

Tanteo convencional y traspaso de negocio

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Supuesto de hecho.*—III. *Considerandos de la sentencia.*—IV. *Comentario:* 1. Traspaso de negocio: 1.1. La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos.—1.2. Tipos de negocios jurídicos que pueden tener como objeto una empresa mercantil: 1.2.1. Negocio de disposición.—1.2.2. Negocio de garantía.—1.2.3. Negocio de cesión de uso: arrendamiento.—1.3. El traspaso del local de negocio y el traspaso de negocio como presupuesto de una preferencia adquisitiva: 1.3.1. El traspaso de local de negocio.—1.3.2. El traspaso de negocio.—1.4. El traspaso de negocio y el tanteo de él dependiente y el Registro de la Propiedad: 1.4.1. El traspaso de negocio.—1.4.2. El tanteo convencional.—1.4.3. Tanteo convencional sobre enajenación de negocio y Registro de la Propiedad.—1.5. Calificación de la cláusula particional.—2. Derechos de adquisición preferente y validez del presupuesto negocial.—3. Derechos de adquisición preferente y titularidad.—4. Autonomía privada y preferencia adquisitiva: 4.1. Causa legal y atipicidad causal: interés legítimo.—4.2. Tanteo convencional entre coherederos.—4.3. Referencia a la L. A. U.—5. El plazo: 5.1. Plazo de sujeción de la propiedad y plazo de ejercicio del tanteo.—5.2. Plazo de caducidad o prescripción.—6. El fraude: 6.1. Relevancia del conocimiento de la preferencia adquisitiva por parte del tercero adquirente.—7. Derechos de adquisición preferente y «cargas obligacionales»: 7.1. Carácter potestativo de las preferencias adquisitivas: la idea de facultad.—7.2. Las «cargas obligacionales» como relaciones constituidas: la idea de vínculo.—7.3. El artículo 1.257 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 7.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1959.—7.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1965.—V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCION

La Sentencia de 16 de febrero de 1973 (1) parece ser la primera que trata directamente la figura del tanteo convencional. Siempre se planteó la posibilidad de esta figura atípica, que naturalmente no pierde este

(1) *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 1973, núm. 476. La Colección Legislativa, edición oficial, omite esta sentencia en el volumen correspondiente. El estudio íntegro de la sentencia ha sido posible gracias a la colaboración de la Editorial Aranzadi.

carácter por recibir refrendo jurisprudencial (2). Pero sí que completa el ciclo—doctrina de los autores, doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y tratamiento jurisprudencial por el Tribunal Supremo—clásico en la toma de carta de naturaleza de una figura dentro del tráfico jurídico y dentro del sistema doctrinal civil.

El interés de la sentencia no radica exclusivamente en este detalle novedoso. El tratamiento que hace de la aludida figura jurídica es un tanto confuso, a la vez que se implica en una misma cláusula negocial la existencia, junto a una preferencia adquisitiva, de una cierta provisionalidad en la adquisición del derecho a que da lugar el traspaso. Se habla de una condición suspensiva y resolutoria. Se cuestiona, por otro lado, la validez del negocio de traspaso realizado de espaldas al derecho de los titulares del tanteo cuando no es esa la técnica jurídica seguida habitualmente.

Examinemos el supuesto de hecho y a su luz tratemos de entender, y en su caso criticar, la doctrina del Tribunal Supremo.

II. SUPUESTO DE HECHO

Don Rafael Varela, casado con María Pasarin, falleció intestado el 8 de diciembre de 1954. Fueron declarados únicos y universales sus siete hijos: Rafael, Antonio, Saturnino, Luciano, Gonzalo, Marina, María Luisa Varela Pasarin. Asimismo, se declaró el derecho de la viuda a su cuota legal.

El 9 de octubre de 1959, en escritura pública, los herederos, en unión de la viuda, protocolizaron las operaciones particionales, inventario, avalúo, división y adjudicación del haber hereditario previa liquidación de gananciales.

Parte importante de los bienes del haber hereditario lo constituían dos negocios. Adjudicado uno de ellos a varios, doña María Varela Pasarin recibió el otro. El documento particional constaba de la siguiente disposición final cuarta: «La adjudicataria del cupo tercero se obliga a poner en conocimiento de los titulares del segundo cupo o de cualquiera de los mismos, su intención de traspasar el negocio que se le adjudica, en el supuesto de que así tratara de hacerlo, en la misma forma que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos para los arrendamientos de local de negocio, con relación al propietario del inmueble, con el consiguiente derecho de tanteo en favor de los últimos, es decir, de los titulares del cupo segundo. El contenido de esta cláusula tendrá una duración de diez años».

(2) Sí tiene carácter típico este derecho en la Compilación Navarra: Ley 460.

A su vez, en la declaración final cuarta se aclara que «el derecho que se concede en la cláusula cuarta de las declaraciones finales del cuaderno particional a los titulares del cupo del precitado cuaderno, se refiere única y exclusivamente al derecho de tanteo y retracto a que la Ley de Arrendamientos Urbanos hace referencia y según los plazos señalados en dicha ley, sin derecho a indemnización alguna a favor de los referidos tritulares».

El 21 de abril de 1966, mediante requerimiento notarial, doña María comunica al propietario arrendador y a sus hermanos su decisión de traspasar el negocio a don Roberto López Rodríguez por el precio de 800.000 pesetas. El 5 de mayo de 1966 uno de los hermanos, Saturnino, renuncia a sus derechos. El 11 de mayo de 1966 el resto de los hermanos requieren a su hermana para que señale el día y la hora para otorgar la escritura de traspaso. Esta no respondió. Pudieron comprobar, por otro lado, como don Roberto López Rodríguez ocupa el negocio.

Fracasado el acto de conciliación, interpone la correspondiente demanda. El Juez de Primera Instancia, en Sentencia de 23 de septiembre de 1967, estima la demanda y declara nulo el traspaso. Apelada la sentencia la Audiencia revoca la de Primera Instancia, sin entrar en el fondo por estar mal constituida la litis, al concurrir en el supuesto un litisconsorcio pasivo necesario. Desistido el recurso de casación, replantean la cuestión de nuevo y terminan suplicando se declare la nulidad del traspaso, se proceda a notificar el traspaso al propietario y se señale un plazo para que la demandada otorgue escritura de traspaso a su favor.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda y apelada es confirmada por la Audiencia Territorial en Sentencia de 24 de marzo de 1972. Interpone recurso de casación don Roberto López Rodríguez a favor del cual se había realizado el traspaso que ahora se declara nulo.

Dicho recurso, estructurado en seis motivos, alega fundamentalmente lo siguiente: 1) El carácter válido del negocio de traspaso, ya que en él se dan los requisitos esenciales del artículo 1.261; 2) Que respecto de dichos pactos él ocupa una posición de tercero amparada por el artículo 1.257; 3) Que se presume indebidamente, con infracción del artículo 1.253, el conocimiento por parte del cesionario de la existencia de dichos pactos, y 4) Que por analogía con la regulación legal del retracto, los plazos para su ejercicio son de caducidad y no de prescripción y por ello no cabe hablar de prescripción y menos de interrupción de la misma por interposición de la primera demanda. Siendo esto así, tenemos que el negocio particional se perfeccionó el 9 de octubre de 1959 y la demanda que dio lugar al actual pleito el 21 de enero de 1970; habiendo transcurrido, por tanto, los diez años previstos para la preferencia adquisitiva en términos de caducidad.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, siendo ponente el señor don Jacinto García Monge y Martín.

III. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA

Considerando que la sentencia recurrida, que estimó la acción ejercitada, que insta la declaración de nulidad del traspaso de un local de negocio efectuado por la arrendataria del mismo, hermana de los demandantes, a favor del hoy recurrente, parte como base fundamental de las cláusulas de la escritura de partición del haber hereditario del padre de los actores y dicha demandada, en la que por virtud de una de las cuales se adjudicó a su referida hermana determinado negocio, concediendo a los demás hermanos, adjudicatarios de otro cupo o lote de bienes, el derecho de tanteo, en el caso de que aquella tratase de traspasar, obligándose a poner en conocimiento de los luego demandantes, adjudicatarios de otro cupo de bienes, referida intención, cláusula que tendría la duración de diez años, agregando en otra cláusula que los derechos antes señalados se refieren exclusivamente a los de tanteo y retracto, y habiéndose dado el supuesto previsto en dichas estipulaciones, la adjudicataria del negocio notificó a sus hermanos el propósito de traspasar al hoy recurrente el local y negocio en el mismo instalado, y los demandantes, a su vez, notificaron a su hermana que hacían uso de su derecho invitándola a que señalase día y hora para llevarlo a efecto y percibir las cantidades correspondientes; mas a pesar de ello, la expresada hermana de los actores ha efectuado el traspaso a favor del demandado recurrente, y opuestos a la demandada el propietario del local y la persona que recibió por el traspaso el local y negocio, la sentencia objeto del recurso se funda tanto en el valor de las referidas cláusulas de la escritura particional, por ajustarse a la libertad de contratación que establece el artículo 1.255 del Código Civil, como en afirmar como hecho que los demandados, conociendo el preferente derecho de los actores a adquirir los bienes del cupo tercero, que comprende el local de negocio controvertido, han obrado maliciosamente para burlar tal derecho, llevando a cabo el traslado; y partiendo de estas premisas, la sentencia funda la resolución estimatoria de la demanda en que, conforme a las referidas cláusulas, la adjudicataria no podía transmitir el local sin la limitación contenida en la misma, esto es, la que dimanaba de los referidos derechos, ya que no llegó a tener el pleno dominio de los bienes que formaban su lote, al estar sometida la adjudicación a una doble condición, suspensiva y resolutoria, y por ella, hasta pasados diez años no adquiriría la plena y absoluta disposición de sus derechos, y por esto, al querer traspasar durante este plazo lo era bajo la referida condición resolutoria, que afecta también al demandado, que adquirió el local mediante el cuestionado traspaso, por cuanto éste tenía que subrogarse en idénticas condiciones en el derecho que ostentaba la cesionaria, por lo que la acción de nulidad ha de tener eficacia respecto a ambos, e independientemente de esta fundamentación añade la de que al concurrir la existencia de fraude

legal, ello da lugar a la aplicación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, determinante de la nulidad pretendida.

Considerando que para combatir el primero de los soportes jurídicos de la sentencia, el sexto de los motivos del recurso, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 1.257 del Código Civil, razonando que al no haber intervenido el recurrente en la escritura particional de los bienes del padre de los demandantes y de la transmitente del local por ella traspasado a favor de aquél, no pueden obligarle las estipulaciones contenidas en dicha escritura, que se refieren a los derechos de tanteo y de retracto concedido a los actores; mas ha de ponerse de manifiesto, en primer lugar, el hecho, no controvertido por el obligado cauce procesal del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que afirma, en los términos ya señalados, que todos los demandados, y, por tanto, el recurrente, conocían el preferente derecho de los demandantes para adquirir los bienes, entre los que se encuentra el local debatido, y, por otra parte, que, conforme a la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 1965 (R. 533), el principio ordenado en el precepto legal que ahora se invoca no es tan absoluto que no puedan extenderse a personas no intervinientes en lo pactado los efectos del contrato, cuando se adquiere por virtud de negocios jurídicos posteriores a otros entre el que transmite y adquirentes anteriores, en razón a la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipso haberet*, que impone el contratante, a título particular, la necesidad de soportar los efectos de los contratos precedentes que celebró quien transmita, como reconoce la sentencia de 17 de diciembre de 1959 (R. 1960, 1.209), doctrina aplicable a este caso, razones que conducen a la desestimación del motivo que se examina.

Considerando que el segundo de los motivos, seguido como todos los demás del recurso, por la misma vía procesal que el antes examinado, denuncia como infracción la violación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil y la de los artículos 1.º, 32 y 6.º de la Ley de Arrendamientos vigente de 23 de diciembre de 1964 (R. 1964, 2.885, y R. 1965, 86, y Ap. 51-66, 787), por cuanto razona que la sentencia de instancia estima válidas y eficaces las debatidas cláusulas de la escritura particional por ajustarse a la libertad de contratación, que establece el artículo 1.255 del Código Civil, y cabe oponer que la referencia que en una de ellas se contiene a la Ley de Arrendamientos Urbanos afecta, no a la esencia de las mismas, sino a la forma de notificar el propósito de traspasar, y no cabe, consiguientemente, admitir que exista contradicción entre dichas cláusulas y los preceptos de la legislación especial arrendaticia, posterior a dicha escritura particional, ni existe base para la aplicación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, por no contravenir dichas cláusulas la ley, y, finalmente, que los derechos que la legislación especial citada otorga al arrendador quedan salvaguardados en la sentencia recurrida, por todo lo cual debe el motivo ser desestimado.

Considerando que el tercero de los motivos denuncia como vicio de la sentencia la interpretación errónea del segundo párrafo del ar-

título 4.º del Código Civil, combatiendo los fundamentos de la misma de que el arrendatario causante de la persona que efectúa el traspaso no podía eficazmente renunciar al derecho respecto al mismo, por tratarse de un derecho no existente en la fecha, 15 de noviembre de 1941, en que se otorgó, ya que la legislación en vigor en aquel momento no contenía tal derecho en su esencial sentido, pues los Decretos de 21 y 30 de enero de 1936 (R. 170 y 253) sólo conferían al dueño del local el derecho a negarse al traspaso, siempre que indemnizase al arrendatario con una cantidad igual a la que éste entregó cuando, a su vez, con conocimiento de la propiedad, le fue traspasado el establecimiento; mas aparte de que tal derecho afecta exclusivamente al dueño arrendador, es patente que no tiene paridad alguna con el derecho de traspaso que la legislación posterior configura, y, finalmente, que al no haber efectuado el juzgador la exégesis de los preceptos invocados, no ha podido incurrir en el vicio de atribuirles un sentido contrario al que rectamente le corresponde, por todo lo cual debe el motivo desestimarse.

Considerando que el cuarto de los motivos alega violación de la doctrina contenida en la sentencia que cita, referente a la caducidad de las acciones de tanteo o de retracto, la cual opera por ministerio de la ley; mas debe fijarse que la referida caducidad, al no haber sido alegada en instancia, constituye en el recurso cuestión nueva; en segundo término, que el tiempo de duración de los derechos de tanteo y retracto que las cláusulas de la escritura particional fijan es ajeno al retracto legal a que la doctrina invocada se refiere, y que no cabe confundir el tiempo de duración de un derecho con la acción de ejercitarlo, y en este caso, la parte actora, dentro del tiempo de su vigor, ejercitó su derecho mediante el requerimiento por acta notarial a su hermana, sometida a la condición suspensiva y resolutoria ya expresada, sin que el hecho de no haber prosperado el primer pleito iniciado para hacerle efectivo, por la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, pueda dar lugar a la carencia de valor legal del mencionado requerimiento notarial, pues la desestimación de la demanda, dictada en el anterior pleito, sin entrar en el fondo del asunto, por la ya referida falta en la constitución de la relación jurídico-procesal, no tiene otro alcance que la absolución de la instancia, y deja vivo el derecho que en este pleito se ejercita, manteniendo plena eficacia el acta notarial de requerimiento antes citada, y, consecuentemente, haber sido iniciado su ejercicio dentro del tiempo prevenido en la cláusula de partición, todo lo cual conduce al perecimiento del referido motivo.

Considerando que el quinto de los motivos denuncia la aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil, alegando que la presunción que el Tribunal sentenciador estima respecto al conocimiento del recurrente de los pactos de la citada escritura particional contraviene el enlace preciso, conforme a las normas de criterio humano, entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir; mas ha de recordarse inicialmente que, conforme a los considerandos de la sentencia de primer grado aceptados por la recurrida, dicho conocimiento se afirma sin acudir a la vía presuntiva, y si bien en esta última

resolución se añade innecesariamente dicha afirmación, mediante la aplicación del artículo 1.253 del Código Civil, es preciso que, como proclama la doctrina de esta Sala, en el supuesto de no acatarse los hechos de la sentencia, han de combatirse por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y en el supuesto de ser aceptados, han de tenerse en cuenta todas las afirmaciones que como base contempla la sentencia para llegar a afirmar el hecho consecuencia de aquéllos, y en este caso, el Tribunal sentenciador no sólo basa la presunción en que al hoy recurrente se le veía y estaba personalmente en el negocio de referencia objeto del traspaso, sino que el mismo se concertó tan sólo seis días después de haber sido requeridos los actores por su hermana, poniendo a su conocimiento las condiciones del proyectado traspaso y venta del negocio, lo que plenamente conocía también el propietario arrendador, y estos hechos, fundamento también de la presunción, no son tenidos en cuenta en el motivo y tienen patente relevancia para llegar a la afirmación que se combate, independientemente que al basar el juzgador su afirmación en valorar la relación entre los hechos que señala, a fin de deducir el que consecuentemente declara, es dicho precepto legal el aplicable, y no es, por tanto, adecuado el concepto de infracción que se deduce, y si, por otra parte, el Tribunal se refiere, como mera hipótesis, al supuesto de que el demandado, hoy recurrente, hubiese ignorado las cláusulas citadas, ello es a los solos y únicos efectos de estimar que, conforme a las normas legales antes expuestas, ellas conducirían a la resolución del contrato y su nulidad, y debe, por los anteriores fundamentos, correr el motivo igual suerte adversa que los anteriores.

Considerando que el primero de los motivos combate el segundo de los fundamentos de la sentencia recurrida, denunciando la aplicación indebida del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, combatiendo la extensión que del referido precepto ha dado y aplicarse a la afirmación de fraude legal en este caso, y llegar por esta vía a la declaración de nulidad pretendida, y debe declararse que al no haber alcanzado el éxito pretendido los demás motivos del recurso, que combaten otros fundamentos de la sentencia, y ser éstos suficientes para mantener el fallo de la resolución recurrida, habría, aun en el supuesto de prosperar el motivo que se examina, de dictarse una sentencia idéntica a la recurrida, habiendo esta Sala declarado reiteradamente que procede denegar la casación por error en una motivación innecesaria y equivocada, sentencias de 20 de enero de 1941 y 11 de febrero de 1946 (R. 121), y que en el supuesto de haberse cometido alguna infracción tiene el fallo base bastante para mantenerse por otros razonamientos, sentencia de 20 de octubre de 1934; por todo lo cual, sea cualquiera el criterio de esta Sala respecto al fundamento que se combate, es improcedente examinar el motivo, que aun de prosperar, no podría conducir a dictar una resolución contraria a la que se recurre.

Considerando que procede, por las anteriores razones, la desestimación del recurso, con las consecuencias ordenadas en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV. COMENTARIO

1. *Traspaso de negocio*

Con unos contornos conceptuales francamente nebulosos, desde un punto de vista doctrinal, el traspaso es un fenómeno social y económico importante y con una carta de naturaleza tal que lo convierte en familiar. Convendrá despejar algunas dudas y precisar el concepto para poder profundizar en el análisis de esta sentencia.

1.1. *La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos (3)*

Valga por toda explicación la que da DE LA PLAZA como ponente de la Sentencia de 13 de marzo de 1943: «Cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece para construir esa institución, favorecidas por el silencio que a ese respecto guardan nuestros Cuerpos de Derecho material, desechadas las teorías que lo conciben como una persona jurídica, o como un patrimonio autónomo, o como una *universitas rerum*, que implica una reunión al par física y económica de elementos de muy variada condición que, unitariamente considerados, exigen un tratamiento jurídico propio, gana terreno en el orden científico la idea de que la empresa es, en suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser *en su conjunto* objeto de tráfico jurídico; sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales, en las que suele ser frecuentemente la transmisión, definitiva o temporal, del negocio mercantil como entidad sustantiva, ni pueda decirse ajena a nuestro Derecho, que, en algún caso, como el contemplado por el artículo 928 del Código de Comercio, admite la posibilidad de que la empresa sea traspasada, que es tanto como decir que, considerada como un todo, puede ser y es frecuentemente objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional» (4).

1.2. *Tipos de negocios jurídicos que pueden tener como objeto una empresa mercantil*

1.2.1. Negocios de disposición. Se trata del supuesto más frecuente. Se trata de un auténtico acto de enajenación. El vocablo vulgar traspaso

(3) *Vid.* con idéntico título el trabajo de ALVARO CALVO ALFAGEME en A.A.M.N., volumen I, págs. 517 y ss.

(4) *Vid.* Comentario a esta sentencia de POLO en R. D. P., 1943, págs. 317 a 321.

normalmente hace referencia a la sustitución definitiva de sujetos en la titularidad de un negocio. Hoy este supuesto de alguna forma tiene refrendo positivo, además del aludido artículo 928 del Código de Comercio, en el artículo 1.413, según la redacción dada al mismo por la Ley de 24 de abril de 1958. Para la exposición de motivos de dicha ley «los establecimientos mercantiles (expresión utilizada por el art. 1.413) son frecuentemente la expresión de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica». Se destaca así la idea de empresa, como objeto de enajenación, de la mera consideración del establecimiento mercantil como local de negocio en sentido estricto.

Señala DE LA CÁMARA que «establecimiento mercantil puede significar el local o locales en que la empresa mercantil tenga su asiento territorial. Pero no creemos que el artículo 1.413 haya querido aludir a esto cuando se ha referido a establecimientos mercantiles» (5).

La Sentencia de 26 de marzo de 1962 contrapone claramente el local de negocios al «traspaso íntegro, entrando el negocio en sí...» (6).

Queda claro, pues, que si bien lo hace a propósito del régimen económico del matrimonio nuestro Derecho positivo contempla el acto de enajenación de negocio. Dato con el que no contaba DE LA PLAZA en 1943.

1.2.2. Negocios de garantía. CALVO ALFAGEME se refiere a la prenda de la empresa. Reconoce la dificultad que plantea tal negocio jurídico (7). Años más tarde, con la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento la hipótesis recibirá, por lo menos nominalmente, refrendo positivo como un supuesto de hipoteca mobiliaria (8).

1.2.3. Negocio de cesión de uso: Arrendamiento. La Sentencia de 13 de marzo de 1943 concluye que «la relación puede ser rectamente

(5) «El nuevo artículo 1.413 del Código Civil», A. D. C., XIII, 1960, pág. 467.

(6) Vid. crítica a esta sentencia de DÍEZ PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo II, Madrid, 1969, pág. 369.

(7) Ob. cit., pág. 553.

(8) Vid. FUENTES LOJO: *La hipoteca de establecimientos mercantiles y la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1955; GÓMEZ-ACEBO: «La hipoteca de establecimiento mercantil», R. D. M., 1955, 123. Y los trabajos de VALLET: «Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», R. D. N., 1955, y «La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 17 de julio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», A. D. C., 1955, pág. 1227. Muestra sus reservas acerca de que lo efectivamente hipotecado sea la empresa. Pág. 1239: «No lo es la empresa... se centra en el local de negocio». En este sentido la exposición de motivos de la Ley es clara. No cabe, por tanto, hablar de hipoteca del negocio considerado como «universitas».

calificada de arrendamiento de una empresa mercantil, asentada en un inmueble de ajena propiedad, que constituía y constituye su base física».

La lectura del artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es suficientemente expresiva al describir el arrendamiento de industria. «Se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, *además* del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas.»

Puede calificarse de numerosa la jurisprudencia que ha perfilado el concepto vertido en el artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Así la de 10 de marzo de 1973 aclara que «el objeto del arrendamiento de industria es un complejo o universalidad de elementos materiales conectados y adecuados a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente...».

1.3. El traspaso de local de negocio y el traspaso de negocio como presupuesto de una preferencia adquisitiva

1.3.1. El traspaso de local de negocio es un presupuesto negocial sobre el cual el ordenamiento establece una preferencia adquisitiva de carácter legal. Así los artículos 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establecen los derechos de tanteo y retracto respectivamente a favor del propietario para el supuesto de que el arrendatario traspase el local de negocio.

1.3.2. El traspaso de negocio no es un presupuesto negocial utilizado por la ley para establecer una preferencia adquisitiva. Naturalmente la autonomía privada puede hacerlo. Pero el carácter de derecho real no se derivará en este caso de la ley, sino de las posibilidades de dicha autonomía de configurar una preferencia adquisitiva con carácter real. Por otro lado, así como el tanteo y el retracto no necesitan de la publicidad registral para perjudicar a terceros, el tanteo y el retracto convencional sí requieren dicha publicidad.

1.4. El traspaso de negocio y el tanteo de él dependiente y el Registro de la Propiedad

1.4.1. El traspaso de negocio no tiene acceso, como tal, al Registro de la Propiedad. Puede tenerlo la finca sobre la que se asienta, pero considerada en sí misma desligada del negocio.

1.4.2. El tanteo convencional tiene acceso al Registro de la Propiedad. A pesar de su carácter atípico, así parece reconocerlo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966, siempre que tenga carácter real, porque si se trata de una mera obligación el mismo Centro directivo ha excluido su inscripción en Resolución de 19 de septiembre de 1974.

1.4.3. Pero una cosa es que el tanteo convencional de carácter real, en base a la doctrina de la lista abierta de derechos reales, tenga acceso al Registro de la Propiedad y otra cosa es que lo tenga con carácter autónomo.

El tanteo es un derecho real limitado que se entiende necesariamente en relación a la propiedad plena de una finca. Cuando es el tanteo el que afecta a otro derecho inscribible puede entrar en el Registro de la Propiedad. Pero no por sí mismo, de una forma autónoma. Con esta característica solamente tienen acceso al Registro el dominio, la nuda propiedad, el usufructo, las respectivas posiciones dominicales que el censo presenta, y con carácter discutido el derecho de superficie.

Pero un negocio como tal no tiene acceso al Registro y un derecho de tanteo sobre él previsto, tampoco. En todo caso, y no lo es en el pleito que analizamos, si el traspaso supusiese transmisión del dominio de la finca sobre la cual se asienta el negocio podría el tanteo entrar en el Registro afectando a la finca únicamente. Pero en este caso el local de negocio pertenece a un tercero y el dominio no sufre modificación subjetiva alguna. Tal vez al darse anexo al traspaso de negocio el traspaso de local de negocio y de ser éste inscribible el tanteo podría afectar al arrendamiento. Pero es claro que el tanteo nunca tendría acceso al Registro afectando al negocio mismo.

1.5. *Calificación de la cláusula particional*

Parece claro que se establece una adjudicación de negocio a favor de uno de los hermanos. La propiedad del local de negocio en el que aquél se desarrolla, pertenece a un propietario ajeno al pleito. Se establece para el caso de enajenación del negocio un derecho de tanteo que durará diez años. Pasados los cuales, aunque se enajene el negocio, el tanteo es ineficaz. El tanteo tiene carácter convencional y no tiene acceso al Registro de la Propiedad, luego éste no le dota de publicidad suficiente como para perjudicar a tercero. Como el perjuicio de tercero es esencial en las preferencias adquisitivas, poco importa el carácter personal o real de dicho tanteo. Esa distinción sólo cobra relieve a los efectos de la posible inscripción. Si es real es inscribible, si es personal no. Pero si por razones

ajenas no tiene acceso al Registro, poco importa su carácter real o personal. No podrá perjudicar a tercero. Es decir, no podrá funcionar como tal preferencia adquisitiva, como tal tanteo.

2. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y VALIDEZ DEL PRESUPUESTO NEGOCIAL

Según POTHIER, «el retracto no tiende nunca a rescindir ni a destruir el contrato, sino a que el retrayente su subrogue derechos resultantes del mismo que correspondan a la persona del comprador, sobre quien el retracto se ejerce» (9).

Los derechos de adquisición preferente no cuestionan la validez del negocio de transmisión. Es más, presuponen su validez por dos razones: primera, porque requieren que el presupuesto del nacimiento de la pretensión sea efectivamente válido; segundo, porque sólo se justifica su ejercicio—desde un punto de vista de política legislativa—cuando efectivamente se produce un desprendimiento del propietario o titular de la cosa. Estos derechos inciden en el efecto adquisitivo—de ahí su denominación—pero presuponen todos los requisitos para que éste se produzca.

El artículo 1.521 precisa que el que ejercita el retracto se subroga en la posición del comprador. Si el negocio fuese nulo por la concurrencia de una pretensión adquisitiva no tendría sentido esa posible subrogación.

Podía pensarse que todo esto únicamente es aplicable al retracto que supone una enajenación consumada. Por el contrario, es aplicable también el tanteo y con más razón: En primer lugar, el negocio de enajenación aún no ha sido concluido. Por tanto, su incidencia en dicho negocio no tiene sentido. Como es sabido, cabe que el negocio sea perfecto pero no haya habido entrega y, por tanto, adquisición. Entonces, todavía es viable el derecho de tanteo. Pero no anulando el negocio, sino desviando hacia el patrimonio del titular del tanteo el efecto adquisitivo. En segundo lugar, aun cuando la enajenación se consume de espaldas a la pretensión del titular del tanteo, la viabilidad de éste no discurre a través de la nulidad del negocio de enajenación, sino reproduciendo la misma pretensión adquisitiva después de la enajenación. Es decir, la preferencia se canaliza en este caso como retracto. La Ley 462 de la Compilación navarra sigue este criterio expresamente: «El derecho de tanteo implica también el de retracto si la notificación no se hubiere practicado en forma o si la transmisión se realizase en condiciones distintas a las notificadas». La doctrina entiende con cierta unanimidad que, en efecto, tanteo y retracto no son sino dos momentos de una misma pretensión adquisitiva. Esta

(9) *Tratado de los contratos*, tomo II, Buenos Aires, 1944, pág. 9.

coincidencia en el modo de operar el tanteo y el retracto les confiere una fisonomía análoga y estrecho parentesco que se manifiesta en una inevitable conexión temporal y esencial. La conexión temporal implica una *continuidad*, que se manifiesta en que ordinariamente precede el tanteo al retracto... y que el retracto se conceda subsidiariamente cuando no haya habido posibilidad de ejercer el tanteo» (10).

Esta continuidad de la pretensión adquisitiva pone de relieve cómo la eficacia del tanteo y del retracto—aquí la examinada principalmente es el tanteo—discurre ajena a la entraña misma del negocio de enajenación. No cuestiona su validez.

3. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y TITULARIDAD

Los derechos de adquisición preferente son una categoría subsumible dentro de la más amplia de los derechos reales limitados. Es decir, de derechos que inciden en una propiedad ajena que supone su soporte económico y jurídico.

Su incidencia sobre la propiedad es distinta de la de los otros derechos reales limitados. No suponen un poder sobre la cosa. Razón por la cual DÍEZ PICAZO les niega el carácter de derechos reales (11).

La Ley 445, párrafo 1, de la Compilación navarra nos ofrece una descripción de estas figuras que puede ser útil para el análisis de la relación tanteo-dominio o, en el caso de la sentencia que comentamos, tanteo-titularidad del negocio. Dice así el precepto: «Los derechos de tanteo y retracto legal y los demás derechos reales de adquisición *limitan el poder de disposición* del dueño de la cosa y facultan a su titular para adquirirla con preferencia a terceros, en caso de transmisión onerosa».

ALBALADEJO subraya igualmente el carácter limitativo de estos derechos a los que reconoce el carácter de derecho real. «También son límites (a la libertad de enajenar la cosa *a quien el dueño desee*) todos los derechos de tanteo y retracto que establezca directamente la ley a favor de ciertas personas, tendentes a conferirles preferencia en caso de enajenación. Si han sido establecidos, no por la ley, sino por la voluntad de los interesados, no constituyen un límite, sino una limitación del dominio, pues no son régimen normal del mismo, sino que existen sólo si las partes les dieron vida» (12).

(10) ESPÍN: *Manual de Derecho Civil Español*, tomo II, Madrid, 1968, páginas 487 y 488.

(11) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1978, pág. 73.

(12) *Derecho Civil, III: Derecho de bienes*, volumen primero, Barcelona 1974, página 218.

Tratándose de una masa patrimonial de difícil configuración (13) es mejor utilizar el término genérico titularidad, que el más preciso de dominio o propiedad. Pues bien, ¿en qué medida limita el tanteo convencionalmente establecido la titularidad adquirida por los adjudicatarios del negocio?

La Sentencia de 16 de febrero de 1973 es en este punto tajante. Deduce de la cláusula particional final cuarta que la adjudicataria *no adquiriría la plena y absoluta disposición de sus derechos hasta pasados diez años, al estar sometida la adjudicación a una doble condición suspensiva y resolutoria*.

¿Es correcto afirmar esto? Da la impresión que el Tribunal Supremo ha querido llegar a una solución justa, a través de un razonamiento un tanto vago, que la pura técnica jurídica no puede proporcionar. Hay un primer argumento que desdibuja el razonamiento del Tribunal Supremo. Sea lo que sea el tanteo, es indudable que depende de una enajenación realizada por el titular del negocio. Luego, en primer lugar, el titular del negocio puede enajenar, ejercitar la facultad de disposición y, en segundo lugar, para que esa enajenación dé lugar al tanteo tiene que producirse dentro de los diez años previstos, luego ha de producirse precisamente en una supuesta situación de interinidad, puesto que la condición suspensiva aplaza la adquisición definitiva.

Por ello hay adquisición plena: porque la facultad de disposición ejercitable dentro del período de *condictio pendens* de una condición suspensiva es sencillamente absurdo.

En segundo lugar, efectivamente, hay una cierta incidencia del tanteo en la facultad de disposición del titular del negocio adjudicado. La Ley 445 de la Compilación navarra, de la que tomamos—convencionalmente—la definición de derechos reales de adquisición preferente, claramente habla de una incidencia de éstos en la facultad de disposición. Pero en este sentido es más preciso ALBALADEJO (14) al concretar el alcance de dicha limitación: queda restringida la libertad de enajenar la cosa a quien el dueño desee. A lo que hay que añadir dos cosas: primera, el propietario o titular no pierde la iniciativa de dirigir una oferta a quien quiera, y, en segundo lugar, la designación del adquirente es eventual, pues depende de que al titular del tanteo le convengan las condiciones de la enajenación fijadas sin su intervención. Luego la incidencia en la facultad de disposición, no en la titularidad toda, es limitada y eventual. Ciertamente muy ligera. Tan ligera que no puede asemejarse en nada a una prohibición de disponer temporal que sí sustraería temporalmente la facultad de dis-

(13) *Vid.* sentencia de 13 de marzo de 1943.

(14) *Ob. cit.*, pág. 73.

posición. Por eso podemos afirmar que la adquisición de la titularidad del negocio es plena y absoluta.

¿Podemos estar ante una condición resolutoria? El artículo 1.506 del Código Civil configura tanto el retracto legal como el convencional, como una causa de resolución. Hay, en efecto, un cierto efecto resolutorio.

Pero a esto hay que oponer: primero, que el tanteo se produce por vía ordinaria—no excepcional como retracto a través del cual pervive—antes de la enajenación y de la adquisición, luego nada puede resolver; segundo, una cosa es que se dé una coincidencia en el efecto—resolutorio—y otra que el mecanismo que desencadena ese efecto sea el mismo: una cosa es una condición—hecho futuro e incierto—y otra cosa una facultad potestativa de configuración. En un caso estamos ante la ceguera de los hechos, en el segundo ante el libre ejercicio de una facultad. En tercer lugar, y sobre toda otra consideración, el efecto resolutorio no alcanza al presuntamente gravado—según el Tribunal Supremo—por una condición resolutoria. El titular del negocio enajenado se desprende del negocio que lo adquiere un tercero que, caso de ejercitarse la pretensión adquisitiva, es el que sufre el efecto resolutorio. Se me dirá que esto ocurre con el retracto y no con el tanteo. Pero la situación, desde el punto de vista de los intereses del titular del negocio, es la misma: él ha decidido enajenar, él toma esa iniciativa de desprenderse y el que ve frustrada la adquisición es un tercero, no el propio titular.

Luego el tanteo no suspende la adquisición de la titularidad, no impide el ejercicio prácticamente normal del poder o facultad de disposición, y el posible efecto resolutorio sobre la oferta o sobre la adquisición no le alcanza a él. La afirmación que hace el Tribunal Supremo en su primer considerando es sencillamente insostenible.

4. AUTONOMÍA PRIVADA Y PREFERENCIA ADQUISITIVA

4.1. *Causa legal y atipicidad causal: interés legítimo*

Así como el tanteo legal responde siempre a un propósito de política legislativa, que justifica la existencia de estas cargas del dominio—que en principio se inspira en el principio de libertad de la propiedad—, el tanteo convencional carece de justificación apriorísticamente establecida por el ordenamiento. El apoyo del tanteo convencional no es otro que la autonomía privada plasmada en el artículo 1.255 del Código Civil, que admite la articulación en forma de tanteo de un interés legítimo de adquisición preferente.

4.2. *Tanteo convencional entre herederos*

Cabría preguntarse si en este caso, al tratarse de un tanteo convencional, sí, pero entre coherederos, no pervivirá de alguna forma la razón de política legislativa que acoge el retracto de coherederos y, por tanto, la fuerza de este tanteo no sea sólo el artículo 1.255, sino la relación que liga a los hermanos herederos. Si así fuere, habría un principio de razón para pensar que aun sin inscripción registral, dicho tanteo tuviese una fuerza frente a terceros, semejante al tanteo legal, por analogía del supuesto que soporta el tanteo convencional con el que prevé la ley para el retracto entre coherederos.

La *ratio* del artículo 1.067 no es mantenible en este caso por dos razones. En primer lugar ha cesado ya la situación de comunidad hereditaria. En segundo lugar por tratarse de cargas de la propiedad y regirse ésta básicamente por el principio de libertad de la propiedad, el tanteo y el retracto son cargas que no admiten una extensión analógica.

4.3. *Referencia a la L. A. U.*

Por último, hay que preguntarse si la remisión que se hace, en la cláusula particional, al régimen del tanteo del arrendador en caso de traspaso de local de negocio por el arrendatario, supone alguna modificación en el régimen normal del tanteo convencional. Pienso que salvo la referencia al plazo de dicho tanteo que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos la referencia a la misma es meramente interpretativa o explicativa del alcance que se le quiere dar al convenio, sin que por eso participe de la fuerza de aquél.

5. EL PLAZO

5.1. *Plazo de sujeción de la propiedad y plazo de ejercicio del tanteo*

En toda preferencia adquisitiva de origen convencional hay que distinguir dos plazos. Un primer plazo dentro del cual de producirse una enajenación es ejercitable el tanteo y un segundo plazo una vez producida la enajenación o notificada la pretensión de enajenar es ejercitable la preferencia adquisitiva ya nacida. También cabe especificar si sólo será ejercitable en una primera enajenación o puede serlo para sucesivos intentos.

El plazo de diez años, acerca del cual se cuestiona en la sentencia que

analizamos, no es un plazo de ejercicio del tanteo ya nacido, sino el período de sujeción de la propiedad y, por tanto, el plazo que marca la existencia del tanteo, cosa que en los tanteos legales no tiene sentido.

5.2. *Plazo de caducidad o de prescripción*

El plazo de ejercicio de la preferencia adquisitiva es, sin lugar a dudas, un plazo de caducidad. El plazo de sujeción de la propiedad tiene un carácter más discutible. En principio se trata de un plazo convencional y la caducidad y la prescripción parece que les conviene más a los plazos establecidos por la ley. Por otro lado, teniendo en cuenta que el interés tutelado es un interés originariamente privado, se inclina la balanza hacia una consideración del plazo como plazo de prescripción. De todas formas no conviene olvidar que la seguridad y certeza de la propiedad que está en juego es un interés de carácter general. En cualquier caso lo importante es retener que es un plazo para enmarcar la enajenación. Producida la enajenación dentro de los diez años, este plazo pierde toda relevancia. No tiene sentido argumentar ni en contra ni a favor como lo hacen el recurrente y el juzgador acerca de si han transcurrido diez años desde la partición hasta la interposición de la demanda. No guardan relación. La enajenación se ha producido dentro de los diez años. Con esto, punto final a la cuestión. La interposición de la demanda en cuanto a su pertinencia se mide por el otro plazo, el de ejercicio de la pretensión nacida.

6. EL FRAUDE

¿Cabe hablar de fraude en la transmisión del negocio hecha de espaldas a los requerimientos de los hermanos? Francamente creo que no. No hay utilización de ninguna cobertura, no hay utilización fraudulenta de una norma. Lo que hay, como luego veremos, es un simple incumplimiento de una obligación que la enajenante contrajo con sus hermanos al realizar la partición. No parece que sea aplicable al caso la dicción del artículo 6, número 4. Otra cosa es utilizar el término fraude en un sentido amplio y no técnico como «maniobra para perjudicar a otros». Pero no es ése el caso del fraude en sentido técnico.

6.1. *Relevancia del conocimiento de la preferencia adquisitiva por parte del tercero adquirente*

El fraude—como perjuicio—en sentido amplio sólo alcanza relieve en el ordenamiento a través del artículo 1.111. Este precepto está positi-

vizado contemplando un supuesto muy concreto que es el empobrecimiento fraudulento frente al acreedor. En este caso cabe hablar de fraude fuera del supuesto del artículo 6, número 4, y en este caso tiene relieve el conocimiento del carácter de la enajenación por el tercero. Fuera de ese caso que el tercero adquiriente que realiza un negocio no en perjuicio de un acreedor—la adjudicataria es, como veremos, obligada, pero no deudora—, sino del titular de una pretensión personal, carece de relieve.

7. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y «CARGAS OBLIGACIONALES»

El «quid» de esta sentencia radica en el hecho simple de que el Tribunal Supremo por razones extratécnicas da relieve a un tanteo convencional personal o real, pero en definitiva no inscrito. Es decir, hace valer un pacto de forma tal que su eficacia alcance a un tercero adquiriente. Esta es la gran cuestión de los tanteos y retractos personales. ¿Cómo una preferencia adquisitiva puede articularse obligacionalmente? No es posible. La vía seguida por el Tribunal Supremo será otra: recordará que el artículo 1.257 admite excepciones. En definitiva, tratará al tanteo como a un pacto. Es decir, reconocerá dos cosas: una, no tiene carácter real; dos, no se trata, por tanto, de una preferencia que ejercitan los titulares del presunto tanteo, sino de un compromiso que debe cumplir el obligado. Precisemos un poco todo esto.

7.1. *Carácter potestativo de las preferencias adquisitivas: la idea de facultad*

Los derechos reales de adquisición preferente, ya sean legales ya sean personales, suponen una posibilidad de adquisición *ad libitum* prefigurada a favor del titular del mismo—por contrato—o del titular de una determinada posición jurídica—por ley: comunero—que le faculta para en caso de enajenación, sopesar la posibilidad de adquirir la cosa en vez de un tercero interesado o adquiriente. Se trata de un derecho potestativo de configuración que tiene todo el aspecto de una *facultad*, aunque propiamente no sea tal. Se trata de una incidencia real en la facultad de disposición del propietario, en cuanto propietario, no en cuanto sujeto concreto con nombres y apellidos.

7.2. *Las «cargas obligacionales» como relaciones constituidas: la idea de vínculo*

Las denominamos obligacionales porque tienen un carácter estrictamente personal. Cargas, porque trascendiendo su carácter relativo, pueden

afectar a terceros y transmitirse afectando a los mismos. Es decir, prefigurando la facultad de disposición parece que delimitan la legitimación del titular de la cosa para la validez de un acto de enajenación: *nemo plus iuris ad alim transferre potest, quam ipso habeat*. Esta es ciertamente la auténtica ubicación técnica del tanteo y del retracto personales. No operan como preferencias adquisitivas, puesto que eso supone eficacia real, pero no son absolutamente ineficaces porque pueden trascender su carácter personal como «cargas obligacionales», es decir, como compromisos previos que relativizan el alcance del artículo 1.257 (15). ¿Qué diferencia hay entre ambos supuestos? Aquí la situación no la preside tanto la idea de facultad, como la idea de *vínculo* que previamente constituido, con carácter normal y definitivo, condiciona la facultad de disposición del titular de la cosa.

7.3. *El artículo 1.257 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

El alcance que deba darse al artículo 1.257 es el tema central del pleito y de la sentencia que aquí comentamos. La prudencia de los Tribunales debe, caso por caso, sopesar la conveniencia de aplicar este precepto. Todos los demás razonamientos no tienen sentido. El tanteo personal no es viable como preferencia adquisitiva y, por tanto, lo que en el litigio hay que decidir es el alcance que se le da al compromiso que ligaba a los hermanos, y por tanto, el alcance que en este caso concreto debe darse al artículo 1.257.

«No siempre es posible cambiar los efectos de un hecho jurídico sobre las personas de los interesados directos.» Esta idea es a su vez el límite al principio de relatividad de los contratos. La doctrina se ha ocupado de esta cuestión. DÍEZ PICAZO advierte que «los contratos que se van realizando sucesivamente, contemplan necesariamente y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes».

El Tribunal Supremo también, como es lógico, se ha enfrentado con esta cuestión. Nos limitaremos a dar noticia de las dos sentencias que se citan en los considerandos.

7.3.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1959. El 16 de junio de 1942 se constituyó la sociedad «Vidrios Manufacturados». Posteriormente, y por razones políticas, uno de los socios incluye en el haber social otros bienes inmuebles, siendo respetado por el resto de los socios el carácter de la aportación, asegurándole su devolución

(15) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970, páginas 264 y ss.

—como privativos—, otorgándole para ello los documentos necesarios para la reivindicación. Pasadas las circunstancias aludidas el socio aportante trató inútilmente de retirar dichos bienes y como consecuencia de todo ello se suicidó.

El 25 de septiembre de 1947 se tomó el acuerdo de disolver la sociedad, liquidar y vender los bienes. En la venta se incluyeron los bienes privativos del socio aportante.

La viuda demandó la nulidad del acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad y nulas las operaciones que traigan causa de ese acuerdo. Subsidiariamente pidió la nulidad de la venta de los bienes privativos de su marido, ahora de ella como heredera.

El Juez de Primera Instancia admitió la demanda y declaró nulo el acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad y, en consecuencia, nulos los actos de enajenación. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó parcialmente: admitió la validez del acuerdo social, pero mantuvo la nulidad de la venta de los bienes reclamados por la viuda. Los compradores interponen recurso de casación en el que hacen valer su condición de terceros civiles (art. 1.257) y su carácter de terceros hipotecarios (artículo 34 L. H.), porque concurren todos los requisitos para otorgarles la defensa de la fe pública registral.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. En el primer considerando abordó el problema en los siguientes términos:

Considerando que en el motivo primero del recurso, el recurrente aduce que la sentencia recurrida viola los artículos 1.257 del Código Civil y el 34 de la Ley Hipotecaria, alegando que tiene la condición de tercero civil, y conforme al precepto últimamente citado, al que protege la citada ley, por ser extraño al contrato de constitución de sociedad celebrado entre el marido y causante de la actora y los vendedores de las fincas que se reclaman; pero en este sentido de su argumentación olvida que el contrato cuya nulidad se pide sea declarada en la demanda es el de compraventa, en el que fueron parte, como compradores, los recurrentes, y no el de sociedad, clara diferenciación entre uno y otro, que hace inaplicable el artículo 1.257 en cuanto a su consideración de tercero, pues este precepto se limita a recoger la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos; pero ello no es obstáculo para que en otro aspecto el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, cuando se adquiere de uno de los contratantes por un acto *inter vivos*, cual la venta, y como consecuencia de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente, a título particular, soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influye en el derecho que se transmite, por cuyas dos razones no puede reputársele tercero en el orden civil ni tampoco en el hipote-

cario, pues para que el adquiriente se encuentre amparado por la fe pública registral, que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es preciso que desconozca que en el título que ostenta el transmitente existe una causa de nulidad o de resolución que no consta en el Registro, produciendo la disconformidad entre la realidad jurídica y la inscripción, requisito de la buena fe que exige primordialmente aquel precepto y negado por el Tribunal *a quo* que exista en este caso; es improcedente partir de que la buena fe concurre como supuestos de su razonamiento, ya que es doctrina jurisprudencial (sentencia de 24 de noviembre de 1915 y 12 de enero de 1943, entre otras muchas) que su apreciación como cuestión de hecho está atribuida a los Tribunales de Instancia, y sólo puede ser impugnada como error de hecho o de derecho por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y no por la del número primero, como hace el recurrente, todo lo que determina la desestimación de este motivo.

7.3.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1965. El 15 de enero de 1953 el actor recibe el traspaso de la exclusiva para la venta en la provincia de Valladolid de las aguas de «Castromonte Vita». Posteriormente esta entidad arrienda el negocio a don José María Isusquiza, desarrollando de esta forma el negocio el actor en la provincia de Valladolid y el señor Isusquiza en el resto de la península. Fallecido el señor Isusquiza los herederos desconocen los derechos del actor. Todo ello les llevó a interponer la correspondiente demanda que fue desestimada por el Juez de Primera Instancia. Apelada la sentencia fue revocada por la Audiencia reconociendo el derecho del actor de venta en exclusiva para Valladolid de las aguas medicinales «Castromonte Vita». Contra esta última, los herederos del señor Isusquiza interpusieron recurso de casación por infracción de ley, articulando en tres motivos en los cuales fundamentalmente alegan violación del artículo 1.257. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. En el primer considerando abordó el problema de la siguiente forma:

Considerando que el primer motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por no aplicación, concepto equivalente al de violación, del artículo 1.257 del Código Civil, y en él, tras de fijar los términos en que aparece, a juicio del recurrente, planteada la cuestión a resolver, se señala la diferencia de criterio sustentada, al respecto, por el Juzgado de Primera Instancia y por la Sala sentenciadora, entendiendo que las razones expuestas en el fallo dictado por aquél son suficientes, sin necesidad de exponer otras, para acreditar la existencia del defecto acusado, al no limitar los efectos de los contratos en pugna a los respectivos contratantes y sus herederos; pero para graduar la fuerza de este argumento único, que más que combatir lo resuelto por la Sala, se limita a subrayar lo que estima como mayor acierto por parte del juzgador en Primera Instancia, es preciso tener

en cuenta: A) Que si el artículo 1.257 del Código Civil no hace otra cosa que recoger el carácter relativo y personal que ha de reconocerse, a los efectos derivados de un contrato, que no pueden extenderse a los que no habiendo sido parte en ellos, no pueden quedar sujetos por las consecuencias de un consentimiento que ellos no prestaron y que no les vincula como herederos o causahabientes de los otorgantes, y por ello la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 1960 establece que conjugando los artículos 1.091 y 1.257 del Código Civil, bien se advierte que el contrato, que es ley para las partes que en él intervienen, únicamente entre estas que lo otorgan y sus herederos, debe producir efecto y sólo a ellos se puede exigir su cumplimiento, sin que sus estipulaciones puedan ser limitadas por quien, siendo ajeno a ellas, no ha tenido en las mismas participación alguna; este principio no es tan absoluto que no puedan extenderse a personas no intervinientes en lo pactado los efectos del contrato, bien por vía de atribución de derechos (estipulaciones a favor de terceros) o de limitación de los mismos, cuando se adquieren a virtud de negocios jurídicos, posteriores a otros celebrados entre el que los transmite y adquirientes anteriores, en razón a la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, que impone al contratante, a título particular, la necesidad de soportar los efectos de los contratos precedentes que celebró quien transmite, como reconoce la sentencia de 17 de diciembre de 1959. B) Que por ello la cuestión planteada en la litis no puede quedar reducida, como con criterio simplista entendió el Juzgado de Primera Instancia, a reconocer y proclamar la independencia de los contratos que quieren enfrentarse y se ponen para ello en juego, dentro del campo de la litis: aquel por el que la Sociedad explotadora del manantial concedió la exclusiva de venta de las aguas minerales, en un territorio determinado, a favor de quien luego cedió el derecho adquirido al hoy demandante, y el otro contrato posteriormente celebrado entre la Sociedad dicha y uno de sus accionistas para ceder a éste en arrendamiento la explotación del negocio; es obvio que el segundo contrato, precisamente por los efectos relativos y personales que le asigna el artículo 1.257 del Código Civil, no podía borrar o extinguir lo que el transmitente en el mismo había pactado con anterioridad a favor del exclusivista local de la venta de agua, hoy su sucesor, el demandante, y que el accionista arrendatario, del que son herederos los demandados, no podía adquirir por el contrato de arrendamiento más derechos de los que, a la sazón, estaban en poder y posesión de la Sociedad arrendadora, sin posible extensión a aquellos de que se había desprendido anteriormente y cuyo respeto le incumbía hasta su legal extinción, que por sí solo el arriendo no podía producir. C) Que, en consecuencia, la interferencia o colisión entre los dos contratos sólo podía producirse al desconocer la existencia y efectos de uno (el primeramente celebrado), extendiendo a su costa e indebidamente los efectos del otro, y en este punto la Sala sentenciadora, con un prolijo análisis de la prueba practicada y una meticulosa exposición de los hechos que, a virtud de la misma, estima como probados, pone de relieve que tal colisión o interferencia no llegó a producirse, por cuanto el accionista arrendatario de la explotación de las aguas conocía perfecta-

mente la existencia del anterior contrato de concesión de exclusiva, con carácter local, y lo respetó coadyuvando a su cumplimiento, con hechos tan elocuentes como permitir en todo momento y facilitar el agua convenida para el normal ejercicio de los derechos dimanantes del mismo, que visiblemente limitaban su esfera de acción, y coparticipando para ello con el exclusivista en la utilización del mismo local y uso de un teléfono común, para el desarrollo de sus respectivas actividades, situación de respeto que, aun con las posteriores variaciones de local impuestas por la necesidad de desalojar el primeramente ocupado, se prolongó hasta el óbito del arrendatario, siendo sus herederos los que, contrariando la situación creada y reiterada, pusieron fin a la misma de modo unilateral, interrumpiendo el suministro de agua, que hasta entonces se había efectuado normalmente, al exclusivista. D) Que como tales hechos no han sido atacados en el recurso y sus consecuencias jurídicas, que la Sala valora acertadamente, en observancia de la teoría de los actos propios, no pueden neutralizarse por la sola invocación de lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código Civil, que aparece debidamente observado por aquélla, el motivo se ofrece sin base suficiente para su legal estimación y por ello no puede ser acogido.

V. CONCLUSIONES

1. Probablemente esta sentencia—16 de febrero de 1973—hace justicia en el caso concreto. Acierta con la solución justa.
2. Desde un punto de vista técnico conviene precisar lo siguiente:
 - 2.1. Se acoge el tanteo convencional. No se aclara si su configuración es real u obligacional; en todo caso se le da, en definitiva, el trato de un pacto. Desde este punto de vista—admisión del tanteo convencional—el razonamiento de la sentencia hace perder valor a la mención que del mismo se hace.
 - 2.2. La calificación del traspaso como nulo no parece correcta. El compromiso previo podrá alcanzar a la facultad de disposición, y por tanto, plantea un problema de legitimación. Pero desde la óptica del artículo 1.261 y concordantes, el negocio de traspaso es de una validez incuestionable.
 - 2.3. La relatividad de la relatividad contractual establecida en el artículo 1.257 es patente. Se trata de un punto donde se hace sentir un mejor tratamiento doctrinal como necesario.

- 2.4. Conviene recordar que el artículo 1.257 no recoge únicamente una mera formulación doctrinal, sino que es una pieza dentro del sistema que articula el Derecho privado para proteger la seguridad del tráfico jurídico.
- 2.5. La tensión entre la seguridad jurídica y atendibilidad de un pacto no inscrito debe inclinarse en principio por el primer término de la alternativa, sobre todo tratándose del traspaso de una entidad mercantil.

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI
Profesor adjunto de Derecho Civil