l'arribada efectiva al deutor del requeriment del creditor».

Hem d'aplicar, per tant, la doctrina ja vista sobre la presumpció de recepció, i això partint de la base de la major conservació de drets, per la qual cosa l'acte d'interrupció de la prescripció, segons la doctrina consolidada del Tribunal Suprem, no ha de ser forçosament receptici, ja que altrament la pervivència dels drets i la seguretat jurídica, fonament de la prescripció, dependrien de la voluntat de la part requerida de forma indeterminada i indefinida.

Així, de manera particular, l'STS 136/2007, de 6 de febrer, admet que la reclamació adreçada a l'adreça correcta, però no lliurada per causes alienes al destinatari, té eficàcia interruptiva. En aquesta mateixa línia es pronuncia la SAP de Madrid, Secció 20a, de 13 de maig de 2015.

Els requisits generals que ha de reunir la reclamació extrajudicial per interrompre la prescripció (aplicables ara també a la caducitat) es contenen, per la seva exhaustivitat, per totes, a l'STS 142/2020, de 2 de març.

El mitjà electrònic, d'altra banda, ja estava admès per l'STS 704/2016, del 25 de novembre.

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

A més a més, atès que la caducitat i la prescripció, sobre les quals no aprofundirem (ens remetem a les obres de GÓMEZ CORRALIZA⁶ sobre la primera i a la d'ALBALADEJO⁷ sobre la segona), són d'interpretació restrictiva a favor de la conservació de drets, les reclamacions o intents de negociació que compleixin amb les condicions bàsiques s'haurien de considerar aptes per interrompre o suspendre la prescripció i la caducitat, respectivament.

En tot cas, el precepte transcrit a dalt dona una mica de llum sobre el particular quan disposa que el termini es reprendrà o reiniciarà «des de la data de l'intent de comunicació, si aquesta recepció no es produeix».

És a dir, n'hi haurà prou, per tant, de provar, en l'eventual procés en què s'excepcioni per la demandada

la prescripció o la caducitat del dret, o sense aquesta excepció, en el cas de la caducitat, que en el seu dia es va intentar la comunicació extrajudicial sobre el dret en lliça (amb un mínim de serietat i possibilitat de coneixement del reclamat, esgotant també totes les vies per presumir-ne la recepció).

La norma també preveu regles particulars de còmput dels terminis en casos d'intervenció de tercer neutral, mediador o conciliador, en el seu apartat segon, que donem per reproduïdes, atès que es tracten de forma exhaustiva, en pro de la brevetat.

Exposat això, per a l'exercici extrajudicial del retracte legal, amb un termini de caducitat breu (especialment el de copropietaris), la via més eficaç i segura per exterioritzar-lo és el requeriment notarial regulat per l'article 202 del Reglament d'Organització del Règim del Notariat.

A través d'aquest conducte, qui retreu declara unilateralment l'exercici extrajudicial del dret real de retracte, compel·leix l'adquirent a què l'accepti i sol·licita, en alguns casos, de forma coetània a aquesta declaració, la facilitació del títol de venda, especificació del preu i despeses assumides i altres condicions necessàries de l'operació per conèixer-les i exercir amb coneixement de causa el dret (en el retracte arrendaticí, aquest títol de venda ha de ser notificat obligatòriament per l'adquirent ex article 25 de la LAU).

Pel que fa als requisits del requeriment i la comunicació de l'article 202 de l'RN, aquest queda subjecte a la doctrina jurisprudencial i registral sobre el coneixement dels actes de comunicació extrajudicials, i cal acudir en cas de rebuig de la via postal al requeriment notarial presencial, per esgotar tots els mitjans i produir els efectes de la presumpció de recepció.

Resulta paradigmàtica, en un cas, a més, de retracte arrendaticí, l'RDGSJFP de 29 d'agost de 2019,

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

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

segons la qual «*la regulació dels requeriments i notificacions en els àmbits hipotecari i notarial ha d'interpretar-se d'acord amb les exigències dels preceptes constitucionals que garanteixen el dret a la tutela judicial efectiva, en els termes que aquesta és entesa per la jurisprudència del Tribunal Constitucional, i la jurisprudència del qual ha aplicat en diverses ocasions aquest Centre Directiu (Resolucions de 17 de març de 2005, de 17 de setembre de 2012 —sistema notarial—, de 28 de gener i de 3 de juny de 2013 i de 3 d'agost i de 27 de novembre de 2017)*».

D'aquesta manera, i segons l'anterior Resolució, s'ha d'acreditar la recepció, o, altrament, acudir a la reiterada doctrina constitucional i jurisprudencial segons la qual la passivitat o negligència del destinatari en la recepció d'un acte de comunicació extrajudicial per a l'exercici d'un dret no n'impedeix l'eficàcia, i ha de ser el dit destinatari qui provi els motius de la manca de recepció, ja que altrament el compliment dels drets quedaria a la mercè de la voluntat de l'obligat (STC 82/2000, de 27 de març, 145/2000, de 29 de maig, i 6/2003, de 20 de gener, i STS de 17 de setembre de 2010, de 22 de juny de 2022 i de 29 de setembre de 2025), en aplicació, a més, de l'article 1119 del CC.

Conforme als criteris reflectits a la jurisprudència constitucional i civil ressenyada, el nostre Centre Directiu ha sostingut que, a l'efecte de tenir per provada la notificació, s'ha de «*considerar suficient l'acta notarial acreditativa de l'enviament per correu certificat amb avís de recepció del document, sempre que la remissió s'hagi efectuat al domicili designat per les parts, segons el Registre, i resulti del justificant de recepció que l'enviament ha estat lliurat degudament en aquest domicili*» (cfr. Resolucions de 21 de novembre de 1992 i de 14 de maig de 2019).

Això no obstant, quan no s'acredita la recepció, i coneguda pel nostre Centre Directiu la doctrina de la voluntat renuent o esquiva del destinatari, es considera, segons les Resolucions de 16 de desembre de 2013, de 3 d'agost de

2017 i de 14 de maig de 2019 «*que en l'àmbit del Reglament Notarial hi ha una altra forma més ajustada al principi constitucional de tutela efectiva i la doctrina jurisprudencial que assegura, en el major grau possible, la recepció de la notificació per part del destinatari d'aquesta, i amb aquesta finalitat s'han d'extremar les gestions en esbrinament del parador dels seus destinataris pels mitjans normals (vegeu, per totes, la Sentència del Tribunal Constitucional número 158/2007, de 2 de juliol); i que aquesta via és el procediment previst a l'article 202 del Reglament Notarial, de manera que, havent resultat infructuós l'enviament postal, el Notari ha d'intentar fer la notificació presencialment, en els termes que preveu aquest article*».

La negociació la segueix promovent la part, però instrumentalitzada per conducte notarial, sense que hi hagi alteració en l'element subjectiu de la negociació, sinó en el mitjà emprat per a la seva remissió

En un altre ordre de coses, ens hem de plantejar si aquest mateix requeriment pot servir per complir amb el requisit de procedibilitat en el marc de l'exercici de l'acció real del retracte per negativa de l'adquirent a acceptar aquest exercici, i obligar qui retreu a acudir als tribunals.

En aquest punt, la jurisprudència menor recaiguda als tribunals de Barcelona i el mateix Acord adoptat per la Il·lma. Audiència Provincial de Barcelona en matèria de MASC del 31 d'octubre del 2025 exclouen aquesta opció. Així, cal citar l'Acord núm. 5, segons el qual «*és suficient amb manifestar la voluntat de procedir a una negociació voluntària i de bona fe i que es defineixi adequadament l'objecte de la negociació, sense que calgui incloure propostes concretes*

de solució. Excepte en els supòsits que preveu la disposició addicional 7a de la LO 1/2025, la mera reclamació o requeriment de pagament o compliment extrajudicials, amb anunci de l'exercici posterior d'accions judicials, no compleix el requisit de procedibilitat».

Això no obstant, aquest acord s'ha de matisar en el sentit exposat en la recent Interlocutòria de l'AP de Barcelona, Secció 15a, 289/2025, de 21 de novembre, segons la qual si el requeriment va acompanyat d'una «*invitació per negociar*» serà eficaç per complir amb el requisit de procedibilitat. En idèntica direcció es pronuncia la Interlocutòria de l'AP de Huelva, Secció 2a, 5/2026, de 14 de gener.

Més flexible encara és la Interlocutòria de l'AP d'Oviedo 97/2025, Secció 4a, de 25 de juny, que considera suficient una mera reclamació o declaració unilateral del que correspon per respectar les exigències de la negociació directa.

Ara bé, la negociació directa, en la seva configuració legal estricta, es limita, com a subjectes intervinents, segons l'article 10 de la LOMESPJ, als advocats o a les parts, cosa que sembla excloure la facultat notarial en aquesta classe de MASC, tret que s'argumenti que les parts poden fer servir per comunicar la seva intenció d'iniciar una negociació directa el conducte notarial, conclusió que ens sembla totalment encertada.

Aprofitar, per tant, el requeriment notarial en exercici del retracte legal per convidar a una negociació directa (per als tribunals que no considerin suficient una mera reclamació) constitueix una estratègia i una opció legal perfectament legítima i ajustada a Dret. La negociació la segueix promovent la part, però instrumentalitzada per conducte notarial, sense que hi hagi alteració en l'element subjectiu de la negociació, sinó en el mitjà emprat per a la seva remissió (d'un burofax o un correu electrònic a una comunicació notarial).

Finalment, i sens dubte, com a eina més segura i encertada, el recurs a la conciliació notarial dissipa qualsevol



indici de risc de venciment de la caducitat, ja que després de la LOMESPJ, la petició de conciliació notarial, des de la seva presentació, suspèn la caducitat i interromp la prescripció, sense necessitat d'esperar a la recepció o presumpció de recepció de la citació notarial a conciliació, cosa que atorga avantatges evidents de certesa i seguretat jurídica, en remetre's l'article 7.2.d de la LOMESPJ a l'article 143 de la Llei de Jurisdicció Voluntària.

Podria, doncs, unificar-se en un mateix acte el requeriment notarial de l'article 204 de l'LN per a l'exercici extrajudicial del retracte amb una citació a conciliació notarial, i evitar així el risc de caducitat derivat d'altres MASC.

Com ja vam definir en el seu dia, «els Notaris, en aquesta mateixa anàlisi, constitueixen una alternativa amb una preparació molt elevada, amb facultats concedides per conciliar a través d'un tràmit expeditiu que pot concloure, en cas d'acord, amb una escriptura pública executiva, a la qual cosa cal afegir-hi, com a suport de la seva intervenció, el prestigi social, la confiança i el caràcter solemne que en la nostra cultura representa aquesta professió⁸».

5. Incompareixença notarial

L'acceptació expressa o tàcita de l'exercici extrajudicial del retracte legal condueix, com hem vist, a la perfecció d'una compravenda sotreta del règim ordinari del dret real de retracte. Aquesta acceptació, quan és expressa, acostuma a anar acompanyada de l'assenyalament per totes dues parts (freqüentment per la retreta) d'una data per a l'atorgament de l'escriptura pública de compravenda en execució extrajudicial del retracte. Sens perjudici que qui retreu i el retret, prèviament a aquest atorgament de títol notarial, hagin subscrit un contracte privat amb el mateix objecte, perquè no és constitutiva la forma pública, però sí necessària per a la inscripció registral (article 3 de l'LH, en relació amb els articles 33 i 34 de l'RH, 144 de l'RN i 317 de la LEC).

Tot i que resulti una mica primari, cal recordar, acudint a les RDGSJFP de 25 d'octubre de 2016 i de 20 de maig de 1999, que l'elevació a públic d'un contracte de compravenda privat exigeix el consentiment de totes dues parts, «per a la qual cosa és requisit imprescindible la presència, per si o degudament representades, i el consentiment de totes dues parts, venedora i compradora, o, si no, una sentència judicial que declari la validesa del contracte privat de compravenda i obligui al seu compliment, cas en què, si la part demandada no compareix voluntàriament al seu atorgament, pot fer-ho el jutge en tràmit d'execució de sentència, actuant en representació seva».

En la mateixa línia, per al cas d'haver-se formalitzat un contracte privat en execució extrajudicial del retracte, cal portar a col·lació la reiteradíssima doctrina registral sobre l'abast merament declaratiu i de reconeixement de l'article 1224 del CC, que converteix la translació del negoci privat al títol públic en una «escriptura reconeixedora d'un negoci preexistent» (RDGSJFP de 9 d'abril de 2001).

Aquesta premissa condueix, per connexió, a recordar que l'atorgament d'escriptura pública d'una transmissió immobiliària, tot i ser declarativa, constitueix una obligació exigible fins i tot sense necessitat d'acord contractual al respecte, en aplicació de l'article 1279 del CC, en ser un instrument necessari per a la inscripció registral (SAP de Palència, Secció 1a, de 18 de gener de 2021).

En realitat, ens podríem referir al contingut de l'article 1279 del CC com una facultat, més que com una obligació, sens perjudici que s'insereixi així en alguns contractes.

D'aquesta manera, com apunta l'RGDSJFP, «no verificant-se la concurrència de totes dues parts, comprador i venedor, o dels seus hereus, l'article 1279 del Codi civil autoritza els contractants a compenlar-se (i, si

escau, judicialment) recíprocament a l'atorgament d'Esctura pública des que hagués intervingut el consentiment i altres requisits necessaris perquè sigui vàlid, en aquells contractes en què la llei exigeixi aquesta forma documental (cfr. article 1280 del CC)».

Es tracta, per tant, segons l'STS 400/2011, d'1 de juny, de la «facultat d'exigència recíproca pels contractants del compliment de l'obligació d'elevació del contracte a escriptura pública en determinats casos».

En aquest sentit, cal tenir en compte la jurisprudència reiterada del Tribunal Suprem sobre l'abast dels articles 1278, 1279 i 1280 del CC, marcadament aquest darrer, que segons l'Alt Tribunal i la doctrina majoritària no imposa formes documentals preceptives. Com recorda l'STS 5 de febrer de 2014 «les normes de l'article 1280 del CC i dels dos que el precedeixen no comporten exigències de formalitats ad solemnitatem, sinó tan sols ad probationem».

Doncs bé, en aquest punt, és aplicable l'STS de 16 de setembre de 2014, la conclusió de la qual estableix com a doctrina jurisprudencial que l'incompliment de l'obligació d'atorgar escriptura pública no és causa de resolució a l'empara de l'article 1124 del CC (equivalent a l'article 621-42 del CCC), tret que les parts hagin atorgat valor o condició essencial a la culminació d'aquesta forma.

L'STS de 16 de setembre del 2014 no exclou la força resolutòria que pugui tenir l'incompliment de l'obligació d'atorgar escriptura pública en el context de l'article 1124 del CC, però ho associa a la necessitat que aquesta obligació s'hagi constituït com a «condició essencial». Aquesta noció, però, impròpia des de la institució de la condició contractual, ha estat encertadament matisada per la doctrina científica, en el sentit d'exigir que l'obligació d'atorgament d'escriptura pública sigui una prestació principal,

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 núm. 10651

addicionada a les bàsiques de pagament del preu i lliurament de la cosa (CARRIÓ OLMOS).⁹

Amb posterioritat a aquesta resolució, cal citar l'STS de 2 d'octubre de 2017, que, completant l'anterior doctrina, assenyala que «l'obligació d'elevat a públic el contracte atorgat en document privat només dona lloc a la facultat d'exigir-ne el compliment (articles 1279 i 1280 del Codi civil), les parts, a l'empara de l'autonomia de la voluntat, poden atribuir a aquesta obligació el caràcter d'essencial a l'efecte de facultar la part que ho sol·licita per resoldre el contracte si l'altra s'hi nega».

Això no obstant, en el marc de l'exercici ordinari extrajudicial del retracte legal, les parts no han de formalitzar cap contracte privat, i, sovint, el retret es limita a assenyalar dia i hora per a l'atorgament de l'escriptura pública, i, per tant, no es pot reputar en aquests casos la incompareixença com a causa de resolució contractual (sí atribuïda, però, per exemple, a l'efecte de la facultat de desistiment — diferent de l'incompliment — per arres penitencials de l'article 1454 per certa jurisprudència menor; SAP de Huelva, Secció 2a, 324/2018, de 15 de juny).

Per tot això, una eventual demanda de compliment contractual per manca de lliurament de la cosa o de pagament del preu, a l'empara de l'article 1124 del CC o de l'article 621-37.1.a) del CCC, hauria de comportar també, de forma accessòria a l'acció principal abans indicada, la pretensió de condemna a atorgar escriptura pública, substituïble, si escau, via article 708 de la LEC.

En un altre ordre de coses, però dins de la mateixa dimensió, és fa necessari recalcar la imprescriptibilitat de l'acció per elevar a escriptura pública de l'article 1279 del CC mentre romangui viu el contracte en el tràfic jurídic, és a dir, mentre pervisqui la titularitat transmesa per la venda, per a la seva acreditació en qualsevol ordre legal i per al seu accés al Registre de la Propietat,

atès el caràcter protector d'aquest al titular inscrit, i la garantia de rectitud dels assentaments registrals successius, per evitar problemes en el tracte.

L'STS 459/1994, de 12 de maig, és rotunda quan afirma que «el comprador, en un contracte de compravenda perfeccionat, es troba legitimat, sense cap condició de termini prescriptiu».

Així, assevera també l'STS de 7 de juliol del 2017 que no és pot parlar de prescripció de la facultat d'elevació a escriptura pública de l'article 1279 del CC.

Proclama l'STS 254/1970, de 9 de maig, que «Tenint en compte que els contractes constitueixen un tot orgànic, que enllacen unes clàusules amb unes altres i supeditades les accessòries al que forma el nucli, l'obligació principal, causa del concurs de voluntats i a més que el pacte d'elevat a escriptura pública el que s'ha convingut en el document privat, és una facultat més que una obligació, latent en tot conveni tot i que no ho expressi especialment; sembla indubtable que, almenys mentre subsisteixi la vigència del contracte i l'exercici dels drets i obligacions a què va donar naixement, perviu el pacte accessori de poder ser instrumentat públicament».

Això no obstant, l'anterior regla general, d'acord amb la màxima que les facultats no prescriuen, només els drets i les obligacions, és matisada en determinats supòsits d'ús indegut d'aquesta facultat o quan hi ha tercers adquirents protegits posteriors al titular demandant.

Les dues úniques excepcions a la regla general abans indicada apareixen perfectament condemnades per l'STS 694/2011, de 10 d'octubre, a dos supòsits de fet:

- a) Quan s'hagi incomplert alguna obligació i a través de la facultat d'atorgament d'escriptura pública es pretengui aconseguir el compliment d'un dret prescrit en el termini de prescripció supletori general de les accions personals.

Es pot observar en aquesta afirmació la deguda diferenciació entre els drets i les obligacions acordats.

Així, «no és viable que a través d'aquesta pretensió es pogués obtenir de manera indirecta el compliment de les autèntiques obligacions derivades del contracte i, en concret, el lliurament o “traditio ficta” de la cosa de conformitat amb el que disposa el paràgraf segon de l'article 1462 del CC, amb la finalitat —a què expressament es refereix el recurrent— de “possibilitar” l'accés d'ambdós contractes al Registre de la Propietat».

De la mateixa manera, «en primer lloc, resulta obvi que no es pot emparar l'exercici de la facultat d'elevat a públic un contracte subscrit en document privat quan el contracte no s'ha complert i les pretensions dirigides a l'exercici dels drets relatius al compliment de les prestacions hagin prescrit. En aquest cas, mitjançant l'elevació a públic s'estaria atorgant eficàcia a unes obligacions que ja no són exigibles».

- b) Quan hi hagi un tercer protegit per actes o negocis posteriors al compliment del contracte, ja que «en atenció també a raons de seguretat jurídica, no és exigible l'elevació a públic d'un contracte formalitzat en document privat quan, contra la realitat fàctica i jurídica actual, l'exercici d'aquesta facultat persegueix modificar els drets adquirits i consolidats de forma inatacable per tercers i que procedeixen de fets, actes i negocis realitzats amb posterioritat al compliment del dit contracte.»

Fora d'aquestes dues excepcions, la facultat de lliurament d'escriptura pública es pot exercir sense subjecció a termini quan el contracte estigui complert i no s'hagi transmès a un tercer la titularitat del que s'ha adquirit.

La doctrina podria no resultar del tot clara, ja que indueix a cert error entre els contractes complerts o consumats,

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



per execució material de les seves prescripcions, i la prescripció del dret de crèdit per exigir les obligacions acordades.

Els contractes consumats, circumstància que es pot produir en una franja temporal molt breu, amb transmissió de titularitats, lliurament de la cosa i pagament del preu, poden quedar sotmesos mentre mantingui eficàcia el títol adquirit a la facultat d'atorgament d'escriptura pública, sense cap termini, per a diferents finalitats, principalment l'accés al Registre de la Propietat. I tot això amb l'única excepció d'aquelles titularitats adquirides per la venda que s'hagin transmès a un tercer amb posterioritat a la perfecció del negoci (tot i que hauria de ser amb la seva consumació després de la *traditio* corresponent, ja que fins a aquell moment no hi ha titularitat).

Juntament amb això, i en un camp contractual diferent, els contractes en què no se n'hagin complert les obligacions, una vegada prescrit el dret pel termini supletori general, estan exclosos de la facultat d'elevació a públic.

En realitat, la vinculació de la prescripció de la facultat d'atorgament d'escriptura pública a la del dret material (lliurament de la cosa) promogut no atorga caràcter prescriptible a la facultat. Primer, perquè les facultats no prescriuen, ho fan els drets. Segon, perquè aquesta doctrina el que constitueix en realitat és una mena de presumpció d'instrumentalització o frau de l'atorgament d'escriptura pública per aconseguir el lliurament de la cosa, quan es va poder reclamar via l'article 1124 del CC, i no es va fer. La facultat, per tant, no prescriu, sinó el dret que s'ha intentat assolir per aquesta via.

Configurada com una facultat i l'obligació correlativa, el seu exercici no es pot vincular temporalment a la resta d'obligacions i drets del contracte, ja que són realitats jurídiques independents.

Es fa necessari recalcar la imprescriptibilitat de l'acció per elevar a escriptura pública de l'article 1279 del CC mentre romangui viu el contracte en el tràfic jurídic

L'exigibilitat de les obligacions principals del contracte depèn de la voluntat obstativa o incomplidora de les parts. L'acció de compliment de l'obligació del pagament del preu o del lliurament de la cosa, en la mesura que subjectes a un termini contractual de compliment, al supletori marcat pel nostre règim legal o a la voluntat reclamant de l'interessat (article 1128 del CC), pressuposen una conducta prèvia del subjecte passiu en un temps determinat o determinable i la reacció posterior del creditor. Això no obstant, i quan no s'hagi pactat res en el contracte, la facultat d'elevació a públic depèn de la voluntat unilateral de l'interessat, cosa que en pot ajornar durant molt de temps l'exercici, i no té sentit sotmetre-la a termini per una eventual legitimitat a obtenir, en qualsevol moment, el títol públic.

L'altra excepció, de tercers protegits, tampoc no configura en realitat cap prescripció de la facultat reiterada, sinó que atorga protecció d'acord amb els principis registrals de fe pública registral i substantiu de bona fe al tercer adquirent, i desestima la pretensió d'elevació, no per prescripció, sinó perquè no és procedent reconèixer una titularitat superada per un altre.

En aquest punt, podríem plantejar-nos la legitimitat de l'exercici de la facultat d'atorgar escriptura pública per al venedor, tenint en compte que el legitimat per instar la inscripció

registral mitjançant el títol públic és l'adquirent.

Això no obstant, i malgrat que l'àmbit normal de desenvolupament d'aquesta facultat opera en l'esfera del comprador, no hem de descartar aquesta potestat per al venedor, tot i que sigui als únics efectes, que no són pocs, de gaudir d'un títol públic, per la força probatòria que estan investits, o per acreditar que ja no és titular davant de qualsevol instància.

En un pla diferent, i quan ens trobem davant de l'obligació de pagament del preu incomplet, l'atorgament d'escriptura pública no sembla que s'hagués de vincular al termini de compliment d'aquestes obligacions, ja que per mitjà del títol no s'aconseguirà la finalitat creditícia derivada de l'impagament, sens perjudici de l'existència d'altres obligacions que sí que tinguessin per al venedor aquesta equivalència.

6. Supòsits notaries singulars: acta notarial d'inexistència d'arrendataris a la subhasta judicial¹⁰ i funció notarial en cas de transmissió amb obligacions personalíssimes no susceptibles de subrogació

6.1. Acta notarial d'inexistència d'arrendataris a petició de l'adjudicatari: una anomalia processal distorsionadora

Amb caràcter previ, hem d'assenyalar que, en l'àmbit civil català, el retracte arrendatíci rústic (tot i que estem examinant l'urbà) té regles especials, i l'urbà es regeix per la llei arrendatícia sectorial aplicable a tot l'Estat, continguda a la LAU (SAP de Barcelona, Secció 193/2011, de 26 d'abril).

En la realització forçosa de béns immobles, ja sigui en l'execució hipotecària o en l'execució dinerària, no hi ha un acte de venda en el sentit jurídic civil del terme que permeti associar les categories de comprador i venedor al procés de subhasta pública, si bé, a determinats efectes, malgrat la seva

10 Part d'aquest estudi es conté a GÓMEZ LINACERO, A. (2023). La ejecución dineraria e hipotecaria en clave práctica. Colex.

diferent naturalesa jurídica, s'equipara entre venda privada i subhasta pública¹¹.

En aquesta direcció, destaca l'STS de 13 de març de 1997, segons la qual «l'alienació forçosa no és, essencialment i pròpiament, una compravenda, sinó un acte judicial que genera els mateixos efectes que aquella»¹², o l'STS de 29 de juliol de 1999, quan raona que «la subhasta judicial és un negoci jurídic formal, on regeix, per a la plena producció d'efectes, la subjecció al principi de legalitat, de manera que els seus requisits són garanties de la serietat de l'oferta pública que la caracteritza i del compliment de totes les seves formalitats (...) No es pot, per això, assimilar en un tot el negoci jurídic privat de compravenda a la venda forçosa en subhasta pública, malgrat l'aplicació anàloga i subsidiària de la normativa del Codi civil».

El que resulta indiscutible, segons la doctrina vigent del Tribunal Suprem (per totes, STS 790/2011, de 4 d'abril), és que el retracte (de comuns, hereus, confrontants o arrendataris) és un dret real d'adquisició preferent que neix no només de la transmissió privada de finques, sinó també de l'adquisició com a resultat d'una subhasta pública.

En l'àmbit civil català, la subhasta pública admet retracte per declaració expressa de l'article 568-14.2 del CCC.

Segons doctrina reiterada de la DGRN (Resolucions de 20 de novembre de 1987, de 5 de novembre de 1993, de 22 de març de 1999, de 6 de febrer de 2001, de 20 de setembre de 2002 i de 15 de març de 2006, entre d'altres), en els supòsits de transmissió judicial d'una finca es donen els drets de tempteig i retracte establerts a la Llei i, per tant, és necessari per inscriure-la que es justifiqui que s'han fet les notificacions oportunes per al seu exercici o, si no és així, la manifestació d'inexistència d'arrendaments sobre la

finca adjudicada de l'article 25 de la LAU, amb aplicació, per tant, d'aquest precepte a la subhasta.

Tot i que no compartim en el pla acadèmic aquesta posició, la DGSJFP, en Resolució de 8 de febrer de 2022, conclou que «per a la inscripció del decret d'adjudicació en una execució forçosa és necessari, també com a tesi de principi, que es justifiqui que s'han fet les notificacions oportunes per al seu exercici o, si no és així, la manifestació d'inexistència d'arrendaments sobre la finca adjudicada.»

Això no obstant, malgrat l'aparent senzillesa o elementalitat d'aquesta doctrina, no són pocs els interrogants que sorgeixen en la pràctica judicial sobre la manera de complir l'article 25 de la LAU en seu de subhasta pública.

I això, en gran manera, perquè en la subhasta pública, partint de l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'article 25 de la LAU, no hi ha, en sentit estricte, un venedor. És a dir, si acudim a l'RDGSJFP de 22 de març de 1999:

«Cal tenir en compte que l'adquisició no es verifica per un acte de voluntat del que fins aleshores era propietari de la finca, sinó per un acte d'autoritat, i en el procediment no hi ha tràmits especialment previstos perquè l'autoritat pugui arribar a fer, en substitució del propietari, aquesta afirmació».

Se'n desprenen dues conclusions: la manifestació que ha de fer el venedor, exigida per l'article 25.3 de la LAU, en l'escriptura de venda sobre el fet que la finca es troba lliure d'inquilins no és extrapolable a la subhasta pública; i la notificació de l'adquirent a l'arrendatari disposada pel mateix precepte serà il·lusòria quan s'ignori l'estat possessori de la finca per manca d'informació i col·laboració de l'executat.

Això no obstant, la notificació del comprador-adjudicatari a l'arrendatari, derivada de l'article 25.3 de la LAU, sí que constitueix una càrrega l'incompliment de la qual impedeix l'adquisició del bé, que no s'inscriu fins a fer constar aquest extrem. Es pot afirmar, en conseqüència, que la notificació i la inscripció operen en aquests casos amb caràcter constitutiu de l'adquisició del domini, excepció del nostre sistema translatiu basat en el títol i el mode, o com una condició legal suspensiva per a l'eficàcia del dret adquirit.

En cas de falsedat en la declaració d'inexistència d'arrendataris, té lloc la nul·litat radical del contracte per causa il·lícita i infracció de normes imperatives (articles 1255 i 6.3 del CC).

La jurisprudència del Tribunal Suprem ha modulat el rigor del mandat contingut a l'apartat segon de l'article 48 de la Llei d'arrendaments urbans, de 24 de desembre de 1964, que constitueix el precedent legislatiu de l'actual article 25.3 de la Llei vigent, i afirma que, no obstant els termes contundents del precepte, esdevé innecessària la pràctica de la notificació en forma quan apareixia provat que l'arrendatari ja havia tingut un coneixement ple i exacte de la venda o transmissió i de les seves condicions, moment a partir del qual s'havia de comptar el termini de caducitat establert a la norma (STS de 6 de març de 2000, de 14 de novembre de 2002, de 13 de març de 2004, de 14 de desembre de 2006 i de 24 d'abril de 2007).

Pel que fa a l'exercici del retracte, no trobem els mateixos problemes d'assimilació amb la venda privada, ja que l'adjudicatari assumeix la mateixa posició que el comprador i ha de fer la notificació oportuna per

11 Assimilació pel Codi civil entre venda privada i pública quant a l'acció redhibitòria de l'article 1489 del Codi civil, tret del pagament d'indemnització; l'admissió de l'aplicació del retracte en adquisicions per subhasta pública i l'aplicació de la regulació de la doble venda i venda aliena, sobre els articles 1473 del Codi civil i 34 de la Llei hipotecària, a les subhastes públiques; o el fet que la nostra legislació processal i substantiva equipara terminològicament la venda privada i la subhasta pública en no pocs preceptes.

12 Afirmar igualment la sentència: «L'alienació forçosa, i amb aquesta la simultània adjudicació del domini des de l'aprovació de l'execució, és essencialment un acte processal, en què el jutge és el veritable protagonista; les altres persones que intervenen directament o indirectament en la formació d'aquest ho fan de forma voluntària o involuntària» i que resulta «impossible concepatuar l'alienació forçosa (sobretot la judicial) com un contracte de compravenda en què concorre un consentiment lliure i espontani del subjecte transmissor i propietari del bé alienat, ja que falta el consentiment».



possibilitar l'exercici del retracte fixada per l'article 25.3 de la LAU.

Si l'habitatge està arrendat i aquesta circumstància és coneguda per l'adjudicatari, els problemes interpretatius de l'article 25.3 de la LAU seran inexistents i aquest complirà amb acreditar el requisit de la notificació per poder inscriure el Decret d'adjudicació ferm.

Això no obstant, en cas de no estar arrendat l'habitatge i, en vista d'aquest precepte, no hi ha en l'execució forçosa un títol similar a l'escriptura pública on fer constar la manifestació del venedor de no arrendament de l'habitatge, a més del fet que no hi ha un venedor en sentit propi, com hem vist abans.

Apareix, per tant, un conflicte interpretatiu sobre si cal fer constar al Decret d'adjudicació que l'habitatge es troba lliure d'inquilins (equiparant Decret i escriptura) o, altrament, com dur a terme la manifestació d'inexistència d'arrendataris que l'article repetit imposa al venedor.

Davant d'aquest dilema, és freqüent que, als Tribunals, per salvar aquest problema i davant de la ignorància sobre la situació arrendatícia de la finca, per desconeixement de l'executant i per manca de manifestacions de l'executat, declarin en el decret de convocatòria de la subhasta i en l'edecte que accedeixen al portal de subhastes, de manera lacònica, que «no consta la situació arrendatícia» o «presumptament lliure d'ocupants», la qual cosa, sent coherent amb la doctrina anterior, no serveix per acreditar la inexistència d'inquilins.

Sobre aquesta forma d'incloure al Decret d'Adjudicació l'estat arrendatí de l'immoble, la DGSJFP, en Resolució de 22 de març de 1999, recorda «que la declaració sobre la situació arrendatícia de la finca ha de ser inequívoca, i no és suficient una referència al fet que del procediment judicial no resulta aquesta existència».

En l'àmbit civil català la subhasta pública admet retracte per declaració expressa de l'art. 568-14.2 CCC

L'RDGSJFP de 8 de febrer del 2022 ofereix la manera d'acreditar la inexistència d'inquilins per permetre la inscripció sense obstacles del Decret. Aquesta doctrina, a més de traslladar a l'adjudicatari la càrrega que l'article 25.3 de la LAU imposa al venedor (que és realment qui coneix la situació de l'habitatge), flexibilitza i suavitzca el requisit que exigeix per a les vendes privades l'article 25.3 de la LAU, relatiu a consignar al títol (Decret) la inexistència d'arrendataris. Aquesta Resolució afirma el següent:

«s'ha de rebutjar la inscripció de l'adjudicació si no s'acredita degudament o bé que s'han dut a terme les notificacions previstes o bé que s'ha realitzat la manifestació oportuna que la finca es troba lliure d'arrendataris. A aquest efecte, aquest Centre Directiu té declarat que, ateses les particularitats de la transmissió, aquesta manifestació pot i ha de fer-la l'adquirent en les mateixes actuacions judicials, davant de notari o mitjançant una instància signada o ratificada davant del registrador, i no n'hi ha prou amb una mera al·legació que del procediment no resulta l'existència d'arrendataris i sense que aquesta pugui ser inferida d'altres dades o documents, en ser una manifestació de contingut exprés i específic».

Igualment, l'RDGSJFP de 22 de març de 1999 conclou que «hauria de ser suficient en aquests supòsits la declaració que el pis no està arrendat realitzada pel nou propietari, ja sigui en les actuacions judicials o en un acte posterior.»

Això condueix a traslladar, com hem anunciat, un gravamen o càrrega

personal a l'adjudicatari, no imposada per la llei, la inexacta o falsa consignació de la qual constitueix un delict de falsedat en document públic, com adverteix expressament l'article 25.5 de la LAU.

Davant d'aquesta circumstància, i tenint en compte la dinàmica pròpia de l'execució hipotecària i la demora en la seva tramitació, no serà infreqüent que l'adjudicatari ignori completament la situació arrendatícia de l'immoble i no sigui fins a l'intent d'entrada possessòria a la finca quan constati que l'habitatge es troba ocupat (ignorant si amb títol o sense) i, finalment, sol·liciti al Tribunal l'auxili per al lliurament de la possessió (article 675 de la LEC). Un cop lliurada la possessió, i només aleshores, esbrinarà l'estat possessori i arrendatí de l'habitatge, amb un eventual incident de tercers ocupants.

L'adjudicatari ha d'esperar a conèixer de primera mà l'estat de l'habitatge per fer la manifestació exigida per la doctrina de la DGSJFP abans transcrita i poder inscriure i adquirir el bé? L'adjudicatari no adquirirà el domini o un altre dret real fins a aquesta actuació, a mode de *conditio iuris* o suspensiva legal?

La transmissió del domini o un altre dret real susceptible de possessió en subhasta pública resulta una qüestió summament controvertida sense criteri jurisprudencial pacífic, tot i que hi ha un cert consens en el fet que els efectes translatius els origina el Decret d'adjudicació sense necessitat d'aplicar el sistema del títol i del mode, reservat per a les adquisicions contractuals (article 609 del CC), en trobar-nos davant d'una forma de transmissió derivada de la llei¹³.

Per tant, si l'adquisició del dret depèn de l'acta de manifestacions davant de Notari feta per l'adjudicatari, o davant del Tribunal, d'inexistència d'arrendataris, i aquesta circumstància

13 Respecte del moment transmissiu de la propietat en subhasta pública, la qüestió dista molt de ser pacífica a la doctrina i a la jurisprudència, malgrat la transcendència que té la determinació exacta del dit moment, per afectar l'adquisició d'un dret real de summa rellevància socioeconòmica i constitucional. Per a un estudi exhaustiu de la qüestió, ens hem de remetre a l'obra d'aquest Lletat, GÓMEZ LINACERO, ADRIÁN i CAMPO CANDELAS, JESÚS. «La adquisición de la propiedad en subasta pública: momento de transmisión y revisión crítica». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 788. 2021.3443-3495.

no és coneguda fins al lliurament de la possessió via article 675 de la LEC, es prolongarien els efectes translatius fins a aquest moment, partint de ser aquesta condició causa determinant o constitutiva de l'adquisició per imperatiu de l'article 25 de la LAU.

L'ideal, en aquests casos i en un futur legislatiu, seria que el Tribunal, abans de dictar el Decret d'adjudicació, indagés aquesta circumstància per fer constar en aquesta resolució la inexistència d'arrendataris o traslladar a l'adjudicatari l'existència d'aquests perquè realitzi la notificació de l'article 25 de la LAU, i que quedés, fins llavors, suspès el dictat de la resolució esmentada, o que es permetés el dictat en el segon supòsit, per a una posterior acta notarial d'acreditació de la notificació prevista a l'article 25 de la LAU, i la seva unió a la qualificació registral.

Així, la informació de la situació possessòria i arrendatícia dels immobles subhastats és una de les grans disfuncions en el seu funcionament que llasten el seu rendiment i exigirien l'establiment d'un incident previ d'ofici a la subhasta per determinar amb tota precisió jurídica l'estat possessori del bé en el Decret de convocatòria de la subhasta i, en cas d'arrendament, la subsistència o no d'aquests en cas d'adjudicació del bé segons la normativa aplicable a l'arrendament (podria incloure's en l'actual regulació de l'article 661 de la LEC) i l'obligació de notificació de l'article 25 de la LAU per a l'adjudicació del bé una vegada verificat l'arrendament, juntament amb l'obligació de l'executant (si en tingués) d'informar sobre l'estat possessori de l'immoble i de l'executat en el mateix sentit (en aquest cas, amb multes en cas de desatenció).

6.2. Qualificació notarial en cas de transmissió personalíssima no susceptible de retracte arrendatíci

Proclama l'STS 153/2020, de 5 de març de 2020, que «això justifica que la jurisprudència, en línia amb els criteris majoritaris de la doctrina, hagi exclòs el retracte de comuners en tots aquells contractes translatius (articles 609 i 1095 del CC) en què les

prestacions i les obligacions del comprador no siguin íntegrament susceptibles de subrogació o novació subjectiva en la persona del que retreu. La sentència d'aquesta Sala núm. 1143/2007, de 22 d'octubre, compendiava els supòsits i les tipologies negocials en què s'havia aplicat aquest criteri».

En el cas concret analitzat per la Sentència esmentada, els compromisos assumits per l'adquirent retret «*estan tenyits d'un caràcter intuitu personae que els fa incompatibles amb la possibilitat de la subrogació en la posició contractual de la compradora en què consisteix el retracte*».

Podria, per tant, suscitar-se el debat sobre si el Notari, en la compravenda causa de retracte arrendatíci, pot fer un judici juridicomaterial sobre les obligacions personalíssimes o no assumides per l'adquirent per concloure la inaplicació del dret de retracte arrendatíci, fent-ho constar en aquest sentit a l'escriptura i alliberant l'adquirent de l'obligació de notificació de l'article 25.3 de la LAU.

Per contra, una altra postura seria la de descartar de ple tota qualificació notarial sobre la viabilitat o no del retracte arrendatíci per la naturalesa de les obligacions assumides, i reservar aquest judici al tràmit d'inscripció registral, en ser el control de les notificacions de l'article 25.3 de la LAU competència registral segons els termes estrictes del precepte esmentat.

Per a nosaltres, la conclusió al dilema generat no ha de ser atorgar potestats notariales per deixar sense efecte un dret de configuració legal, sinó, com a màxim, deixar constància d'aquesta manifestació, si escau, feta per l'adquirent, i diferir la qüestió, en cas de controvèrsia, a un procés judicial o a l'eventual qualificació registral.

La verificació del compliment de la notificació de l'article 25.3 de la LAU i, per tant, de l'existència o no d'un dret de retracte, queda atorgada per l'article 25.5 de la LAU al Registre de la Propietat. Resulta, en tot cas, discutible si la inscripció del títol sense necessitat de notificació per inexistència de retracte entra dins dels marges de

la qualificació registral de l'article 18 de l'LH, per implicar necessàriament un judici de qualificació material sobre el títol aportat a l'efecte de fixar el caràcter de les prestacions.

En aquest supòsit, el Registrador no qualifica o deixa de qualificar en un sentit o altre el títol de compravenda, que és perfectament eficaç, sinó les formalitats imposades per la normativa aplicable per poder dur a terme la inscripció, en aquest cas, la notificació, que actua a manera de condició legal suspensiva de l'adquisició del dret i de la seva inscripció registral. I, si la notificació esmentada pressuposa un dret de retracte, es possible no exigir-la quan el retracte no sigui aplicable segons la doctrina jurisprudencial abans indicada.

En tot cas, l'adquirent, en cas de denegar-se la qualificació registral per manca de realització de la notificació prevista per l'article 25 de la LAU, conserva l'eventual recurs governatiu o judicial.

En un altre pla, i en funció de l'abast atorgat en aquesta via a la qualificació registral, caldria mantenir que dins de les potestats registrals no hi ha la realització d'un judici sobre la naturalesa d'una prestació i que, en tota compravenda, s'ha d'acreditar la notificació de l'article 25.3 de la LAU, i, en cas de controvèrsia, les parts han d'acudir a la via judicial.

Per això, una altra opció és fer la notificació prevista per l'article 25 de la LAU a efectes merament formals per assegurar la inscripció registral i, en cas d'exercici del retracte per part de l'arrendatari, rebutjar-ne l'exigibilitat en via extrajudicial i judicial.

7. Anotació preventiva de demanda en exercici de l'acció personal: única via per evitar l'aparició d'un tercer adquirent protegit per l'article 34 de l'LH i presumció iure et de iure de periculum in mora

L'eventual acció real del dret de retracte legal té a favor seu el pes indubtable de l'article 37 de l'LH suficient per si mateix per protegir l'eventual demandant. Així, segons l'STS de 14 de juny de 2004 «*el retracte legal dona dret a qui retreu a adquirir la cosa*



retrata en l'estat que tenia en el moment de donar-se aquella compravenda que va donar lloc al retracte; és a dir, si l'adquirent "retret" realitza actes de disposició sobre la cosa, després d'haver-la adquirit i abans de produir-se el retracte, seran ineficaços, i si han tingut accés al Registre de la Propietat es cancel·laran les inscripcions».

En cas d'exercici de l'acció personal de retracte, l'única via per evitar l'aparició d'un tercer protegit per l'article 34 de l'LH és l'anotació de la demanda, de manera que, en aquests casos, hauria d'existir una presumpció *iure et de iure* de *periculum in mora*, no recollida amb encert per certa jurisprudència menor, sense necessitat d'acreditar, com exigeix amb caràcter ordinari la jurisprudència menor per apreciar aquest requisit, un risc real, palès, manifest i probable, ja que la decisió de venda de la finca es pot produir en qualsevol moment i aquesta mateixa possibilitat provoca un risc notable d'ineficàcia d'una eventual Sentència condemnatòria.

En aquest sentit, i amb la crítica que mereix, cal citar la Interlocutòria de l'AP de Madrid, Secció 20a, 76/2022, de 10 de març. Per a la resolució «*només va indicar l'existència d'un risc cert que la societat demandada pogués realitzar actes d'alienació o gravamen sobre les finques litigioses, sense concretar ni justificar aquest perill, més que amb l'al·lusió a la possibilitat de l'aparició de tercers protegits per l'article 34 de l'LH... En definitiva, les raons al·legades per justificar la mesura cautelar no satisfan l'exigència que concorre el periculum in mora, és a dir, un perill concret, racionalment previsible i de caràcter objectiu, susceptible d'impedir o dificultar l'efectivitat de la tutela pretesa en el procediment principal*».

Aquesta doctrina jurisprudencial es recolza, tot i que de manera errònia, entre d'altres, en la Interlocutòria de l'AP de Barcelona, Secció 11a, 165/2007, de 9 de maig, segons la qual «*el que li exigeix concretar, en relació amb les circumstàncies específiques que concorren en cada cas, quina seria la situació específica capaç de desvirtuar l'eficàcia del pronunciament sobre l'objecte del*

procés principal que s'hauria de conjurar amb la mesura sol·licitada, i aportar elements de judici dels quals raonablement poder deduir la realitat del risc inherent a la situació denunciada.»

La informació de la situació possessòria i arrendatícia dels immobles subhastats és una de les grans disfuncions en el seu funcionament que llasten el seu rendiment i exigiria l'establiment d'un incident previ d'ofici a la subhasta per determinar amb tota precisió jurídica l'estat possessori del bé en el Decret de convocatòria de la subhasta

La interlocutòria de l'AP de Barcelona que se cita, d'acord amb la doctrina jurisprudencial consolidada, exigeix certament un «risc real», però com la Interlocutòria mateixa explica, aquest risc real consisteix en el fet que «*el demandat pugui intentar maniobres fraudulentas*».

El criteri introduït per la Resolució de l'Audiència Provincial de Madrid en la realitat suposaria que el demandant hauria d'estar en una tasca contínua d'*espionatge* o *observació* del demandat —de dia i de nit— per descobrir a temps qualsevol intent concret i específic de maniobra fraudulenta per part d'aquest per, llavors sí, posar-ho en coneixement del Tribunal i sol·licitar-li la mesura cautelar.

Afany inútil i tasca estèril per al demandant, doncs, decidit el demandat a realitzar la maniobra fraudulenta, de ben segur que la intentarà o la consumarà amb el previsible sigil, de manera que el demandant no tingui cap oportunitat d'assabentar-se'n.

I en l'improbable cas que arribés a descobrir-la abans de consumir-se i ho posés immediatament en coneixement del Jutjat, mentre aquest admet a tràmit la sol·licitud, en dona trasllat a la part demandada i es tramita processalment l'incident, el demandat hauria tingut temps més que sobrat de consumir la maniobra fraudulenta i privar d'eficàcia específica una sentència estimatòria eventual i provable.

La Interlocutòria del Jutjat de 1a Instància núm. 59 de Madrid que va donar causa a la resolució valorada, conclouïa que «*les al·legacions de la part actora no depassaven el llinard de les meres afirmacions genèriques i inespecífiques. Simplement s'assenyala en la sol·licitud de mesures cautelars que, si no s'adopta la mesura, hi ha risc cert que la societat demandada pogués realitzar actes d'alienació o gravamen sobre les finques objecte de demanda, però sense especificar en què es basa per suposar que la societat demandada pretengui realitzar aquests actes d'alienació o gravamen.*»

Aquí trobem, amb tota claredat, la *ratio decidendi* del pronunciament denegatori de la mesura cautelar, que explica que aquesta raó consisteix que les al·legacions fetes són «genèriques i inespecífiques» (expressió tautològica, ja que el que és genèric és, per definició, el contrari del que és específic).

És a dir, d'acord amb la pròpia i errònia variació jurisprudencial introduïda per aquesta resolució, es vol exigir la prova —gairebé impossible— d'una situació concreta i específica de risc, és a dir, d'un intent concret i específic de maniobra fraudulenta, que permeti «suposar» (sospitar) que la demandada retrata pretén realitzar un acte d'alienació o gravamen concret i específic.

El risc de *periculum in mora* compleix inqüestionablement el requisit exigít per la doctrina jurisprudencial, d'acord amb la qual n'hi ha prou que hi hagi un perill *potencial* o *hipotètic*, és a dir, una possibilitat objectiva que el retret realitzi un acte que privaria d'eficàcia una eventual sentència estimatòria.

A això podem afegir que, si hi ha possibilitat que el demandat realitzi

aquest acte (com a hipòtesi possible), aquest risc potencial, *a fortiori*, és també real, que no és el mateix que concret (o, per dir-ho millor, ja concretat) i específic (que no seria futur, sinó ja de present), com erròniament sosté l'Audiència Provincial de Madrid i el tribunal d'instància.

Com reconeix, de manera contradictòria a la resta de la seva fonamentació, la resolució confirmada per la Interlocutòria de l'AP de Madrid, Secció 20a, 76/2022, de 10 de març, «*El periculum in mora es configura en termes objectius, és a dir, com la mera probabilitat que es produeixin durant la tramitació del procés situacions que impedeixin o dificultin la tutela que al seu dia pogués atorgar-se*».

Per tant, el risc deriva inqüestionablement de la mera possibilitat legal d'alienar o gravar la finca objecte de l'acció personal de retracte.

En conseqüència, realitzant un mínim exercici del raonament lògic, si la mera probabilitat que durant la tramitació del procés es produeixin situacions que dificultin la tutela judicial que podria concedir-se mitjançant una sentència estimatòria, resulta incoherent i contradictori exigir a aquest l'acreditació de l'acte o negoci concret i específic que intenta o planeja la demandada per burlar l'eventual Sentència estimatòria.

Dit d'una altra manera, si n'hi ha prou amb la mera probabilitat o perill potencial, no resulta coherent imposar sobre la part demandant la càrrega de provar, de manera concreta i específica, un fet que, per definició, per ser merament probable, és futur i incert, i la seva prova, per tant, pràcticament impossible.

És a dir, i com a corol·lari de tot això, n'hi ha prou amb un judici indiciari i objectiu de probabilitat de venda o gravamen, basat en la inexistència d'impediment legal per fer efectiu el *ius disponendi* inherent a la propietat sense cap reserva respecte del dret del demandant, per acreditar el *periculum in mora*. En contraposició, no és exigible, per ser extraordinàriament difícil

o de compliment impossible, un judici indiciari i subjectiu de probabilitat de venda o gravamen, que imposi provar un «*animus disponendi*» en el titular demandat; primer, perquè es refereix a un fet futur que pot sobrevenir en qualsevol moment i, segon, per la pràctica impossibilitat d'acreditar aquest element intencional en la voluntat del demandat.

Per tant, el risc deriva inqüestionablement de la mera possibilitat legal d'alienar o gravar la finca objecte de l'acció personal de retracte

En el cas que ens ocupa, hi ha jurisprudència menor consolidada i nombroses resolucions de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública que conclouen sense embuts que la mera possibilitat que durant el procediment aparegui un tercer protegit per la fe pública registral en l'adquisició del bé litigiós és causa suficient i bastant per acordar la mesura cautelar d' anotació preventiva de la demanda, sense exigir de cap manera la càrrega de provar quin actes d'alienació o gravamen concrets intenta, planeja o trama dur a terme el demandat.

La interlocutòria de l'AP de Madrid, Secció 28a, de 17 de desembre de 2012, afirma sobre l'acreditació del risc per mora processal que «*la prova ha d'apreciar-se amb flexibilitat (AP de Madrid (Secció 28a) de 17 de desembre de 2012), i és suficient una prova indiciària (AP de Madrid (Secció 12a), Interlocutòria de 14 de març de 2013) que el risc es pot produir (AP de Castelló (Secció 1a), Interlocutòria de 7 de desembre de 2012)*».

En el mateix sentit, es pot citar la Interlocutòria de l'AP de Madrid, Secció 25a, 272/2016, de 4 d'octubre, en declarar que «*la concurrència del requisit del perill en la demora resulta, d'altra banda, indubtable, ja que és evident que una eventual transmissió de la finca embargada a un tercer*

protegit per la fe pública registral impediria l'efectivitat de la satisfacció de la pretensió deduïda en el procés, en esdevenir inoposable l'afecció del bé al titular registral d'aquest».

Per això, podem concloure que, en aquelles demandes en què, en contradicció amb el Registre (sigui a través d'una acció personal o sigui per mitjà d'una acció real), es reclama la propietat o un altre dret real inscrits a nom del demandat, el *periculum in mora* queda automàticament acreditat, almenys indiciàriament o a manera de presumpció, atès el risc que, per efecte de la fe pública registral, sorgeixi un tercer hipotecari que, desconeixent l'existència del procés, adquireixi —i de manera ferma, perquè no li serà oposable la sentència— la propietat o el dret de què es tracti i, d'aquesta manera, impedeixi l'eficàcia del dret del demandant, tot i que aquest sigui declarat després per una sentència estimatòria.

En relació amb el perjudici que pugui ocasionar una mesura cautelar d' anotació de demanda i l'import de la caució, d'acord amb l'RDGRN de 28 de juliol de 2020, «*en la majoria dels casos aquesta mesura resultarà escassament transcendent per al titular del bé a què es refereix, en ressaltar el seu aspecte merament publicitari davant de tercers, que en cap cas no priva la part dels seus drets dominicals amb relació al bé sobre el que requereix l' anotació, mentre que aportaria avantatges notables en relació amb l'efectivitat plena de la sentència*».

8. Bibliografia

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2016). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Madrid: Edisofer.
- DIEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*. 5a ed., Navarra: Thomson Civitas.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. I i II, 4a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid. ■