

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

El derecho en el teatro español

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José María Izquierdo y Martínez

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



531384566X

TE
1409

EL DERECHO DE RETRACTO
.....

EN LA
.....

LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS
.....

Memoria que para aspirar
al grado de Doctor presenta
a la Universidad Central -
Ignacio Inquierde Alcolea.
Madrid, junio de 1953.

b 16492070

I N T R O D U C C I Ó N

- - - - -

1. Si intentásemos hacer en este trabajo un estudio completo de todos los retratos, evidentemente que para cumplir satisfactoriamente nuestro cometido tendríamos necesidad de enfrentarnos con la consideración histórica de esta institución (1). Para que el estudio de una figura jurídica sea completo hay que mirarle desde distintos puntos de vista, y uno de ellos es el histórico. La metodología jurídica exige que se mire el problema saliendo hacia abajo no sólo dogmáticamente, sino también en el tiempo. Porque la Historia no es sólo la consideración reflexiva y científica de las cosas que han sido, de tal manera que sean figuras muertas todas las que hayan tenido una existencia pasada. El orden jurídico pasa por distintas etapas en la marcha, unas veces veloz, más veces tranquila y sosegada, a través de los siglos. El Derecho actual, como todo orgánico y como unidad sistemática, es producto del pasado en la mayor parte de su contenido. No olvidemos que no siempre es resultado de una evolución progresiva y sin interrupciones la situación actual y concreta por que atraviesa un sistema de Derecho. También el legislador crea algunas veces figuras jurídicas "ex novo", figuras jurídicas que aparecen desde este momento incorpora -

das a esa ordenación homogénea que es el Derecho positivo vigente.

Claro está, que unas veces el legislador al crear de esta forma figuras jurídicas le hará no de una manera espontánea sino teniendo en cuenta módulos concretos a que referirse y a los cuales sigue, lo que puede hacer de una doble manera: o bien modifica la naturaleza y la técnica de una institución ya vigente en el ordenamiento positivo de que se trata y la hace extensiva a otras situaciones - todavía no jurídicas que se elevan en este momento a tales, o incorpora a su sistema legislativo figuras e instituciones de otras legislaciones extrañas a las que imita.

Hay que tener muy presente lo que sobre los estudios históricos ha dicho con sobrada razón Carnelutti (2), y es que divididos con la extensión del campo de observación los científicos, se multiplican los sectores en que cada grupo de ellos ha de actuar, y se distinguen los historiadores de los juristas; necesaria, dice él, pero triste división, que en buena parte anula el beneficio de la historia, porque hace menos fácil aquella comparación entre lo pasado y el presente, entre lo próximo y lo remoto, sin la cual la historia pierde todo su valor.

Se abusa ciertamente en la elaboración y en la construcción del Derecho de los estudios que se hacen en cuerpos jurídicos pasados y que tuvieron una vigencia en la historia. Con frecuencia otorgamos más importancia al Derecho del pasado que al que vivimos, si no nos olvidamos por completo de éste y hasta lo despreciamos, abandonándolo a

la aplicación que de él han de hacer los encargados de practicar con los Códigos.

Como ha dicho acertadamente Kirchmann, no todo fenómeno que haya surgido después de otro surgió necesariamente de él. (3).

Y así se nos presenta en la época actual, como un influjo legado de la Escuela histórica del Derecho, una atención desmedida y acaso no suficientemente meditada de los estudios históricos. Creemos que éstos son muy útiles, convenientes y necesarios para la dogmática jurídica, en general para la Ciencia del Derecho, pero cuando se usa de ellos con moderación y buen sentido, sin sacarlos más allá de lo que permite su misma significación. La exposición de la institución concreta a la luz de su situación histórica, temporalmente anterior, no ha de perder de vista la dirección presente y debe en lo posible iluminar su naturaleza y su fundamento; pero hacer consideraciones y perderse en disquisiciones históricas sin una importancia directa e inmediata en el estudio y en la interpretación del momento actual vigente nos parece dogmáticamente incorrecto.

Recorremos pensamos que esta especial modalidad y situación de los estudios jurídicos proceda de un deseo, en sí laudable y digno de cultivo, de justificar las instituciones y fundamentar la materia jurídica; que el usar prudentemente de esta forma de investigación es necesario y hasta constituye el hacerle una cualidad del jurista auténtico, y creemos también que el abuso procede de la crisis, todavía no del todo superada a pesar de los ingentes y en

comiables esfuerzos para vencerla, del Derecho natural, venero inagotable de formas nuevas y fundamento de todo el Derecho positivo.

El historiador del Derecho debe ser jurista y ha de mirar la materia de su trabajo, no como algo definitivamente muerta, sino como realidad que vive a través del tiempo y da sustancia y vigor, modela y delimita lo que actualmente rige, por su entronque histórico directo con lo vigente. Por eso es tan difícil como caprichosa la división de la historia en momentos o en épocas; porque la evolución de las instituciones jurídicas no se produce como por avulsión, usando de un símil a la vez histórico y jurídico, sino por aluvión, de una manera lenta (4), continua, casi imperceptible, por sucesivos pequeños incrementos. Y cuando una excepción hace que la mutación del ordenamiento jurídico, o de algún sector del ordenamiento jurídico, sea veloz, rápida, súbita, es que una conmoción histórica, política o económica impone, más que aconseja, esa convulsión. Diríamos que las trágicas experiencias de esos fenómenos que con frecuencia irrumpen en una determinada legislación positiva se deben, más que a la malicia de los derechos que sustituyen a otros viejos, a las deficiencias de las formas nuevas que pretenden encerrar el contenido de las viejas y ya clásicas, se deben, repite, a un trastorno producido por falta de armonía entre el fondo y la forma, por una especie de ausencia de correlación entre el Derecho y la vida. Como tantas veces se ha dicho, el Derecho es vida en constante y permanente fluir (5), y añadi-

nos nosotros, también trasunto de la vida.

Cuando se producen esas grandes innovaciones en el Derecho positivo es la vida la que tiene que acomodarse al Derecho con todas las graves inherentes consecuencias que esto lleva consigo. Si el Derecho sigue al tráfico jurídico normal de un momento determinado, es él el que ha de buscar contacto y entronque con la vida, con la que el legislador ha de hallarse por otra parte tan identificado para traducirla en normas reguladoras de la convivencia humana (6), - pero si se adelanta a él con innovaciones revolucionarias la vida se ve obligada, con la dificultad propia de estas acomodaciones, a adoptar las formas que le impone el legislador, - y es entonces al jurista a quien corresponde la noble tarea de acercar uno y otra en estrecho y apretado consorcio. El ideal sería buscar para las relaciones humanas una moldura - que no tuviera espinas, ideal tanto más difícil de conseguir cuanto que se imponen al legislador situaciones nuevas que regular y a las que dirigir. La dificultad estriba en abrir cauces por donde corran las relaciones humanas, económicas, sociales y... hasta de tendencia política.

En el Derecho civil moderno se advierte una tendencia a crear nuevos tipos legales en vista de la insuficiencia de los antiguos; por eso la ciencia jurídica anda tras el Derecho legislado, que a su vez ha de seguir a la vida. - No se crea con esto que reducimos el papel de la Ciencia a explicar, traducir, interpretar y construir con los materiales prestados por la Ley; aunque esto ya fuese suficiente para dignificar el cometido y la función de los juristas, cumple

a la Ciencia la misión honrosa y noble de preparar los senderos de la legislación futura, aconsejando, induciendo y hasta arrastrando con su autoridad las decisiones y resoluciones del legislador.

En la manera de regular históricamente una determinada institución podemos observar lo siguiente: hay en las diversas formas de ordenar la materia social de manera jurídica un cierto fondo común que permanece inalterable a través del tiempo y que le hace ser la misma en la historia, es lo que podríamos llamar elemento unificador, mantiene en trabazón estrecha los sistemas y los ordenamientos jurídicos; y hay otro elemento cambiante, variable, que le hace ser distinta en las sucesivas regulaciones históricas, es éste, en contraposición al primero, un elemento que podríamos calificar de diversificador. El historiador jurista debe poner de manifiesto cuáles sean estos matices diversificadores en el transcurso del tiempo, para determinar el sentido de la evolución y el carácter de su desenvolvimiento. Y al jurista - historiador corresponde descubrir el elemento que le da unidad, estudiando lo permanente (7).

Como el título de nuestro trabajo indica, nosotros tratamos de estudiar una modalidad de esa multiforme y variadísima gran figura del Derecho de retracto; concretamente la que se refiere a los arrendamientos urbanos, creada por primera vez en España por la Ley actualmente vigente de 31 de diciembre de 1946. Por eso, a pesar de la importancia que tienen a este respecto los estudios históricos en la dogmática jurídica, nos hemos creído relevados de hacer in-

dicciones y análisis de este carácter, que por otra parte - a nada habrían de conducirnos.

2 De la misma manera se nos ofrece un problema de relaciones entre el retracto legal y el retracto convencional, llamado también pacto de retroventa o a carta de gracia, aunque con discutida cuanto dudosa propiedad terminológica y - hasta histórica.

No olvidamos que una y otra modalidad retractual tienen significado y actuación diversos. Los dos, sin embargo, - se deben considerar dentro del actual ordenamiento positivo - legal como verdaderos y propios retractos, aunque otra cosa parezcan aconsejar la crítica del lenguaje y manifestaciones etimológicas más o menos auténticas.

Hay autores que entienden que sólo el retracto que - nace del pacto entre los contratantes en una compraventa es el verdadero retracto (8). Otros, por el contrario, creen que el verdadero retracto es el legal, anunciado y definido en - el artículo 1.521 del Código civil y que encuentra su desarrollo más concreto en otros preceptos del mismo Cuerpo legal, y que el otro, el convencional, debe ser considerado - ni más ni menos que como una manifestación de la libertad - de configuración en las obligaciones por las partes intervinientes en el negocio jurídico de que se trata y recogida a través del ordenamiento de Alcalá (Ley única del título XVI) por el artículo 1255 de nuestro Código civil (9).

Sea una u otra cosa, como decíamos anteriormente, es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico positivo gozan los dos de la cualidad de auténticos y verdaderos retractos.

La cuestión de la terminología no es motivo bastante para desvirtuar el sentido que un Derecho positivo determinado dé a una figura jurídica o a una institución de una manera terminante, taxativa, clara y expresa. Riosa hace del significado etimológico gramatical de la palabra retrato el verdadero punto de arranque para determinar el carácter y la naturaleza de este derecho (10), olvidando que muchas veces las palabras que designan una idea no son del todo apropiadas si se les ha de dar exclusivamente aquel significado que originaria e históricamente hayan recibido. - A nuestro modo de ver, hay razones para mantener la opinión de que no es un desatino gramatical el seguir llamando al retrato legal tal retrato, y esto sin ofender el lenguaje. - En primer lugar, que aunque uno, aunque el más extendido y corriente significado de la palabra retraer sea el de volver a traer, traer hacia sí alguna cosa que antes ha estado ya en nuestro poder y disposición, algo que supone volver a nosotros de nuevo, otro significado que se desprende también de la misma raíz del vocablo es sin duda el de traer hacia nosotros... sin más; incorporar en nuestro patrimonio algún bien o derecho, independientemente de que con anterioridad haya o no estado en él, haya o no pertenecido a nosotros. La palabra retraer se deriva sin duda de ningún género del verbo latino retrahere, compuesto de trahere que significa traer, acercar, y de la partícula re que refuerza su sentido, indicando con elle la fuerza, la energía, el vigor, en definitiva la necesidad jurídica con que se efectúa la acción de traer. Esto ya es bastante para conservar la palabra

retracte dentro de nuestra técnica con el significado que a la especie^{del} legal es atribuida por nuestro ordenamiento -- jurídico positivo, ya por los diversos artículos del Código civil que recoge retractos de este tipo, ya por las leyes especiales que atribuyen derechos de esta naturaleza; -- pero si no fuera éste motivo suficiente, que a nuestro juicio le es, tenemos todavía para mantenerla la razón práctica de que en la terminología legal, en la doctrina de la generalidad casi absoluta de los autores (11), y hasta en el uso corriente de los profanos en materia de Derecho, es tan corrientemente empleada, tan por todos comprendida, que la prudencia aconseja seguir llamando retracto al por la Ley -- calificado de tal, aunque hubiera alguna derivación de significado con relación al originario, primitivo y etimológico, que por lo demás hemos visto que no lo hay. La extensión que ha alcanzado en la doctrina jurídica, en la terminología legal y en la práctica más corriente y constante de la vida, en los Tribunales y fuera de ellos, así como el no estar en desacuerdo con la derivación expresa del vocablo, -- así lo abonan, aparte de que no se ha encontrado todavía -- ningún otro que le sustituya con ventajas. El término -- derecho de sustitución que Ríasa propone y recomienda, tiene muy serios inconvenientes, de los que, como más importantes, vamos a señalar solamente dos: 1a. la resistencia natural de la doctrina en materia de denominación y terminología a admitir palabras nuevas cuando las utilizadas normalmente no presentan ninguna dificultad de importancia, y 2a., y éste muy poderoso y digno de ser tenido en cuenta en toda

Ciencia, que así como el vocablo retracto legal es término inequívoco, de significado claro y concreto en nuestro sistema legal, la palabra sustitución goza ya en nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente en el campo del Derecho sucesorio, de un significado y una significación que no es posible identificar ni mucho menos asimilar al que en el Derecho de obligaciones se le quiere dar. La ciencia utiliza los conceptos como instrumentos y emplea vocablos para calificar estos conceptos, palabras que encierran en su seno una idea. Debe tender, pues, la doctrina a que cada figura jurídica sea denominada de forma que la sola enunciación evoque un concepto, y debe huir por el contrario del vicio que implica, para una buena inteligencia entre sus cultivadores, el utilizar una palabra con significados diversos dentro del mismo sistema.

Pero descartando estos problemas de etimología y de denominación, no parece adecuado en un tema concreto como el de nuestro trabajo, acudir a cuestiones que no tienen ninguna manifestación dentro de él, de las que no se derivan consecuencias aplicables al cuerpo y a la entraña del estudio que se propone. Por eso prescindimos en absoluto de las relaciones que puedan existir entre una y otra modalidad retractual, convencional y legal, para adentrarnos en el estudio de la naturaleza de este último, naturaleza de la que se deriva el carácter y la esencia íntima del que no es más que una especialidad dentro del árbol frondoso y fecundo de los retractos legales.

Como ya hemos dicho, carece por entero nuestra figura jurídica de antecedentes legislativos, ya que aparece

por vez primera regulado el derecho de retracto que nos ocupa en el capítulo VI de la Ley de Arrendamientos Urbanos, - texto articulado conforme a la Ley de Bases de 21 de diciembre de 1946, en la que aparecía ordenado en la correlativa - Base VI.

-:-:-:-:-:-:-:-:-:-

NATURALEZA JURÍDICA
.....

DEL
.....

DERECHO DE RETRACTO.
.....

Los retratos concedidos al inquilino y al arrendatario del local de negocio por la Ley de Arrendamientos urbanos de diciembre de 1946, así como el que se otorga al arrendador de local de negocio en los artículos 47 y siguientes de la misma en el caso de traspase de dicho local, tienen evidentemente idéntica naturaleza, la misma estructura que los demás retratos legales; participan, pues, de sus caracteres aunque en ocasiones presenten algún matiz diversificador, como sucede por ejemplo con la renunciabilidad o no de los derechos que nos ocupan. Por eso hemos creído, en contraposición a lo que hemos expuesto a propósito de la historia de esta institución, que debemos hacer unas indicaciones a propósito de la naturaleza jurídica de los retratos legales en general. Lo que digamos genéricamente de éstos tendrá aplicación inmediata y directa a la especie que nos ocupa; y además haremos también alguna reflexión particular para el mejor análisis de la naturaleza de los concretos derechos que ocupan nuestra atención.

El tanteo y el retrato no son derechos que tengan una diversidad de estructura, sino que participan de la misma esencia (12); uno y otro no son más que momentos distintos de un derecho preferente de adquisición, o si se quiere de adquisición preferente. Operan en distintos momentos; pero, como ya hemos dicho, gozan los dos de los mismos caracteres y de la misma naturaleza.

Mucho se ha discutido sobre lo que realmente constituye la esencia del derecho de retraer. A nosotros nos pare-

ce que desde el primer momento se impone una distinción, - una distinción por demás lógica y clara y que es, según - nosotros pensamos, el origen de toda la confusión en que - dificultosamente trata de moverse la doctrina al hacer el - análisis de esta cuestión. Para unos autores la esencia - verdadera del derecho de retracto consiste en la facultad - de preferente adquisición que se concede a su titular; para - otros, en ser un derecho real; otros afirman que más bien se - trata de una condición resolutoria; otros, hablan de un de- - recho a subrogarse en lugar del comprador o genéricamente - en lugar del adquirente; otros creen que la verdadera natura- - leza de nuestro derecho es el tratarse de una subrogación - sui generis; no falta quien dice que se trata de una mera - sustitución de personas... etc., etc.

Como se ve no reinan precisamente la armonía y el - acuerdo entre los tratadistas que se han ocupado de este - capítulo del derecho de retracto.

Nosotros hemos creído ver, como ya hemos dicho, una distinción que consiste en separar, a efectos de determinar la naturaleza de esta institución, lo que verdaderamente - constituye su esencia y lo que no es más que el procedimien- - to para que opere la finalidad del derecho de retraer. Hay - que partir de un supuesto necesario, de una distinción. La - distinción de que hablamos es la que disocia, real, lógica - y científicamente el derecho que se concede al favorecido - por esta institución y las consecuencias jurídicas y hasta - económicas, que se producen con el ejercicio de ese mismo - derecho o facultad jurídica. Así, una cosa es la esencia -

y la naturaleza de la facultad que la ley otorga de adquirir con preferencia a otros y estando en determinada posición jurídica, y otra muy distinta la técnica de este derecho a través de su ejercicio.

Esencia del derecho de retraer, adquirir la propiedad preferentemente a cualquier otro, he ahí el fondo, la sustancia de la institución; resolver la venta, subrogarse en el lugar del comprador, obligarle a vender... he ahí la forma - el procedimiento para adquirir, el mecanismo del ejercicio - del derecho de retraer.

La naturaleza de un derecho es y debe ser independiente de su ejercicio. Un derecho tiene su naturaleza propia - aunque no se le haga valer, aunque no se ejercite, y cómo llamar condición resolutoria, subrogación de persona, rescisión de un contrato anterior, o si se quiere resolución, o mera sustitución de personas, como también se ha llamado, a lo que no es más que una consecuencia de su ejercicio, un mero resultado de la acción con éxito de retraer?... El ejercicio puede faltar y el derecho permanece no obstante - en la plenitud de su naturaleza, inalterable en su esencia.

Hay que buscar, pues, categorías jurídicas que definan la esencia estática, diríamos anatómica, del derecho - que nos ocupa y que no dependan de su ejercicio, que por otra parte, y como sucede con el de la mayor parte de los derechos, es potestativo, facultativo si se quiere, y renunciabile.

1. EL DERECHO DE RETRACTO COMO DERECHO POTESTATIVO.-

Esta es la tesis de Demófilo de Buen. Es de observar, dice,

que el derecho de retraer no concede una situación sobre la cosa, sino sólo la facultad de crearla; es un derecho potestativo de trascendencia real; y aunque esto lo dice a propósito del retracto convencional, más adelante añade: Igual - cabe decir del retracto legal (13).

De la misma opinión es Benet, quien en el tomo II, - página 43, de la misma obra, se expresa en los siguientes términos: El derecho de retracto es un derecho potestativo y, aún más concretamente, un derecho de adquisición. Concede a su titular la facultad de adquirir una cosa, dejando - sin efecto una transmisión anterior, mediante el cumplimiento de determinadas condiciones.

2

Para hacer el análisis de esta forma de concebir el derecho de retraer, es imprescindible estudiar siquiera sea brevemente esta modalidad en el poder jurídico que suponen - los derechos potestativos. Claro está, que es del todo impertinente hacer un estudio detenido y acabado, minucioso, de - la controversia a propósito de estos derechos, controversia por otra parte que no tiene lugar en una monografía que se - destina al estudio del derecho de retracto en los arrendamientos urbanos, por lo que hemos de limitarnos a trazar algunos rasgos que configuren su significado.

Como Seckel define los derechos potestativos como derechos subjetivos concretos, el contenido de los cuales es el poder de conformación de una relación jurídica concreta mediante un negocio jurídico unilateral (14).

Fácil es advertir en esta definición de Seckel la limitación con que concibe su autor la teoría de los derechos

potestativos. Se puede ver en ella una reducción, una limitación de los derechos potestativos en una triple dirección: en primer lugar, los llama derechos subjetivos concretos, - con lo que da a entender sin duda que los derechos potestativos no son, como han dicho otros autores que son, poderes intermedios entre los verdaderos derechos subjetivos dotados de acción y las simples facultades jurídicas.

Son, pues, para él, según se deduce del anterior concepto, una modalidad en los derechos subjetivos, una categoría especial, derechos subjetivos específicos, pero al fin derechos subjetivos. Claro está, que Seckel los reúne bajo la denominación de derechos de configuración, separándolos a su vez de otros derechos potestativos.

Por otra parte, parece limitarlos (15) a la posibilidad de conformación o configuración, lo que sólo parece ser cierto para determinados, para una clase especial o un grupo, de los derechos potestativos; y por fin, la manifestación de voluntad que les da nacimiento ha de consistir en un negocio jurídico unilateral. De la calificación, sin embargo, de otros autores, se desprende que basta con que sea una manifestación de voluntad, aunque no sea más que a través de un acto jurídico, que puede ser distinto del negocio unilateral a que Seckel se refiere.

Una mayor amplitud parece reflejar la concepción de Stelfi, según el cual (16), se comprende bajo la denominación de derechos potestativos el poder que corresponde a una persona de hacer cesar un estado jurídico existente o de producir un nuevo efecto jurídico merced a la simple declaración

de voluntad del titular de tal derecho y sin el concurso de la voluntad de la persona sobre la que se ejerce dicho poder jurídico.

Como vemos, amplía la anterior doctrina de Geckel en un doble sentido: en el de comprender no solamente los poderes de creación de situaciones nuevas, sino también en el de poder extinguir o hacer cesar un efecto jurídico preexistente y en el de ser suficiente una cualquiera declaración de voluntad aunque no sea específicamente constitutiva de un negocio jurídico unilateral.

Von Tuhr, quien por otra parte considera el derecho de retroventa como un derecho potestativo, a los que él llama derechos de configuración y que estudia dentro de los derechos secundarios, dice que tales facultades son innumerables e ilimitadamente diversas, pero que siempre se fundan en ciertos supuestos exactamente determinados. En este caso es posible hablar de derechos, son los que llama de potestad Zittelmann (17).

Es de hacer notar la extraordinaria y casi alarmante amplitud que ha recibido esta doctrina de los derechos potestativos en Alemania, sobre todo a partir de la enjundiosa y monumental obra de Enneccerus.

8 Enneccerus los llama derechos a la modificación jurídica o derechos de formación y comprende así el poder jurídico en virtud del cual puede producirse por nosotros (exclusivamente) o a nuestro favor, aún sin nuestra voluntad, una modificación jurídica, o sea, el nacimiento, la extinción o la modificación de derechos subjetivos. La modifica -

ción se produce por virtud de una mera declaración de voluntad (formal e no formal) o mediante un acto determinado, o mediante una declaración de voluntad junto con una sentencia judicial constitutiva, o por la declaración de otra autoridad, o finalmente, sin intervención alguna de nuestra voluntad (18).

Como se ve, lo que era dominante, preponderante en el estado anterior de la doctrina, este es, la voluntad, - a la que Windscheid llamaba normativa para el nacimiento, - modificación o extinción del derecho, lo que constituía la esencia de estos poderes de configuración ha dejado de ser elemento integrante para el efecto jurídico perseguido. - En la corriente doctrinal moderna se advierte que puede incluso faltar la voluntad en determinados derechos potestativos, por lo menos de manera inmediata y directa, o que, produciéndose en virtud de una manifestación de la voluntad del titular, no sea ella por sí misma la reguladora de los efectos, la productora del nacimiento, modificación o extinción de la relación jurídica, sino que puede reducirse al papel secundario de provocar una actuación ante la autoridad, cuya resolución será en definitiva la que produzca el efecto jurídico apetecido y perseguido por el titular, esto es, el crear, modificar o extinguir una relación jurídica o más ampliamente una situación de derecho. Ya no será la voluntad creadora inmediata, sino mediatamente; ya no es esencial su actuación, porque puede faltar o necesitar de algún otro complemento, con lo que se desvirtúa incluso esa posibilidad conferida por el ordenamiento jurídico al titular de tales derechos, que ya no son potestativos, porque potestativo -

quiere decir tanto como facultativo, y lo facultativo está confiado al arbitrio y un poco a la discreción de la voluntad.

- 4 Hemos de consignar que la novedad de la doctrina, el auge y la popularidad de los propugnadores de esta categoría de derechos, así como la sorprendente y casi ilimitada hospitalidad de su construcción, que era capaz de acoger en su regazo todas o casi todas las formas de derechos hasta entonces rebeldes a toda sistemática conocida, hicieron que gozara en un principio de una cálida y favorable acogida.

Esta misma indeterminación de sus contornos y la facilidad con que se pueden agrupar en su concepto facultades de la más variada índole han sido, tal vez, los motivos de su desgracia. Porque hay que reconocer que esa doctrina un poco imprecisa e indeterminada de los derechos potestativos ha caído modernamente en grave descrédito ante los estudiosos del Derecho civil, provocando de alguno de ellos en ocasiones alguna crítica no siempre falta de irenia.

Los autores que la reciben no están de acuerdo ni en el nombre con que ha de ser designada esta especie de derechos ni tampoco en el concepto, ni siquiera en el alcance y significado de su contenido.

Stelfi (19) entiende que no debe aceptarse una distinción de los derechos que no se presenta con caracteres bien definidos y precisos. El profesor de Castro (20) dice que prácticamente esta dirección doctrinal tampoco ha podido conseguir ningún resultado aprovechable, ya que no ha logrado encontrar ningún carácter común, ni señalar ninguna regla

aplicable a todo el heterogéneo conglomerado de figuras jurídicas que se ha querido bautizar con el nombre de derechos de formación jurídica.

Los casos mencionados por los autores, sigue diciendo el profesor citado, como derechos conformativos son de distinta naturaleza, los más no merecen siquiera el nombre de derechos.

Y añade más tarde, con una consideración que nos parece sumamente acertada: Si se procediera con seriedad y rigor lógico en la aplicación de la doctrina de los derechos del poder jurídico, se llegaría a la conclusión de que casi ninguna figura jurídica dejaba de tener tal carácter.

Messina reconoce que a pesar de la acogida favorable y creciente de la nueva clasificación no se puede decir todavía que se haya fijado totalmente en todos sus aspectos (21).

Se han llamado también a los derechos potestativos - derechos sin acción, lo que ha servido a Ferrara para hacerles una dura y acaso definitiva crítica (22). En el derecho potestativo falta una persona obligada que sea correlativa a la facultad que se otorga al titular, falta, pues, el deber que acompaña a todo derecho subjetivo, así como el sujeto pasivo que es requisito de todo derecho.

Los autores referidos que acogen la tesis que acabamos de examinar con inclusión de Ferrara, conciben el derecho de retracto como un derecho potestativo de adquisición, que no es más que una rama de las tres en que tradicionalmente se viene dividiendo esta especie de los derechos potestativos (23).

Von Tuhr los trata como una especie de los derechos de apropiación, que él clasifica entre los constitutivos (24)

5 Pues bien, hemos de fijar la atención, a nuestro objeto, sobre algunos puntos concretos del análisis ligero que acabamos de hacer, con el fin de asimilar e no el derecho de retracto a estos poderes de conformación o potestativos. - Para la mayor parte de los autores, como hemos tenido ocasión de ver, la esencia de esta pretendida categoría de derechos reside en la posibilidad reconocida a la voluntad de producir por sí misma determinados efectos jurídicos. Consiste en la facultad de implicar mediante la sola manifestación del titular a una tercera persona, que queda por este mismo subordinada a la creación de una situación jurídica o a la modificación o a la extinción que se haya producido como efecto de tal declaración de voluntad. Así, son derechos cuyo nacimiento se confía exclusivamente a la voluntad de su titular. Mas ha de hacerse la advertencia de que mientras no se actúa la voluntad, en este sentido soberana y autónoma, - no existe más que una posibilidad de producir el efecto jurídico que se persigue, y cuando la voluntad se ha manifestado existe ya otro poder, otro derecho, pero un derecho que no es el potestativo, sino el definitivo derecho subjetivo - creado por su ejercicio.

Los derechos potestativos son unas veces manifestaciones de la voluntad de obrar o incluso de la jurídica; otras, simples reconocimientos del ordenamiento jurídico que conlleva determinadas facultades, y otras no son otra cosa que la mera expresión de derechos conferidos y cuyo ejercicio se

confía al arbitrio del titular. La mayor parte de las figuras acogidas por la doctrina al amparo del vago e indeterminado título de derechos potestativos, no es otra cosa que un resultado de la regla general establecida en el artículo 4º., párrafo 2º., del Código civil, según la que los derechos reconocidos en las leyes son renunciables.

De ninguna manera puede decirse, a nuestro juicio, - que el derecho de retracto legal sea un derecho potestativo. Prescindiendo por ahora de la existencia, siquiera sea lógica e intelectual, de estos tipos de derechos, es evidente que el poder jurídico es ya tal derecho, aun antes de que llegue a ejercitarse judicial o extrajudicialmente. En efecto, el ejercicio de una acción en el actual sistema procesal, implica la existencia de un derecho substantivo subjetivo. - La voluntad del titular no interviene para su nacimiento, - por lo menos exclusivamente. Los únicos supuestos de hecho que requiere la ley para que el derecho de retracto nazca - son la transmisión onerosa y la cualidad personal en el retrayente, variable según la clase de retracto de que se trate. Lo único que es potestativo en el retracto es el ejercicio, por otra parte condición ésta común a todos los derechos, salvo lo dispuesto en el inciso último del párrafo 2º del artículo 4º del Código civil.

El derecho nace desde el momento en que se opera la - transmisión originaria, no con la manifestación de voluntad que implica su ejercicio (25). Por esto, la única voluntad - en todo caso que interviene para su creación y nacimiento, - es la de la ley (26). Luego de ninguna manera puede decirse -

como se ha dicho, que es el derecho de retracto, un derecho potestativo.

Otra de las circunstancias que aconsejan la no asimilación del derecho de retracto a esta especie de los derechos potestativos es que la literatura jurídica viene concibiendo normalmente a éstos como categorías intermedias entre los verdaderos y propios derechos subjetivos dotados de acción y las otras facultades más débiles designadas con el calificativo de facultades jurídicas. El derecho de retracto es un verdadero derecho subjetivo, independientemente de su catalogación dentro de una u otra clase en que se dividen los derechos patrimoniales, esto es, de que constituya o no un derecho real.

El derecho de retracto puede ser considerado potestativo en otro sentido: en el de que su ejercicio con éxito origina el derecho de propiedad. Pero este efecto que se produce con el ejercicio del derecho de retracto no es más que una consecuencia jurídica, el resultado de su actuación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1944, un poco influenciada sin duda por esta doctrina que considera el derecho de retracto como un derecho potestativo, entiende que el derecho de retracto no adquiere vida real hasta que por su titular se decide utilizarlo. Pero utilizar una cosa, un derecho, presupone su existencia.

El derecho de retracto se nos presenta, pues, como un verdadero derecho subjetivo, dotado de una acción propia. Lo que falta por delimitar es si siendo, como decimos que es, un derecho subjetivo, constituye o no un derecho real, y en

su caso, cuáles son los caracteres que lo determinan y cualifican, configurando su estructura.

EL DERECHO DE RETRACTO CONFIGURADO COMO DERECHO REAL.

1 No es este el lugar más adecuado para señalar los caracteres del derecho real, concepto ampliamente tratado en algunas muy valiosas monografías y en casi todos los tratados generales del Derecho civil. Hemos de dar por supuesta una serie de conocimientos generales propios de nuestra Ciencia, sin perjuicio de hacer una ligera referencia a alguno de ellos, e incidentalmente, para mejor enmarcar la naturaleza del derecho que ocupa nuestra atención.

A partir de la publicación del Código civil español en el año 1889 se ha introducido en la doctrina civilística y en la más repetida jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal una corriente abiertamente favorable a la concepción del derecho de retracto como derecho de naturaleza real. Mas también es verdad que en los últimos tiempos, sobre todo a partir de la monumental obra de Roca Sastre, ha influido extraordinariamente una opinión contraria, que podríamos llamar negativa, que pretende desvirtuar el carácter de derecho real que de ordinario y comúnmente se venía atribuyendo a los derechos de tanteo y de retracto, y que sustituye la ya tradicional doctrina por otra que resta a este tipo de derechos gran parte de su autonomía teórica y a la que más adelante habremos de referirnos.

Concibe el derecho de retracto como auténtico derecho real el prestigioso y erudito Sánchez Román, quien incluye -

los derechos de retracto y de tanteo dentro de la clasificación general de derechos reales, encuadrándoles dentro de los que, sin separarse las dos facultades de gozar y disponer de la cosa, imponen algunas limitaciones y nacidos, dice el mismo autor, por un privilegio.

La posición del eminente y llorado tratadista D. Felipe Clemente de Diego, gloria de nuestra doctrina jurídica privada, es también decidida y abiertamente partidaria de esta teoría. Así, como recae, expone, sobre cosa específica y determinada para el caso de enajenación de ésta, sea cualquiera su dueño, pudiéndose ejercitar por tanteo contra cualquiera, no hay duda que es un derecho real (27).

La naturaleza del derecho y acción del retracto resulta confirmada, dice el mismo autor en otro lugar de la misma obra (28) por la declaración del artículo 37, nº 2º de la Ley Hipotecaria, al exceptuar estas acciones de retracto legal del principio consignado en el art. 36 de que no se darán contra tercero hipotecario las acciones rescisorias y resolutorias.

El eminente y fecundísimo civilista español, Profesor D. José Castán, sostiene también esta misma dirección doctrinal. "En cuanto a los retractos legales, creemos, dice, tienen también naturaleza real. Aunque el art. 1521 del Código no sea muy expresivo, el 37, nº 2º de la Ley Hipotecaria, al determinar que las acciones "de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen" constituyen una excepción a la regla general, según la cual no se dan contra tercero que haya inscrito el título de su derecho las acciones

rescisorias y resolutorias, ha venido a dar plena efectividad al derecho de retracto y permite proclamar su naturaleza".

El tanteo y el retracto, sigue diciendo en otro lugar, se consideran por la doctrina moderna como derechos reales - en cuanto recaen sobre cosa específica y no se ejercitan exclusivamente con relación a persona determinada, sino contra todo dueño que enajene o haya adquirido la finca sobre la - que estén constituidos (29).

García Martínez se acoge también sin reservas a esta - concepción del derecho de retracto como derecho real (30).

Repetidas, reiteradas sentencias del Tribunal Supremo confirman este carácter de derecho real que hemos visto atribuye la doctrina al derecho de retracto y que, según indica - alguna de ellas, si antes del Código civil podía discutirse - o ponerse en duda, después de éste, con la norma contenida en el art. 1510 según la cual el vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, tiene evidente naturaleza real.

De esta dirección ininterrumpida son un ejemplo las - sentencias de 10 de mayo de 1904, de 11 de octubre de 1905 -según la cual la publicidad que envuelve la ley sustituye cumplidamente la de la inscripción en el Registro de la Propiedad- y las de 21 de diciembre de 1908, de 14 de mayo de 1912, 9 de febrero de 1916, 19 de diciembre de 1935, etc., - por no citar más que algunas de las más relevantes entre las que se encuentra la más reciente de 6 de junio de 1947.

samente favorable a la configuración del derecho de retracto como propio, auténtico y definitivo derecho real, se alza la ingente personalidad científica del estudioso civilista e hipotecarista Roca Sastre, que niega categórica y rotundamente la naturaleza de derechos reales a los de tanteo y retracto legales (31).

El tanteo y retracto legales por su misma esencia, - asevera, no tienen la naturaleza de derecho real. En ninguno de los varios casos en que las leyes civiles, así como las administrativas, establecen tales derechos..., tienen estos derechos carácter real, a pesar de imponerse el retracto legal con carácter absoluto o erga omnes y sin consideración a terceros.

Cierto que Roca Sastre estudia estos derechos dando - por supuesto su concepto y un poco también su verdadera naturaleza, limitándose casi al análisis del aspecto registral de estos dos poderes jurídicos. El hecho de que sea la ley quien los da nacimiento y esta les otorgue una publicidad - que hace innecesaria la registral (vid. S. de 11 octubre 1905 ya señalada) no es motivo bastante para negar su eficacia real. La protección registral, la inscripción en el Registro de la Propiedad puede ser una cualidad de los derechos reales pero no un presupuesto para determinar su verdadero carácter. No todos los derechos reales son inscribibles (32) y uno de éstos pueden ser los de tanteo y retracto; pero hacer depender la inscripción en una u otra especie de derechos patrimoniales, este es, en los personales o en los reales, de la sola susceptibilidad de ser registrados e inscritos. No

nos parece muy afortunado. Por su propia naturaleza el derecho de retracto legal ya hemos dicho que no es inscribible, pero esto es y debe ser independiente de su carácter de derecho real.

Además del argumento del propio Roca Sastre, de que la publicidad de la ley hace supérflua la del Registro, nos parece que existe otra razón por la que la Ley no regula la inscripción del retracto legal; y es que siendo como son los retractos derechos cuyo momento de origen y de extinción se desconoce con anterioridad a su nacimiento y estando sometidos a un plazo breve de vigencia, cuya duración marca la ley y cuyo momento extintivo se prevé aún antes de haber tomado existencia, la inscripción del retracto legal en el Registro sería también un poco anodina. Los derechos reales, la mayor parte de los derechos reales gozan de una especie de perpetuidad que requiere su constancia, o por lo menos de una permanencia y una estabilidad reclamadas por la esencia misma, la función y la finalidad de su contenido. Los demás derechos reales tienen en sí su propio fundamento racional y en las facultades que otorgan a su titular se encuentra su propia meta. Mas los derechos de retracto son transitorios, pasajeros, otorgan el poder de una adquisición y no son en sí más que medios e instrumentos para conseguir un derecho real más amplio, el derecho real por excelencia, que es el derecho de propiedad; están sujetos a un plazo breve de caducidad, tienden a adquirir la propiedad, y esta nota específica del derecho de retracto hace que fuese ineficaz la mayor parte de las veces su inscripción en el Registro. Esto, sin te-

por en cuenta que el único título del derecho de retracto es la ley; la ley le crea, pero cuando una sentencia judicial lo reconoce o cuando el perjudicado por él le consiente se opera una transformación en el mismo derecho y en lugar de subsistir el derecho de retracto que se actúa aparece el derecho de propiedad a cuya adquisición se encaminaba el mismo derecho de retracto.

Siéguesele si se quiere al derecho de retracto legal la cualidad de inscribible; ciérrase con puertas de hierro el Registro de la Propiedad y échensele siete llaves como a las arcas del Cid, para no permitir su acceso a él al derecho de retracto, pero no se llegue con esto a su descalificación como derecho real, porque no nos parece lógico.

La inscribibilidad de los derechos reales es una regla general, no un principio absoluto. Las reglas generales son susceptibles de excepciones y una de ellas, en el caso a que nos referimos y por las razones que han quedado expuestas, puede ser la no posibilidad de inscripción en el Registro del derecho de retracto.

La resolución de 29 de octubre de 1946 de la Dirección general de los Registros, después de decir que el retracto legal puede clasificarse sin duda en nuestro ordenamiento jurídico entre los derechos reales, declara que quien le ejercite puede obtener el amparo del no 1.º del art. 42 de la Ley Hipotecaria la anotación preventiva de la demanda. Lo que llega al registro no es el derecho de retracto, sino la demanda en que tal derecho es ejercitado.

3 El derecho de retracto es un derecho a la propiedad, - pero no a una cualquiera propiedad igual al que se le concede a cualquier persona y por el hecho de tener capacidad adquisitiva, sino precisamente una propiedad a la cosa que posee el titular de esta facultad y que es objeto de transmisión onerosa apta para engendrarla. Pero el hecho de que tenga un derecho a la propiedad no quiere decir que constituya la figura denominada por la doctrina con el nombre de *ius ad rem* (33).

4 Se ha dicho, como ya hemos visto, que tiene el derecho de retracto naturaleza real. Ciertamente que tiene eficacia y puede hacerse valer contra cualquier adquirente, incluso contra tercero y contra sucesivos compradores. Sin negarle nosotros tal carácter, por lo demás reconocido por la generalidad casi absoluta de la doctrina y por la más uniforme y repetida jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, sí hemos de poner algún reparo a esta concepción y hacer algunas observaciones críticas que hacen dudar de la plenitud de equivalencia con estas figuras jurídicas de los derechos reales. En primer lugar es evidente que falta en él, por lo demás muy marcadamente en ciertos tipos de retractos legales -sobre todo en el de colindantes y en el atribuido en el párrafo 5º del art. 396 conforme a la redacción que le dió la ley de 26 de octubre de 1939- el poder exigido como requisito y elemento integrante de la esencia de los derechos reales, a saber, el poder directo e inmediato sobre la cosa. Podrá redarguirse que no falta esa relación incidente sobre la cosa, porque efectivamente la cosa se tiene, se posee, se disfruta; pero también

es verdad que la tenencia, el poder sobre la cosa, la actuación sobre ella no es como consecuencia de ese otro derecho que se concede al titular, sino precisamente como titular que es de un derecho matriz que lleva consigo el que la cosa esté bajo su disponibilidad por otro distinto título. Es decir, que el poder que se tiene sobre la cosa es consecuencia del derecho base originario, no del derecho de retracto.

Por otra parte, sabido es que no basta para adquirir un derecho real el título o causa jurídica, sino que se requiere de toda necesidad el modo de adquirir (art. 609 del Código civil en relación con el 1095). Lo único que existe para la adquisición de ese derecho de retracto es el título, por lo menos aparentemente; pero falta por completo, o parece faltar, el hecho efectivo que opera la adquisición del derecho real. El título de adquisición está aquí, por otra parte, dissociado; así, puede hablarse de la ley como causa de adquirir, del contrato de arrendamiento precedente y subsistente, si de este tipo de retracto legal se trata, incluso puede pensarse en el contrato transitorio oneroso de la propiedad como posible título de adquisición. Pero parece que falta, como decíamos antes, el modo de adquirir en sentido específico y técnico.

Ahora bien, para salvar este escollo y superar la dificultad presentada puede construirse o tratar de construirse de una doble manera un modo especial. O bien se piensa que el modo de adquirir está en este derecho de retracto de alguna manera embebido y subsumido en el título, si entendemos por tal la situación jurídica precedente; o bien, y esto parece

más viable y menos embarazoso, tratamos de hacer aplicación - de una especie de traditio, de la llamada históricamente bre- vi manu.

En efecto, el titular del derecho de retracto posee ya la cosa, si bien a título distinto del que ahora se le concede; parece que una sola posesión consiente dos titularidades - reales distintas: la del derecho originario en cuya virtud se concede el derecho de retracto y este mismo derecho de retraer.

Estas son sin duda, a mi juicio, las dos dificultades más serias que pueden presentarse a la doctrina que trata de concebir y configurar el retracto como auténtico derecho real. Pero es lo cierto que una y otra se desvanecen, o parecen desvanecerse, por las consideraciones que hacemos a continuación.

5 El poder inmediato y directo sobre la cosa que es esencial en el derecho real no ha de ser necesariamente un poder - jurídico de material contacto con la cosa que es su objeto.

Cierto que falta este específico carácter en la inmediata, en la relación jurídica que el titular del derecho - de retracto sostiene sobre la cosa; mas ha de hacerse notar - que el poder en que consiste el derecho real a medida que es más jurídico se espiritualiza y se sustrae de esa otra manifestación material y corpórea que parece faltar en el retracto; este si no aceptamos la construcción de la incorporación del derecho de retraer a la situación más amplia que se tiene sobre la cosa y que antes apuntábamos. No falta, pues, el poderío como parece que sucede, sino que siendo éste jurídico - es independiente de que se manifieste o no por medio de ac -

tos que no sean el propio ejercicio.

Pero es que la facultad de persecución de la cosa acaso en ningún derecho real se manifieste con tanto vigor ni con tanta claridad como en este tipo de derechos. El titular del derecho de retracto ejercita su acción contra el adquirente a título oneroso de la cosa que es objeto de su poder y sigue ejercitándola y pudiéndola ejercitar a través de los sucesivos adquirentes, sin que obsten requisitos de buena fe e inscripción en el Registro. La única obligación o carga que se impone al titular que decide ejercitarlo es la de que dirija su demanda conjuntamente contra o frente al comprador o adquirente originario y contra los terceros que de aquél traigan su derecho (Sentencia de 2 de febrero de 1949). Esto lejos de ser un obstáculo a la facultad de persecución de la cosa, supone un reconocimiento de tal manifestación o requisito del derecho real.

- 6 Más importancia parece tener el segundo de los argumentos presentados en contra y es el de la aparente e absoluta falta de modo de adquirir en sentido específico. El título de adquisición del derecho de retracto puede ser, como decíamos antes, la misma ley, la situación jurídica anterior en que se basa el derecho de retraer, o incluso la misma transmisión onerosa que lo origina. Nosotros nos inclinamos por la primera de las posibilidades señaladas y entendemos que las otras dos no son otra cosa que los supuestos de hecho, los requisitos que la ley tiene en cuenta para su nacimiento y atribución. Pues bien, siendo éste el título, la causa de la adqui-

sición ¿cuál es el modo efectivo, el hecho particular y concreto en función del que nace el derecho de retracto? ¿Existe realmente esta otra circunstancia exigida por la doctrina para el nacimiento de la titularidad de un derecho real en el sujeto activo, y en este caso puede llegarse a su configuración por alguno de los procedimientos ya indicados de incorporación del modo a la base de la relación sobre que se monta y en la que encarna, o pensando en una modalidad de la tradición? O ¿sucede por el contrario que en el nacimiento de esta especie de derechos de preferente adquisición falta lo que se ha llamado técnicamente el modo de adquirir?

No olvidemos que la mayor parte de los tratadistas españoles entienden recogida esta construcción del título y el modo por nuestro Código civil y cuya manifestación concreta la señalan, como ya hemos dicho, en los arts. 609 y 1095 del citado texto legal.

En base de esto, aseguran, los derechos reales, a diferencia de lo que sucede con los derechos de obligación o de crédito, no nacen con el solo negocio jurídico, sino que exigen una circunstancia más, el acto ostensible de la transmisión de la posesión.

Esta doctrina que, como decimos, parece haber sido recogida por el legislador español en los arts. 609 y 1095 del Código civil ha sido objeto de duras controversias e impugnaciones. Sin citar otros artículos del mismo cuerpo legal que parecen desvirtuar esta extensión general que se concede a la mentada doctrina como el 537 que habla del título por que se adquieren las servidumbres continuas y aparentes, el 539

y el 1950, vamos a hacer alguna indicación a propósito de lo que se ha dicho que dice el art. 609 y lo que realmente parece decir. Está colocado en cabeza del Libro III del Código civil que trata de los modos de adquirir la propiedad y habla de la tradición (modo), que ha sido la piedra angular de la ciencia jurídica para construir el secular edificio a que nos referimos, edificio cuarteado ya dentro de nuestro mismo sistema legal y demolido y aún barrido en otros ordenamientos positivos.

El párrafo 2º del artículo que comentamos dice así: La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Dejando aparte la crítica que a este artículo se ha hecho, especial y principalmente por Sánchez Román (34), queremos decir respecto a él lo siguiente: La frase final del párrafo transcrito, esto es, mediante la tradición ¿comprende a todas las formas de adquirir señaladas en el mismo, o sólo a la efectuada mediante ciertos contratos a la que inmediatamente sigue? Es decir, las adquisiciones efectuadas por la ley y por las sucesiones ¿se operan sin necesidad de tradición, o requieren del concurso de ésta? Evidente que, colocada al final del párrafo que comentamos y sin indicación específica de su alcance, parece comprender cualquier forma de las señaladas; mas el contexto del mismo artículo y la existencia de otros del mismo Código que regulan las adquisiciones por los demás títulos e conceptos parecen aconsejar la interpretación restrictiva, en el sentido

de entender que sólo las transmisiones y las adquisiciones - que se efectúan mediante ciertos contratos requieren de la tradición, del modo de adquirir, de la entrega de la cosa, - en una palabra de la transmisión de la posesión. Las que se efectúan en virtud de la ley y las a través de una sucesión, - testada o no, no requieren, no parecen requerir, de este requisito de la transmisión. El contexto del art. 1095, así como la colocación de él en el título de las obligaciones, no contradicen lo expuesto (85). Además, el art. 1095 del Código civil parece referirse exclusivamente al derecho de propiedad sobre la cosa y no a los derechos reales limitados - que sobre la misma pueden recaer; con lo que aún en el supuesto de que para todas las formas de adquirir y transmitir se exigiese la entrega de la cosa, esto parecería limitarse - a la entrega con intención de transmitir la propiedad.

Así pues, y concluyendo, el derecho de retracto otorga un poder a su titular en la cosa sobre que recae, poder - que es incidente de manera directa; la relación que el retrayente tiene sobre la cosa objeto de su derecho es inmediata, sin necesidad de persona alguna intermediaria, es decir, como exige la doctrina que sea el derecho para que goce de - las características de real.

Es, por otra parte, un poder exclusivo y excluyente - conferido al titular y sólo a él.

Es también ejercitable contra cualquier poseedor tercer adquirente y no obstan a su ejercicio ni la buena fé, ni la inscripción en el Registro, ni la onerosidad del negocio jurídico que le da nacimiento..., porque es un derecho creado

por la ley, cuya publicidad, aunque sólo sea presunta, suple la registral, como vimos en su lugar.

El derecho de retracto es, pues, en definitiva, un derecho real, aunque tiene, naturalmente, características propias y específicas que trataremos de precisar.

7 En primer lugar el derecho de retracto se nos presenta en todas y cada una de las modalidades previstas en nuestro Código civil y en las leyes especiales como un derecho real reflejo de una situación también real más amplia y en base a la que se concede (36). Así en los casos de comunidad, de censo enfiteútico, de colindancia, de rabassa morta, etc. Pero sucede, por lo que al legal de arrendamiento se refiere, que estando, como está, pendiente la cuestión de su naturaleza y predominando la tesis de su índole personal, parece que se atribuye en ellos un derecho derivado y reflejo -el de retracto- de más eficacia y más fuerte condición que el que tiene el titular del derecho principal -el arrendamiento- base del retracto.

Las características que se han señalado al derecho de retraer, aunque considerado como derecho real, son muy variadas. Como no constituyen más que manifestaciones de la naturaleza del derecho de retracto y no suponen formas distintas de concebirla, como por otra parte son cualidades y atributos del todo compatibles con su consideración de derecho real, carecen de autonomía y de entidad suficiente para ser estudiadas como doctrinas independientes a propósito del derecho de retraer y nos ha parecido más adecuado estudiarlas

como caracteres y peculiaridades propias del derecho que nos ocupa.

8 Una de estas características o particularidades del derecho de retracto es la de su no susceptibilidad de ser inscrito en el Registro de la Propiedad (37). Como ya nos hemos referido a ella al estudiar la teoría de Roca Sastre, bástenos por ahora con hacer una remisión integral a lo que allí dijimos.

9 El derecho de retracto, se ha dicho también, es un derecho de adquisición. Tratado como derecho real de adquisición parece que delimita más sus contornos y su concepto; pero decir sin más que es un derecho de adquisición nos parece demasiado impreciso. En efecto, la finalidad que persigue el derecho de retracto, así como el de tanteo, es la adquisición de la propiedad, precisamente el derecho de propiedad de una cosa determinada; pero ni esto supone un nuevo modo de adquirir la propiedad, porque en todo caso el modo de adquirir por el retrayente sería el contrato de transmisión onerosa a que se incorpora por el ejercicio de su derecho, ni se debe entender que no haya otros derechos que puedan llamarse, del mismo modo y con la misma propiedad, derechos de adquisición; recuérdese, por ejemplo, la ocupación, los derechos a cazar y a pescar, etc.

 Decir, sin embargo, que son derechos reales de adquisición preferente nos parece un gran acierto (38).

10 Un sector selecto y muy moderno de la doctrina jurí -

dica patria concibe el derecho de retracto como limitativo del derecho de propiedad o de alguna de las facultades concretas integrantes de tal derecho (39). La primera referencia que en este sentido conocemos es la de Paleón (40), quien considera los derechos de tanteo y retracto como limitaciones de la libertad que tiene todo dueño de transmitir a quien - tenga por conveniente su derecho.

De la misma opinión es De Diego (41), para el cual - los derechos de tanteo y retracto son derechos reales limitativos del dominio, pero de adquisición, opinión que repite - más tarde al hablar concretamente del retracto.

Bellón, en la conferencia ya citada, dice que lo que aparece limitado con el retracto es el poder del dueño para realizar libremente la transmisión, y que los retractos son limitaciones de la facultad de libre disposición de la propiedad (42).

Castán no los incluye dentro de esta modalidad de los derechos reales al hacer el estudio de los retractos en particular, pero al tratar de las limitaciones del derecho de propiedad por causa de utilidad privada, se hace eco de esta manera de pensar al admitir causas que afectan a la facultad de disposición, como los retractos legales, por virtud de los cuales, dice, el propietario se ve privado del derecho que - normalmente le corresponde de enajenar su cosa a quien quiera (43).

El Tribunal Supremo se ha manifestado con reiteración y constancia no contradictorias, en esta misma dirección. Y así, una sentencia de 20 de marzo de 1929 dice que con el retracto

legal "se escarta el derecho del propietario para enajenar - las cosas a las personas que le plazca"; o habla de "las disposiciones que regulan aquella institución y este derecho como cercenadoras del libre ejercicio de la propiedad y de la obligatoriedad y firmeza de los contratos" (Sentencia de 6 de marzo de 1942); cohibe, dice otra más reciente sentencia, la facultad de libre disposición del dueño (S. de 2 de diciembre de 1947).

También la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de manifestarse y se ha manifestado en este sentido, recogiendo esta concepción y llamando al retrato legal limitación del dominio (Resolución de 29 de octubre de 1946).

Como vemos, abundan las opiniones conformes en la configuración del derecho de retraer como derecho real limitativo de la propiedad.

El derecho de retraer es un derecho incidente de manera inmediata y directa sobre la cosa que constituye su objeto, pero es ésta una incidencia, a nuestro modo de ver, muy particular. Así como los demás derechos reales limitados limitan a su vez el derecho de propiedad, reduciendo alguna de sus facultades o restándole parte de su contenido, el derecho de retraer es más propiamente un derecho real paralelo al de propiedad.

No es el retraer un derecho restrictivo de la propiedad en el sentido de que limite las facultades que integran el dominio o mejor que nacen del poder jurídico en que el dominio consiste. El retraer no limita el contenido del

derecho de propiedad a la manera como los demás derechos reales limitativos lo hacen; no limita el poder jurídico de disposición, porque el propietario puede verificar en su propiedad todos los actos jurídicos de que es susceptible, a excepción, claro está, de los que impene la relación jurídica de que es origen el derecho de retraer, pero no de este derecho. Y tan puede enajenar libremente su derecho, que el retracto no nace hasta el momento mismo en que se lleva a efecto tal enajenación; tampoco, mucho menos, limita las facultades económicas que son objeto de la propiedad e inherentes a ella, - las utilidades, el goce de la cosa sobre que recae.

El derecho de retraer, más que limitar la propiedad o alguna de sus facultades en la persona que es su titular en el tiempo anterior a la transmisión, reduce en cierto sentido la adquisición por el comprador (vid. S. de 16 de mayo de 1931).

Antes de efectuar la transmisión onerosa de la que nace el retracto, como éste todavía no ha nacido, no tiene existencia propia y no reduce ni limita ningún derecho simultáneo; cuando la transmisión tiene lugar, la propiedad se desplaza o traslada a la persona del adquirente, con lo que en realidad más que las facultades de disposición y de enajenación del titular precedente, del antiguo propietario, limita y determina, condicionándola, la adquisición de ella por el nuevo titular o adquirente, ya lo sea por compra, ya por cualquier otro título hábil y apto de por sí para engendrar el derecho de retraer.

Por este mismo pudo decir José Reino Caamaño (44) que

el retrato legal representa un derecho limitativo de la libre contratación en el solo respecto de la persona del adquirente.

Opinión ésta que ya había manifestado también Sánchez Román, quien al recoger y comentar la ya expuesta doctrina de Falcón, dice: Nos parece, sin embargo, que, si bien se limita la facultad de enajenar ciertas cosas, cuando éstas pueden ser objeto de tanteo o de retrato, constituyendo una preferencia en favor de ciertas personas respecto de ellas, es decir, imponiendo por este privilegio un comprador determinado con exclusión de otro libremente elegido, su influencia no trasciende más allá del momento de la adquisición de la cosa retraída o tanteada, y no constituye una nueva relación de derecho real que subsista después, con fines peculiares y funcionalidad propia, como sucede con cualquiera de las otras verdaderas especies de derecho real, como las de servidumbre, censo, hipoteca, etc... A lo que esencialmente afectan es al principio de libertad de contratación, continúa diciendo el mismo citado autor, en cuanto ésta puede ser una de las formas de enajenación mediante la cual el dueño ponga en ejercicio su poder de libre disposición en las cosas que le pertenecen (45).

Sólo podemos aceptar que el derecho de retraer sea un derecho limitativo de la propiedad del transmitente y por tanto posible limitación de la facultad de libre disposición, considerando, como hacen Riasa (46) y Casals Celldecarerra (47) que nace tal derecho desde el momento en que el futuro retrayente se celebra, respecto a la cosa objeto del

retracto, en condiciones que le permitan, celebrado el contrato que le da actualidad, ejercitar su derecho de adquirir con preferencia al que con arreglo a tal transmisión sería el verdadero y propio adquirente definitivo.

En definitiva, los demás derechos reales sobre cosa ajena e limitados tienen sus contornos precisos y bien delimitados por la propia figura jurídica que encarnan (48); presuponen siempre la propiedad de otro. El derecho que ocupa nuestra atención, ya hemos visto que no supone ninguna restricción de la propiedad del transmitente, y en cuanto a la que se transfiere existe más que una limitación una verdadera condición para su nacimiento. El adquirente no recibe con plena titularidad el derecho que trata de adquirir, sino que la plenitud de su eficacia está condicionada a la renuncia efectiva y concreta del ejercicio del derecho de retracto e a que transcurra el tiempo de vigencia del mismo sin haber sido ejercitado. Como vemos, siempre se refiere lo que acabamos de decir a que efectivamente haya dejado de amenazar el retracto, por su extinción o su caducidad, a la situación creada con la transmisión onerosa anterior que le da nacimiento. Mientras el retracto subsiste la situación de la propiedad adquirida está limitada por el derecho que tiene el favorecido por el retracto a adquirirla, cumpliendo determinadas obligaciones e presupuestos necesarios para ejercitar con éxito su poder jurídico.

Esta limitación se diferencia notable y notoriamente de la que producen o llevan consigo los demás derechos reales limitados, pues mientras en éstos son facultades más

o menos amplias o más o menos numerosas las que se reducen con la existencia de tales derechos sobre cosa ajena, en el retraste existe una limitación más amplia pero menos intensa y no reduce ni menma el contenido del derecho de propiedad. Es, como decíamos con anterioridad, un derecho a la propiedad, a adquirir la propiedad toda, total y plena, que por paradoja de su misma condición, si no cumple su finalidad única, no cercena ni reduce el derecho de propiedad que condiciona y determina.

Decir, dentro de este mismo orden de ideas que estamos exponiendo, que el derecho de retraer lo que hace es limitar el poder del propietario de realizar libremente (49) - la transmisión a la persona que voluntariamente elija (50), - aunque es cierto en sí, es una circunstancia que si, ética y socialmente, puede parecer y ser relevante, jurídicamente carece de significación; aparte de que la transmisión que se opera es válida y efectiva sin más limitaciones que las que se derivan del ejercicio de otro derecho. Si el propietario de una cosa decide enajenarla, libremente la enajena, su enajenación es definitiva (51); lo único que se suspende es la adquisición, que ordinariamente es simultánea, por el comprador. Sucede en este caso un fenómeno por demás curioso: - mientras que la transmisión es efectiva y definitiva, la adquisición correspondiente está vinculada y en cierto modo - sujeta al no ejercicio de un derecho conferido por el ordenamiento jurídico a un titular extraño al negocio jurídico - por el que se efectúa la transmisión.

Para Rosa Sastre (52), más que limitaciones son de -

limitaciones que precisan las fronteras jurídicas naturales, determinando hasta dónde llega el poder del titular del dominio o derecho real. Pertenecen, añade, a lo que puede denominarse estatuto jurídico de la propiedad (53). Pero nos parece que no puede pertenecer o que no debe pertenecer al estatuto de la propiedad un accidente que afecta a muy pocos casos y cuando lo hace de manera temporal y muy limitada.

11. Tiene otra característica o nota propia el derecho de retracto que lo diferencia de los demás jura in re aliena, y es que, así como la extinción de éstos supone una reducción o una recuperación de las facultades del derecho de propiedad sobre que recaían, y al que reducían, en virtud de la misma elasticidad del derecho de propiedad, el derecho de retracto, extinguido por su ejercicio, se consolida y agota el mismo derecho de propiedad que limitaba. En los otros derechos reales el ejercicio los consolida y los da contornos, precisión y energía, refuerza su contenido y su existencia; mientras que en el retracto el ejercicio lo transforma y lo convierte en el definitivo derecho de propiedad a que tiende. Podría decirse que en este derecho real, al igual de lo que sucede en los llamados derechos de crédito o personales, su ejercicio lo extingue, ya que, conseguida su finalidad, no es de su naturaleza mantenerse el mismo y de la misma condición, sino el transferirse.

12.- Dentro de esta misma tendencia a configurar el derecho de retracto como verdadero derecho real, hay quien lo

atribuye la nota o cualidad de ser un derecho subjetivamente real. Así Benet (54) dice que los retractos legales son derechos que pertenecen por razón de otro derecho real; pueden incluirse entre los que Atard ha calificado de derechos subjetivamente reales.

Ya nosotros hemos dicho con anterioridad que el derecho de retracto se configura como un derecho real reflejo de una situación real más amplia en base a la cual se concede.

Tanto quiere decir esta nota como que el sujeto de tal derecho no está individualmente determinado, sino que el derecho de retracto viene atribuido a quien en el momento legal de su aparición está en una determinada posición con respecto a la cosa sobre la que se otorga o en atención a la cual se concede. Es lo que algunos autores germánicos han denominado con la expresión subjektiven dinglichen Rechten.

Quiere a estas alturas hacer una salvedad y reproducir otra a la que ya anteriormente hice referencia. En el caso del retracto de colindantes, que Atard configura como un caso de los derechos que examinamos, no sucede como en los otros tipos de retracto legal que el derecho venga atribuido a quien en otro concepto es poseedor de la cosa (arts. 1522 en relación con el 450, 1636, regla 6ª del 1656 y 1078), todos del Código civil). En el de colindantes se concede, es verdad, en razón a la propiedad de la tierra colindante a la que se vende y se adquiere con el ejercicio del derecho de retracto, cuando ésta constituye una finca rústica y su cabida no exceda de una hectárea (art. 1523, párrafo 1.º, del

mismo texto legal). También aquí viene el titular del derecho de retracto determinado a través de otra titularidad determinada, pero no, según acabamos de decir sobre la misma cosa sobre la que el retracto recae y que constituye su objeto.

La otra advertencia a que me refería ha quedado consignada en lugar anterior y es la relativa al derecho de que goza el titular del arrendamiento como tal arrendatario y al que se le concede en atención a él, cuando se lleva a cabo la transmisión onerosa que da origen al derecho de retracto. Así, es generalmente admitida, como más tarde veremos, la condición personal del derecho de arrendamiento, aunque esta tesis de la naturaleza personal no deja de tener contradictores y algunos muy significados. Pues bien, así las cosas, se advierte la anomalía que supone, doctrinal y técnicamente al menos, la concesión de un derecho real en atención a otro que no goza de la misma y tal eficacia. O sea, que el derecho reflejo real se apoya dogmáticamente y hasta realmente en una base a la que se concede menor eficacia en el orden de su protección y de su garantía. Diríase, si no aceptamos la tesis que configura al derecho de arrendamiento como derecho real, que sea por elasticidad o por un especial y adecuado refuerzo que recibe del legislador, el derecho de arrendamiento consiente más de lo que su misma naturaleza le permite.

No cabe duda que aceptando la terminología de derechos subjetivamente reales nos encontramos en presencia de una figura que participa de esta condición; con lo que si -

podríamos oponer serios reparos a su denominación, no queremos ocultar nuestra opinión concorde en todo con equiparar su contenido (55).

EL DERECHO DE RETRACTO COMO UNA ESPECIE DE EXPROPIACIÓN FORZOSA.-

No quiero dejar de citar, siquiera sea de paso y en cuanto supone una especial manera de concebir el derecho de retracto, la singular postura que adopta a este respecto Don Manuel Lesón, en el prólogo al ya citado Tratado de los retractos de Rianza. Considera este autor que nuestro derecho entraña un principio de expropiación forzosa por razones de alto interés social (pág.8) (56). No se puede hacer una crítica detenida y un estudio completo de cada una de las cuestiones que vienen apareciendo en el desarrollo de nuestro trabajo; pero queremos consignar la gran diferencia que existe a nuestro juicio entre una y otra institución. Cuando estudiamos el fundamento del derecho de retracto veremos la significación social y los motivos de esta figura de derecho; pero no nos parece que sea ajustado a rigor lógico el configurar el retracto como una verdadera expropiación forzosa (57) basta con decir que entre una y otra institución existe la insalvable diferencia de su adscripción inmediata o no a un fin representado por utilidad pública, por no citar notas específicas de competencia, jurisdicción y procedimiento, que con tanta claridad se presentan. El fin en el retracto, aunque sea de ordenación social de la propiedad, es mediate en lo que se refiere a su consecución; sólo re -

motamente y a través de una serie interminable e indeterminada de sucesivos retratos, ejercitados y fecundos, se logra lo que la ley persigue, que no siempre es lo mismo dentro de la diversidad de retratos legales que otorga nuestro ordenamiento positivo; siempre es, en efecto, un fin ultraindividual, social si se quiere, el que pretende el legislador con el derecho de retraer, pero inmediatamente, directa y anteriormente se otorga un beneficio patrimonial y se inviste con un derecho a quien en el orden de los principios y con arreglo a la empresa total que se persigue no representa más que un eslabón en la gran cadena de innumerables retratos que se exigen para que el deseo del legislador sea cumplido.

En la expropiación forzosa, en cambio, la utilidad pública que se persigue es inmediata, directa y primaria, tan primaria, directa e inmediata que es preciso que preceda a su precedencia la declaración de utilidad pública. Consecuentemente se ha de probar con anterioridad a su declaración este extremo, que es en la expropiación forzosa el verdadero fundamento. Claro está y no se nos oculta, que Rianza concretamente habla de una especie de expropiación forzosa por causa de utilidad privada (58); pero es que entonces se nos presenta el contrasentido de admitir para la expropiación un doble aspecto o concepto, público y privado, que no responde a ninguna realidad.

Checa esta concepción y esta asepción de la expropiación forzosa con el artículo 349 del Código civil, juntamente a su vez del artículo 102 de la Constitución de 1876.

En efecto, señala este artículo de nuestro ordenamiento civil el único modo y el único motivo por que puede ser privado un particular de su derecho de propiedad, exigiendo para ello un triple requisito; tres requisitos que obran conjuntamente para que proceda la ya citada privación de la propiedad, a saber: que sea hecha por autoridad competente, por causa justificada de utilidad pública y previa siempre la correspondiente indemnización (59).

Se comprende que en la colisión de un derecho privado y de un interés individual con uno colectivo representado por la necesidad general comúnmente sentida que se ha de satisfacer mediante una especial afección de la cosa expropiada a un servicio público, se sacrifique el primero en aras del bien común; pero no se concibe tan fácilmente que se despoje a un particular de un derecho para vestir con la misma razón y sin más alcance a otro particular con él.

Adviértase también que más que privación del derecho de propiedad lo que hace la Administración es obligar al particular a efectuar una venta de su derecho y en este sentido se produce un cambio del contenido y del objeto del derecho, más que una propia privación de él; la cosa y el precio justo de indemnización son objetos diversos representativos, al menos formalmente, del mismo e idéntico valor económico; identidad de valor que se alcanza con la atribución siempre necesaria del justo precio al expropiado.

Pero es que además la cosa expropiada se afecta inmediatamente, mediante su adscripción a un servicio público, al cumplimiento de un fin de interés general.

Diríamos utilizando conceptos de la filosofía aristo-
totélico-tomista que para la expropiación forzosa la utili-
dad pública es la causa eficiente, mientras que para el de-
recho de retracto la utilidad social sería la causa final.

El único caso de retracto legal que puede aproximar-
se, aunque no identificarse, a la pretendida expropiación -
forzosa es el de la Ley de Bases de la Reforma Agraria, a -
favor del Estado, que en 1931 fué atribuido a éste por el -
número 22 de la Base 5ª (60).

También Bellón (61) ha concebido el derecho de retrac-
to legal que el art. 16 de la Ley de arrendamientos rústicos
de 16 de marzo de 1935 atribuye al arrendatario para en el -
caso de transmisión onerosa como una especie de expropia -
ción de la cosa en beneficio de tercero en el contrato por
móviles de interés general. Aunque la tendencia marcadamen-
te social de la ley reseñada otorgue una protección tan -
fuerte al arrendatario que le permita inclusive hacer suya la
tierra que cultiva cuando el propietario de ella decide su
enajenación, no nos parece que dé base tampoco a que el de-
recho de retracto que se le concede sea configurado como un
caso de expropiación, por las fundamentales razones técni-
cas que antes hemos aplicado en general a todos los tipos -
de retracto legal, pues, como al hablar del fundamento de
esta figura jurídica veremos, todos ellos están inspirados
en móviles de evidente utilidad general o social.

TEORIA DE CASALS COLLEDEGARRERA

En el libro tantas veces ya citado de Casals Collede -

carrera se expone una teoría nueva en cuanto supone una meda-
lidad de concebir la naturaleza y la esencia del derecho de -
retraer, sin perjuicio de atribuir más tarde a este derecho,
cuando ya se ha actualizado, el carácter de auténtico derecho
real. Partiendo de la tesis mantenida por Riasa en su libro
titulado Los Retractos (62), según el cual el derecho de re -
tracto nace aún antes de haberse efectuado la transmisión -
onerosa que lo actualiza, afirma este autor que con anterior -
idad a este hecho de la transmisión, existe una especie de
pretensión; pretensión que, según él, está condicionada al -
hecho futuro de que el titular del derecho de propiedad de -
la cosa objeto del retracto se decida por su transmisión y -
efectivamente la transmita. Fácil es advertir que esta trans -
misión, aunque Casale no le diga expresamente, ha de ser de -
las que por su naturaleza son aptas para dar nacimiento a -
la posibilidad de ser ejercitada por quien con anterioridad
sea el titular de dicha pretensión. El retrayente, que goza
ya de tal pretensión, no la puede ejercitar hasta que se ha -
ya llevado a cabo la transmisión onerosa que la actualice, y
siendo ésta una condición para su ejercicio no hay con ante -
rioridad a ella más que una pretensión condicionada. Mas con
la llegada de este suceso, con el cumplimiento de la condi -
ción, se halla el retrayente con la conversión de su preten -
sión en un propio derecho que puede ejercitar; su vigencia -
precede de la actualización de la pretensión con la transmi -
sión onerosa.

La llegada del suceso, dice textualmente el autor ci -
tado, convierte la pretensión condicionada en pretensión pu -

ra, vigente, e imperiosamente actualizada (63).

Distingue más tarde el autor la condicionalidad del contenido de la condicionalidad del acto, para llegar a la conclusión de que, si en el retracto la pretensión misma está condicionada al hecho futuro e incierto de la realización de la transmisión, una vez efectuada ésta, nace un derecho a retraer con la correlativa obligación de un hacer o un omitir. Con esto, concluye afirmando que el contenido de la pretensión es incondicionado.

"Con la llegada de la condición queda, pues, la obligación en pura y de contenido y forma incondicionadas" (64).

"Y con ello hemos llegado a la construcción definitiva de la esencia de la pretensión de retraer que tiene el arrendatario: trátase de una pretensión condicionada de contenido incondicionado" (65).

A pesar de la autoridad indiscutible de los autores en que basa Casala Celldecarrera toda su construcción (66), rindiendo homenaje al mérito de la originalidad de su doctrina, no estamos de acuerdo en la formulación que hace de la determinación del derecho de retracto. A nuestro juicio, el derecho anterior a la transmisión onerosa que tiene el que después ha de ser el sujeto del derecho real de retraer no es más que un presupuesto de hecho que la ley tiene en cuenta para conferirle, un requisito legal para su nacimiento, pero, como veremos después al tiempo de tratar de precisar cuándo nace el derecho de retracto, antes de la transmisión onerosa no existe más que una posibilidad de que, con -

EL DERECHO DE RETRACTO
.....

EN LOS
.....

ARRENDAMIENTOS URBANOS.
.....

Estudiada la naturaleza de los retratos en general, podemos llegar al estudio de la que corresponde al que concede la ley a los inquilinos de vivienda y arrendatarios de locales de negocio, o al que otorga al arrendador en los arts. 47 y siguientes para el caso de traspase consentido de estos mismos locales, por determinación de los caracteres que hemos ido analizando.

Notas comunes a estos tres derechos independientes que concede la legislación de arrendamientos urbanos son las que ya hemos señalado en general y que vamos a concretar específicamente para éstos.

A)- Es un derecho real.- Fácilmente se advierte la propiedad con que estas especies jurídicas de retrato pueden ser comprendidas y catalogadas dentro de esta amplia categoría del derecho real. Baste con recordar lo que al hacer el estudio genérico dijimos para que se comprenda lo que dejamos apuntado.

Sin embargo, aunque la analogía se convierte en identidad a los efectos de determinar la naturaleza de los que la ley atribuye al inquilino de vivienda y al arrendatario de local de negocio, dado el especial carácter del derecho que tienen sobre la cosa que es objeto de esta facultad, por lo que se refiere al concreto derecho que la ley concede al arrendador de local de negocio hemos de precisar más su carácter, puesto que el derecho base, matriz, raíz del retrato es el mismo derecho de propiedad.

La ley habla en general del arrendador, lo que nos lleva necesariamente a hacer unas consideraciones analíticas sobre la interpretación de estos artículos para fijar qué se ha de entender por tal arrendador, es decir, cuál es su significación y su alcance. Y aunque más tarde al tratar de fijar el elemento personal en este derecho de retracto que la ley concede al arrendador, este es, su sujeto activo, hablemos de quiénes son sus titulares y por lo tanto pueden ejercitarlo, queremos hacer ahora la indicación de si se referirá exclusivamente al propietario del local cedido en arrendamiento o comprenderá también al usufructuario que sea al mismo tiempo arrendador, ya por haber cedido la cosa en arrendamiento al amparo del art. 480 del Código civil, ya también por haber resultado así de una disposición del título constitutivo del usufructo de que es titular o por la especial situación de la cosa al tiempo de ser establecido el referido derecho de usufructo. Desde luego parece que no cabe ninguna duda que se hace aconsejable atenerse a la interpretación amplia de comprender tanto a uno como a otro, bien en atención al adagio romanista según el cual donde la ley no distingue no debemos tampoco nosotros distinguir (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), bien también porque así lo aconsejan e incluso lo exigen consideraciones muy atendibles de justicia y de lógica.

Pues bien, unas veces tendremos que el derecho de retracto será consecuencia de un derecho de propiedad, cuando en el dueño concurre la doble circunstancia de propietario del local de negocio que se traspasa y de arrendador del mis-

mo; otras estará basado o tendrá su entronque dogmático y lógico en un derecho real limitado de usufructo. En este segundo supuesto encontramos sobre la misma cosa las siguientes concurrentes y simultáneas titularidades distintas: 1a.- El derecho de propiedad amplia y compleja sobre el que se montan los demás e independientes de todos ellos, abstraída de un conjunto de sus facultades y limitada por los otros; 2a.- Un derecho real limitado de usufructo legal o voluntario, que a su vez limita el derecho de propiedad; 3a.- Un derecho de arrendamiento que limita el derecho de usufructo y en consecuencia también al mismo derecho de propiedad sobre la misma cosa, aunque recaiga sobre el mismo objeto de ella; y 4a.- Un derecho real de retracto concedido al usufructuario y en cuanto que es tal usufructuario arrendador.

Es ésta la única especialidad que al estudiar esta característica de derecho real se presenta en estos tipos de retractos legales.

B)- Es un derecho subjetivamente real, como los demás retractos.- En efecto, el sujeto activo o persona a quien vienen atribuidos estos derechos de retraer sólo se determina mediatamente, esto es, a través de titularidades distintas, aunque no extrañas, al mismo derecho que goza de esta cualidad. El derecho de retracto viene determinado y otorgado en estos específicos supuestos que la Ley de Arrendamientos recoge por las variables cualidades que a continuación estudiamos. En el caso del derecho otorgado a los arrendatarios, ya lo sean de vivienda, ya de local de negocio, la titulari-

dad se halla en íntima conexión y en trabazón estrecha con la del derecho de arrendamiento, del cual no es más que un reflejo y consecuencia. Recuérdese lo que a este respecto dijimos en lugar oportuno, donde observábamos que, estando en tela de juicio la verdadera naturaleza del derecho de arrendamiento, venía concedido con base en él y sin otro apoyo en que sostenerse un derecho de evidente y casi unánimemente reconocida naturaleza real. No nos parece del momento hacer un estudio de la naturaleza del derecho de arrendamiento, pero sí queremos consignar que día a día va tomando posiciones y ganando adeptos la teoría que le atribuye categoría de derecho real y que cada vez va dando más base la legislación positiva a esta manera de concebir el arrendamiento; aunque las exageraciones, justo es reconocerle, sean notorias, pues ha llegado a equiparársele a la enfiteusis y hasta se ha hablado de una propiedad arrendaticia, sin duda queriendo resucitar la doctrina del dominio dividido de una inconsistencia conceptual y lógica sólo mantenida por inercia teórica e imitación histórica.

Se saldría del marco de este trabajo el hacer esta clase de detenido análisis, por eso renunciemos a su exposición a pesar de lo sugestivo del tema (67).

Por lo que al derecho del arrendador concierne y como ya con anterioridad apuntábamos, se engancha con los de propiedad o de usufructo, según que sea propietario o usufructuario el que al tiempo de nacer tal derecho de preferente adquisición goce de la facultad de arrendador del local de negocio que se traspasa.

C)- Es un derecho real limitado.- Con reproducir en este lugar lo ya expuesto anteriormente podríamos dar por completo lo que a este propósito cabe señalar, pero estableceremos la diferencia entre el retracto que corresponde al arrendatario lo sea de vivienda o de local de negocio y el que se concede al arrendador siguiendo el método de exposición iniciado. Y acaso este método sea no sólo conveniente y útil dogmáticamente sino también necesario al hablar de la limitación que se produce con estos derechos de preferencia, pues sin duda ha de servirnos para mejor delimitar su condición y su naturaleza.

En los casos del derecho de retracto atribuido al inquilino de vivienda o al arrendatario del local de negocio se limita con su ejercicio y hasta con la mera existencia estática de los mismos la adquisición de la propiedad del piso o local de negocio que disfruta a título de arrendamiento su titular. Se limita, como decíamos en el lugar que dedicá- bamos a ello, más que la propiedad que se transmite la propiedad que se adquiere o que se trata de adquirir, más el derecho del adquirente que el del propio transmitente, aunque otra cosa haya entendido en alguna ocasión la respetable doctrina estudiada allí.

¿Se resuelve con el ejercicio del derecho de retracto la propiedad adquirida y actúa la voluntad de su titular como verdadera condición resolutoria? ¿O más bien se condiciona su nacimiento al hecho negativo de que el titular del derecho de retracto no haga uso de él, actuando en consecuencia como una condición suspensiva?

En uno y otro caso nos parece que estamos en presencia de una limitación efectiva y concreta del derecho de propiedad, pero en el segundo supuesto parece que todavía no existe una propiedad definitiva, válida y plenamente adquirida, son lo que el derecho de retracto condiciona su nacimiento, su transmisión,... en definitiva la enajenación. Y cosa extraña, habiendo sido perfecta y definitiva la enajenación por el anterior propietario y no habiendo todavía nacido en el titular sólo en apariencia adquirente ¿quién es el verdadero, el auténtico propietario de la cosa que se transmite o que es objeto de la transmisión onerosa?

Intimamente ligada con esta cuestión está la tan debatida por la doctrina del momento del nacimiento del derecho de retracto. Si nace en el momento de la celebración del negocio jurídico oneroso y antes de su consumación, antes de la entrega de la posesión de la misma cosa que se vende o se da en pago ¿qué limita? Porque hasta que media la entrega efectiva, la tradición, todavía no existe más que una posibilidad de que se lleve a cabo la proyectada transmisión, pero no ha habido auténtica enajenación; la propiedad existe y subsiste en el titular originario, primitivo, y entonces parece limitar... ¿qué? ¿La propiedad en manos de quién está? No; porque no puede el retrayente, si se decide a ejercitar su derecho, hacer más de lo que podría hacer en su caso el adquirente futuro; y ¿cómo va a limitar el derecho de propiedad que todavía no ha nacido en el hipotético y supuesto momento que se analiza? Entonces ¿será posible, siguiendo en esta misma hipótesis, que lo que limite el derecho de

retracto sea más que el derecho de propiedad el derecho que tiene a la propiedad el que tiene derecho a que se le entregue la cosa objeto del contrato transmisivo? Y se nos presenta vigorosa e inflexible la dificultad técnica de construir un derecho real limitado independiente y separado del de propiedad sobre que debe recaer, e la no menos embarazosa e intransigente de no encontrar en nuestro derecho real limitado una cosa específica, concreta y determinada que constituya su objeto; porque en efecto, si recae sobre la cosa que se enajena ¿cómo limita facultades de adquisición, en definitiva una esperanza de poder conseguir la cosa, por muchos que sean el fundamento, la proximidad y el título que existan de que tal adquisición se ha de llevar a efecto?

Siguiendo con la diferencia que señalábamos entre uno y otro derecho de retracto, por lo que se refiere al particular del arrendador de local de negocio ¿qué es lo que limita su naturaleza? No limita el derecho real de propiedad sobre el que la adquisición se efectúa, porque de ordinario será el propietario del local de negocio el titular de la facultad de retraer, y aún en el supuesto de que le sea el usufructuario persiste la propiedad intacta y la misma; es más, acaso desde un punto de vista económico y real pueda decirse que con el ejercicio por el usufructuario de su derecho de retraer se ha dado un paso notable y notorio, como de gigante, hacia la consolidación de su derecho, pues con ello, extinguido que sea el usufructo, deviene definitiva y en toda su plenitud la propiedad en virtud de la elasticidad que desde Windscheid se viene reconociendo a este derecho; mas no ejer-

citado por el usufructuario dicho derecho de retracto y verificado el traspaso, pero subsistente el arrendamiento, cuando llegue el momento de extinguirse el derecho del usufructuario quedarán relaciones jurídicas vigentes que determinen, constriéndole, el mismo derecho de propiedad.

Es evidente que no limita este derecho de retracto que la ley concede al arrendador de un local de negocio en el caso de traspaso el derecho de propiedad. La dificultad de construcción también se levanta frente a nosotros en este momento, si bien los matices que diferencian uno y otro problema son bien claros y definidos. Parece ser que el objeto sobre que recae el derecho de retracto es el local de negocio que se traspasa, pero las facultades que limita o restringe son las de adquisición por un tercero extraño del local de negocio a título de arrendatario. Y otra vez se nos presenta el mismo problema ¿limita facultades, posibilidades de adquisición? ; y verificado el traspaso ¿limita los mismos derechos adquiridos sobre el local que se ha traspasado?

Porque ejercitado el derecho de retracto se advierte - que no alcanza ni puede alcanzar más la atribución de lo que sin él pudo conseguir la persona a quien sustituye, o sea, el presunto adquirente del local de negocio a título de arrendamiento.

D)- Es un derecho de adquisición.- Ya hemos tratado de esta modalidad, característica o peculiar carácter de tales derechos cuando estudiábamos la naturaleza en general de los retractos. Por lo que se refiere a los específicos concedidos

por la Ley de Arrendamientos Urbanos, su naturaleza permanece inalterable y se advierte del mismo modo que la preferencia en cuanto a la adquisición que se lleva a cabo con su ejercicio funciona también aunque de distinta manera según se trate del conferido al arrendador o le sea de la clase que se atribuye a los arrendatarios de vivienda o de local de negocio. Lo que uno y otro adquirieron con el ejercicio de su derecho ha quedado ya expuesto en párrafos anteriores y hemos visto cómo no es siempre lo mismo en las distintas especies de derechos de este tipo.

Se trata de la adquisición de la propiedad del piso arrendado o del local de negocio poseído en arrendamiento cuando se ejercita el derecho de retrazar concedido al inquilino o al arrendatario y de los derechos separados del mismo cuando se ejerce el que la Ley concede al arrendador de local de negocio.

No se trata de un simple derecho de adquisición o de adquisición simplemente, sino de una adquisición preferente de derechos que pretende adquirir un tercero con derecho inferior o de peor condición; y no de una adquisición cualquiera, sino precisamente de la adquisición de una cosa o derecho concreto, específico, determinado o sometido a nuestra voluntad en otro concepto y por otro título. Podríamos decir que se refiere a una adquisición específica, no a una adquisición genérica.

La adquisición que se lleva a cabo con el ejercicio de este derecho es una adquisición de las llamadas derivativas por la doctrina, ya que precede siempre de un titular anterior que libremente enajena y de quien el adquirente

tras su derecho. Se produce una traslación del derecho de propiedad ya existente e de un arrendamiento anterior; el derecho transmitido tenía ya con anterioridad una existencia concreta, como en las adquisiciones derivativas todas; el nacimiento en persona distinta del titular anterior coincide cronológicamente con la extinción del mismo en el causante; hay como una mutación de titulares, un cambio exclusivamente personal dentro de la relación jurídica en que se produce, y también una relación jurídica que le sirve de base.-

Habiendo distinguido la doctrina jurídica en las adquisiciones derivativas dos modalidades distintas, esto es, las traslativas y las constitutivas (68) según que sea el mismo derecho el que se adquiere o se adquiere de él pero no se confunda con el precedente, incorporamos el derecho de retracto, o mejor, la adquisición que con su ejercicio se consigue a la llamada adquisición derivativa traslativa, ya que adquiere el retrayente el mismo e idéntico derecho que del originario transmitente se deriva cuando ejercita su derecho de retracto.

E)- Es un derecho transmisible, enajenable.- Aunque la doctrina jurídica ha configurado el derecho de retracto como un derecho intransmisible (69), nosotros hemos creído ver en él un derecho susceptible de enajenación. Nos referimos, claro está, a los retractos legales y hacemos la salvedad ciertamente muy importante de que no es transmisible si su enajenación no va acompañada de la transmisión del derecho de que procede, en que se asienta o en cierto modo del que depende. Como decían las leyes romanas refiriéndose a las

servidumbres, praedio inherent y sólo con ellas pueden ser transmitidas; de modo que empleando la expresión de los intérpretes antiguos ambulant cum dominio.

Pero es que un derecho es intransmisible cuando existe una imposibilidad absoluta de ser transferido de su titular a otra cualquiera persona, son los llamados personalísimos por la doctrina, se conceden bien por el ordenamiento jurídico o por el anterior titular en atención a la cualidad, y hasta algunas veces a la condición, de la persona (intuitu personae) a quien se le otorgan. Los derechos de retraer no son personalísimos de ningún modo; casi podríamos afirmar que acaso en ningún otro derecho se tengan tan poco en cuenta las cualidades personales del sujeto activo como en el de retraer, que es un derecho otorgado por la ley a quienes se encuentran con respecto a la cosa en una determinada posición.

Evidente que siendo el derecho de retraer un derecho en cierto sentido accesorio y subordinado a otro que le presta existencia no se podrá transmitir con independencia del mismo, circunstancia ésta que condiciona y limita extraordinariamente su enajenabilidad; pero, cambiando de titular por la transmisión del principal a que se subordina, hay que reconocerle dicho carácter de transmisible.

Y de este modo, consideremos separadamente cómo se puede transferir el derecho de retraer dentro del contrato de arrendamientos urbanos, estudiando independientemente el que se concede al inquilino, el que se atribuye al arrendatario de local de negocio y aquél con que se inviste al arrendador de un local de negocio cuando por el arrendatario

se traspasa.

Ya hemos visto la extraordinaria limitación que sufre la transmisibilidad, en cuanto que sólo con la del derecho o la de la relación a que acompaña se puede llevar a cabo. - Veamos ahora concretamente si el derecho de retraer en los arrendamientos urbanos es susceptible de ser transmitido por cualquier título jurídico acto de suyo para efectuar la transmisión o por qué títulos específicos o determinados puede transmitirse.

Todos los títulos susceptibles de transmisión de las especies jurídicas de que nace el derecho de retraer y al que acompañan son hábiles para transferir también el mismo derecho de retraer.

En el que se confiere por la ley al arrendatario de local de negocio se observa la limitación natural que le impone el carácter del arrendamiento sobre que se concede (70). Y esta limitación tiene una doble faceta o modalidad: limitación en cuanto al título jurídico de adquisición y limitación en cuanto a las personas adquirentes de su situación y derechos.

El inquilino de vivienda, por prohibición expresa aunque no absoluta de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no puede ceder o traspasar la que ocupa como inquilino, y alcanza la prohibición legal tanto a los negocios a título oneroso - cuanto a los gratuitos, por disposición taxativa del mismo precepto.

Se prohíbe con tal energía esta cesión que el art. 86 de la misma ley faculta al arrendador que no hubiere expresa

ni tácitamente consentida la cesión de vivienda llevada a cabo por el inquilino, no obstante tal prohibición, para resolver el contrato de inquilinato sin otro requisito que el de demandar también al adquirente (párrafo 1a).

Pero si consiente la cesión el arrendador se tiene por válida y el cesionario queda subrogado en los derechos y obligaciones del inquilino cedente (párrafo 1a del art. 37).

Con esto puede decirse que se ha producido una verdadera, auténtica transmisión, y el derecho de retraer inherente a la cualidad de inquilino ha sido con ella transmitido.

En este supuesto de consentimiento vemos cómo puede efectuarse tal enajenación por el doble concepto de negocio jurídico oneroso o gratuito.

A título de acto inter vivos podrá libremente transmitir el inquilino sus derechos aun sin el consentimiento del arrendador a las personas que con un año de antelación al menos vivan con él habitualmente y sean parientes dentro del segundo grado (71), (art. 34), con tal de que se le notifique de modo fehaciente al arrendador esta subrogación de personas (art. 34 in fine). Con esta subrogación se produce una verdadera transmisión del derecho mismo de retraer.

La misma posibilidad de transmitir el derecho de retraer con el derecho base de arrendamiento existe en el supuesto que recoge y regula el art. 71 de la misma ley, en cuanto declara subsistente el contrato de arrendamiento a favor del cónyuge del anterior titular difunto, si convivía con él, o de sus parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que habitaren en la vivienda con un año

de antelación al óbito.(72). Se advierte aquí un derecho a continuar en la vivienda, pero no una obligación, con lo que no todas las consecuencias jurídicas que se producen con la subrogación son análogas a las que se producirían si subsistiese el contrato en toda su integridad, a pesar de lo que diga el mismo artículo citado que estudiamos, sobre todo las que se originan por la extinción por voluntad del mismo arrendatario y antes de que haya terminado el plazo estipulado en el contrato (vid. inciso último del art. 75).

Con lo que vemos que, aunque limitada por diversos requisitos y a personas señaladas legalmente, la transmisión del derecho de arrendamiento de viviendas y con él el de retracto que le acompaña son transmisibles tanto inter vivos como mortis causa, gratuita y onerosamente.

Entendemos por supuesto que esas transmisiones tienen lugar después del nacimiento del derecho de retracto y antes de que haya caducado legalmente su existencia, porque de otra forma, no habiendo todavía nacido o habiéndose ya extinguido por caducidad el derecho de retracto, se transmitiría el derecho de arrendamiento, pero no el de retracto que, cuando nace, nace ya en el adquirente del derecho de arrendamiento; o sea, en el que es arrendatario al tiempo de celebrarse la venta o la dación en pago que lo originan.

2. Más claramente se advierte si cabe la transmisibilidad del derecho de retracto que se concede al arrendatario de local de negocio, y es porque no existe en cuanto a estos locales la prohibición que hemos visto se impone al inquilino -

line para ceder libremente el objeto del arrendamiento en el caso de vivienda.

Pero aunque se admita, como se admite, en la Ley de Arrendamientos urbanos el traspase de locales de negocio - (art. 44), si bien condicionado al cumplimiento de ciertos y determinados requisitos anteriores y simultáneos al traspase mismo (art. 45), se puede observar que, en contra de lo que ya hemos visto sucede para las viviendas que son objeto de cesión, el citado traspase consiste, según el art. 44 de la Ley de arrendamientos urbanos, en la cesión mediante precio de los locales de negocio sin existencias hecha por el arrendatario a un tercero. La frase subrayada impone una evidente e importante restricción o limitación en cuanto a los títulos jurídicos hábiles para efectuar la transmisión, ya que por exigencia expresa del artículo que lo autoriza ha de hacerse el traspase mediante precio. Con esto se excluyen los títulos gratuitos y hasta incluso algunos títulos onerosos que no llevan consigo la entrega de numerario que actúe como precio o la contraprestación con entrega de cosa que cumpla la función de tal precio, es decir, de signo que lo represente, usando la terminología del art. 1445 del Código civil.

Esto por lo que se refiere a los negocios jurídicos inter vivos, que en cuanto a los mortis causa o a título de herencia, al igual que veíamos sucede en los arrendamientos de vivienda, los de local de negocio se transmiten por el mero hecho de la muerte del arrendatario a su heredero y, a falta de éste o de su deseo de continuar en el arrendamiento,

al socio, aún en el supuesto de una sociedad civil (art. 75 de la Ley de arrendamientos urbanos; vid. et. arts. 609, 657 y 659 del Código civil). El art. 73 citado habla concretamente de heredero, pero por aplicación del art. 13 y aun de las reglas generales de la interpretación parece que ha de aplicarse la misma regulación jurídica al que suceda al arrendatario a título particular o de legado en el local de negocio que el causante ocupaba.

Del mismo beneficio, sigue diciendo el mencionado artículo 73 en su párrafo 2º, disfrutarán las entidades españolas que absorban los negocios de sociedades extranjeras domiciliadas en España.

Por la muerte del arrendatario de local de negocio podrá advenir arrendatario el heredero o en su caso el socio del arrendatario difunto; y del mismo modo continuará como tal sujeto arrendatario la entidad española en el supuesto estudiado de absorción (art. 73, párrafo 1º). Ahora bien, la manera como se regula esta continuación en la calidad de arrendatario es en todo semejante a la que se efectúa en el caso de vivienda que recoge el art. 71; aquí como allí se habla de una posibilidad de continuar, de una facultad, de un derecho que podríamos llamar, aceptando a estos efectos la terminología, derecho potestativo. En uno y en otro artículo, tanto en el 71 como en el 73 citados, se dice que podrán continuar, pero no se les impone la obligación de seguir en el contrato y en la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento de vivienda o de local de negocio a la muerte del de cuius o a la extinción de las

sociedades extranjeras al ser absorbidas por entidades nacionales. Así es que la adquisición de tales derechos es potestativa; por el hecho mismo de no querer suceder se extingue el contrato de arrendamiento, aunque con arreglo al contrato todavía no se haya concluido el plazo de vigencia del mismo; y esto, parece ser, sin que el arrendador tenga derecho a la indemnización de que habla el último inciso del art. 75 de la ley y que abarca la cantidad equivalente a la renta que corresponde al plazo que, conforme al contrato, quedare por cumplir.

Con estas transmisiones estudiadas de la vivienda o del local que son objeto de arrendamiento se efectúa también la enajenación o cambio de titularidad de los derechos de retracto que respectivamente pudieran corresponder a los causahabientes.

3. Nos queda todavía por estudiar la transmisión de los derechos de esta índole que se atribuyen por la ley al arrendador de local de negocio en el caso de traspaso. Ya hemos visto cómo no son sólo los propietarios de estos locales los posibles arrendadores, sino que junto a éstos pueden también existir titulares de derechos reales con facultad de arrendar la cosa sobre que su derecho recae o del que es objeto.

Pues de la misma manera que con la transmisión del derecho del inquilino o del arrendatario de local de negocio se transmite el derecho de retracto que se basa en él, transmitida la propiedad o en su caso el derecho real que es fundamento principal del de retracto que a los arrendadores corres-

ponde se transmite también el derecho mismo de retracto que les acompaña.

En el supuesto, ciertamente el más corriente, de que el propietario sea a su vez el arrendador del local de negocio, con la transmisión de la propiedad en el tiempo de vigencia del retracto se transmite también éste. Cuando sea el usufructuario el que haya arrendado la cosa (local de negocio) o la haya recibido ya al tiempo de constituirse su derecho con la carga del arrendamiento, como quiera que este derecho de usufructo es susceptible de enajenación aunque sea a título gratuito (art. 480, párrafo 1º del Código civil), transmitido que sea, la persona que le adquiriera adviene arrendador y por tanto titular, sujeto activo del derecho de retracto que como tal arrendador ostenta (73).

Como el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario (art. 513, nº 1º, del Código civil), la transmisión de que hablamos no puede originarse a título de herencia ni de legado, es decir, mortis causa (74). Así como también - queremos hacer la salvedad de que se discute mucho por la doctrina si son susceptibles de tal enajenación todos los derechos de usufructo o solamente los voluntarios, o los voluntarios y algunos legales.

También por muerte del usufructuario puede cambiar la titularidad del retracto que le correspondiese, pero no porque a título de herencia haya transmitido su derecho de usufructo, sino porque al igual que sucede con las demás causas de extinción de tal derecho, salvo la que se efectúa por pérdida de la cosa usufructuada (nº 5º del art. 513 del Código

civil) o por resolución del derecho del constituyente (nám. 6º del mismo artículo), al desaparecer el derecho de usufructo, el derecho de propiedad que estaba limitado con su existencia absorbe todas las facultades y recupera su estable y normal situación. Con él el propietario, que no era arrendador, viene a serlo y los derechos que correspondían al usufructuario como tal arrendador se trasladan al mismo propietario por haber adquirido tal calidad.

Cuando hablo de la extinción del usufructo y estudio no obstante facultades que corresponden en virtud de un arrendamiento celebrado por el usufructuario y que continúan y subsisten no obstante haber terminado los derechos del usufructuario, no desconozco la prescripción del párrafo 2º del mismo art. 480 según el cual "todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas que se considerará subsistente durante el año agrícola".

Según este solo artículo los contratos de arrendamiento que celebrase el usufructuario se resolverían al terminar el usufructo; mas como nos parece que está este artículo parcialmente derogado por la disposición del artículo 70 de la Ley de arrendamientos urbanos, norma directamente aplicable a estas cuestiones arrendaticias con preferencia a cualesquiera otras, creemos que no se resuelven los contratos celebrados por él y sí que continúan en vigor, en toda la plenitud de su naturaleza. En efecto, el art. 70 de dicha Ley de arrendamientos preceptúa que, aunque cambie el dueño o el titular arrendador, llegado el día del venci -

miento pactado en el contrato de arrendamiento, éste se prorrogará.....

Con todas estas antecedentes consideraciones creemos más que suficientemente demostrado lo que al principio nos proponíamos, a saber: que el derecho de retracto es susceptible de transmisión, aunque tal transmisión haya de hacerse con la del derecho matriz, del que nace o en cuya virtud se otorga por la Ley el derecho de retraer.

F)- Renunciabilidad o no del derecho de retracto.-(75).

En principio de nuestro ordenamiento jurídico vigente el que todos los derechos concedidos por las leyes son renunciables (párrafo 2º. del artículo 4º. del Código Civil). El citado párrafo del artículo 4º. excepciona a esta regla general establecida en su primer inciso añadiendo que serán renunciables a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero; y podríamos decir nosotros a su vez que no son además renunciables los derechos que conceden las leyes cuando las mismas leyes que los establecen disponen su irrenunciabilidad. Porque sucede de ordinario que a medida que se hace más intensa, evidente y notoria la intervención del Estado en materia de contratación y a medida que se patentiza más el deseo del legislador de proteger a los económicamente débiles o a los que al tiempo de celebrar el contrato se hallan en evidentes condiciones de inferioridad, se siente más urgente y acuciante la necesidad de ordenar en las mismas leyes creadoras de los derechos la irrenunciabilidad de los mismos, para que su propósito y su finalidad no se vean defraudados y para

que sus preceptos no queden reducidos a letra muerta.

La cuestión de la renuncia de los derechos está íntimamente ligada y entrañablemente unida a la de su enajenabilidad. Mas ha de advertirse que una y otra modalidad en la pérdida de los derechos operan de forma distinta, toda vez que la renuncia se produce siempre por la manifestación de voluntad del titular (76) y la transmisión puede actuarse incluso en contra de su misma voluntad.

La doctrina jurídica entiende precisamente por renuncia la dejación o abandono de un derecho por su titular sin transmitirlo a otra persona (Castán). Partiendo para nuestras ulteriores afirmaciones de esta definición, estudiemos el derecho de retracto desde el punto de vista de su renunciabilidad.

Un derecho es renunciable cuando es susceptible de ser abandonado por su titular por la sola declaración expresa o tácita de su voluntad (77) y sin que tal abandono suponga una adquisición simultánea del derecho renunciado por una tercera persona.

Como todos los derechos patrimoniales privados, y al amparo del núm. 2º del art. 4º del Código civil, los derechos de retracto son de suyo renunciables (78), con las limitaciones, claro está, que señala e impone el mismo precepto legal. No puede haber ninguna duda de esta afirmación y es de advertir que en todos los casos que estudia nuestra legislación existe la posibilidad de que el titular del derecho de retracto renuncie no sólo a su ejercicio sino también al derecho mismo que la Ley le atribuye. Aunque estos -

derechos se conceden al titular, como veremos al estudiar su fundamento, por motivos de interés general y para conseguir un resultado especial, la renuncia de los mismos no va contra el orden público ni en perjuicio de tercero, ya que aunque este perjuicio se produzca se exige para declarar irrenunciable un derecho que la renuncia lesione un derecho de tercero (vid. Castán, loc. cit., pág. 333).

Pero esta regla general de la renunciabilidad de los derechos de retracto vale sólo para los casos regulados en el Código civil, al menos aparentemente; ya que en los concedidos a los arrendatarios de fincas rústicas e urbanas se dispone expresamente que son irrenunciables (art. 12 de la Ley de 15 de marzo de 1935, párrafo 12, y Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1945, en la que se declara interpretando y aplicando el párrafo primero citado que "no puede renunciarse anticipadamente el derecho de retracto" que el art. 15 concede al arrendatario en el caso de transmisión onerosa de una finca rústica; vid. etiam el art. 11 de la Ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, texto articulado) (79).

Para el estudio de la renunciabilidad o no de los derechos de retracto que concede la Ley de arrendamientos urbanos hemos de hacer una exposición separada, aunque sea de pasada, de los distintos casos en que este derecho es otorgado, ya que no todos los regulados por esta legislación gozan del mismo carácter.

1. El derecho de retracto que el artículo 64 concede al inquilino de vivienda es irrenunciable, porque así se -

dispone en el art. 11, primero del capítulo II de la Ley y - que trata de la naturaleza de los derechos que la misma concede. Según este artículo "los beneficios que la presente - ley otorga a los inquilinos de viviendas..... serán irrenun- ciables".

No cabe ninguna duda que este artículo comprende tam- bién el derecho de retraer, no sólo porque es un beneficio - que la ley otorga, sino porque siendo esta legislación de ca- rácter marcadamente social se ha de interpretar de manera ex- tensiva; concretamente el art. 13 de la misma impone a los Tribunales y Autoridades encargados de aplicarla la obliga - ción de interpretar sus preceptos por analogía en aquellos casos en que la cuestión debatida no aparezca expresamente - prescrita en la Ley y se refiera no obstante a materias que sean objeto de su regulación. Y aunque la interpretación se- gún la cual el derecho de retracto que se atribuye al inquilino no es renunciable no sea de la clase denominada analó - gica por la doctrina, sino extensiva, hemos de entender que concedido lo más (interpretación analógica), se debe tener - también por concedido lo menos (interpretación extensiva).

Se impone ahora una distinción que nos parece suma - mente oportuna: ¿Se refiere la irrenunciabilidad al momento de celebrar el contrato y en este sentido se debe considerar nula y sin valer ni efecto alguno (art. 11) la cláusula o - disposición en que se declare la renuncia hecha por el arren- datario antes de nacer su derecho de arrendamiento y por su- puesto antes de que haya nacido el posible y eventual dere - cho de retraer?, ¿se alcanza también la nulidad expuesta a la

renuncia que se lleva a cabo por medio de una manifestación concreta de voluntad, expresa o tácita, cuando ya ha nacido el derecho de retracto o incluso entre la celebración del contrato de arrendamiento y la transmisión originaria del mencionado derecho?

Con arreglo a una interpretación literal, exclusivamente gramatical, del precepto que ocupa nuestra atención, llegaríamos a la amplia conclusión de que la renuncia no podía hacerse en momento alguno y por tanto se entiende que nacido aquel derecho de retracto no puede renunciarse. Según este modo de interpretar la Ley, el derecho de retracto que analizamos sería absolutamente irrenunciable.

Pero si atendemos a la naturaleza y singular carácter del mencionado derecho y a los motivos que han pedido inducir al legislador a hacer la indicada declaración de irrenunciabilidad, llegamos a un resultado diverso, sólo parcialmente diverso; parcialmente diverso porque es incuestionable que al tiempo de celebrar el contrato de arrendamiento el derecho de retracto no es susceptible de renuncia.

El motivo que la Ley tiene en cuenta para declarar irrenunciables los derechos que concede al inquilino de vivienda es y no puede ser otro el propósito de que no queden ineficaces los derechos de que hace atribución, de que no resulten en la práctica ilusorios los beneficios que establece en favor del contratante más débil (80). Trata de evitar el legislador los posibles abusos a que estaría sujeto el inquilino en un régimen de absoluta libertad de contratación, atendidas la escasez de viviendas y la necesidad consiguiente ca -

da vez más apremiante de adquirirlas con permanencia. Por eso quiere que no renuncien, que no puedan renunciar los inquilinos a los beneficios legales en el momento de celebrar el contrato, que es precisamente cuando aparece y se presenta más enérgica e indemable la superioridad del arrendador.

Pero nos parece que nace con la transmisión onerosa adecuada el derecho de retraer, éste es real y prácticamente renunciabile. A lo sumo puede exigirse que la irrenunciabilidad alcance también al momento intermedio, esto es, antes de adquirir plenitud de vigencia el mencionado derecho y después de celebrado el contrato de arrendamiento que ha de ser la raíz de su concesión; pero una vez nacido se puede, creemos, renunciar a su ejercicio (81).

Entonces llegaríamos a la inevitable y lógica conclusión siguiente: El derecho de retraer a que el inquilino de vivienda no puede renunciar es el derecho futuro, probable y posible, una expectativa de derecho diríamos si aceptáramos esta terminología; un derecho que todavía no ha nacido, un derecho a la sazón inexistente. Cuando el derecho de retraer ya ha nacido es renunciabile; no sería renunciabile entonces si el derecho fuese al mismo tiempo deber, si fuese un derecho de carácter público, si fuese obligatorio su ejercicio; pero como el derecho de retracto se confía a su titular por el ordenamiento jurídico y está conferido a su arbitrio su ejercicio y defensa, la mera actitud pasiva del titular está ya suponiendo una continuada y tácita renuncia.

2. Veamos ahora si son o no renunciabiles los derechos de retracto que atribuye la Ley al arrendatario de local de

negocio y al arrendador del mismo en el caso de traspaso. El precepto fundamental y básico para hacer el análisis que pretendemos no puede ser otro que el tantas veces citado art. 11 de la Ley de arrendamientos urbanos, en cuanto en él se recoge la disposición en que con más claridad tal vez se manifiesta el carácter social y eminentemente proteccionista de la Ley (82) y constituye el fundamento de la condición que la Ley otorga a los derechos citados.

Uno y otro derecho, tanto el que se concede al arrendatario de local de negocio como el que se otorga al arrendador, son de suyo renunciables. No es preciso un gran esfuerzo dialéctico para llegar a la conclusión que acaba de señalar, toda vez que se indica de manera expresa en el repetido texto legal que los derechos que confiere la Ley al arrendador (y entre éstos está, no cabe duda, el de retraer) serán en cambio renunciables. Del mismo modo serán renunciables - (párrafo 2º) los que confiere al arrendatario de local de negocio, salvo el de prórroga del contrato que no será renunciable.

Estas disposiciones que se contienen en la Ley para determinar la naturaleza de los derechos de los arrendadores, lo sean de vivienda o de local de negocios, y de los arrendatarios de locales de negocio resaltan de una manera evidente el motivo que apuntábamos antes por que el legislador hizo la declaración de irrenunciabilidad de los derechos del inquilino de vivienda. Se ve en éstos una mayor protección, una más enérgica tutela de los intereses sociales y esto porque son más angustiosas y urgentes las necesidades de encontrar

FUNDAMENTO DEL DERECHO

DE

RETRACTO.

1. Estudiada la naturaleza jurídica de los derechos de retraer con especial y detenida referencia a los que otorga la Ley de arrendamientos urbanos vigente, hemos de examinar ahora la cuestión de su fundamento, siguiendo las orientaciones de una metodología moderna en la exposición y análisis de las instituciones jurídicas. A la verdad que en esta materia acaso más que en ninguna otra se necesita ineludiblemente hacer este trabajo de justificación, toda vez que viene a ser un elemento perturbador el derecho de retracto de la libre propiedad, como hemos visto, y no se concibe que haya un elemento capaz de efectuar la resolución de un contrato, aunque sólo sea con respecto a la persona del adquirente, sin un motivo poderoso y fundado que lo justifique.

En el fundamento de las instituciones jurídicas encontramos o hemos creído encontrar un doble aspecto o punto de vista desde el cual puede ser analizado: un aspecto interno y otro que pudiéramos llamar aspecto exterior.

El primero podemos calificarlo de lógico-interno, fundamento racional o técnico; está íntimamente ligado al problema de su naturaleza y de su carácter científico; se refiere exclusivamente al aspecto teórico del derecho; es el fundamento de su construcción, de su estructura, del orden y disposición interna de sus elementos; responde al cómo y al qué de la institución.

El aspecto exterior del fundamento a su vez podría ser disociado en dos elementos, dos momentos representativos de dos especies en estrecha y entrañable unión, que no

llegan a identificarse pero que son susceptibles de una acción recíproca y mutua.

Así, el fundamento externo hace referencia al principio social, jurídico, natural, histórico o de Derecho comparado en el que se basa, o bien a la finalidad que persigue la misma institución de que se trata.

Es este último precisamente el que hemos de tener en cuenta para fundamentar el derecho de retracto; es un fundamento teleológico, finalista, social...; representa el para qué de los derechos de retracto.

2. Los derechos de retracto que crea y regula la vigente Ley de arrendamientos urbanos están basados, como todos los demás del mismo género retractual, en consideraciones ultrapersonalistas, sociales. Así lo viene reconociendo unánimemente la doctrina científica y las más concordes sentencias de nuestro Tribunal Supremo; y esto no solamente para aquellos supuestos recogidos y ordenados por leyes especiales de tendencia marcadamente proteccionista y social como son las de arrendamientos, sino también para los que prevé y estudia el mismo Código civil (83).

Hagamos una ligera referencia al motivo y particular fundamento de las especies que reconoce el Código civil para ver más tarde cómo este mismo carácter social y general se cumple en los arrendamientos y acaso con más energía y acritud.

3. El derecho de retracto (sin duda incorporado al de tanteo o a la preferencia para la adquisición de que se habla) que el párrafo 5º del art. 396 del Código civil, en la

redacción dada nuevamente por la Ley de 26 de octubre de 1939, concede a los demás propietarios del edificio, respecto del piso que uno de ellos enajene en las llamadas casas por pisos o propiedad horizontal, está basada indiscutiblemente en el carácter de copropiedad, más o menos amplia y más o menos especial, que la redacción del art. 396 citado da a esta forma de la propiedad y que está expresamente recogido en el párrafo la del expresado precepto (84), siquiera se refiera a algunos determinados elementos del edificio.

4. El retrato de comuneros que el art. 1522 del Código civil en su párrafo la reconoce al copropietario de una cosa común en el caso de enajenarse a un extraño la parte correspondiente a los demás condueños o a alguno de ellos, tiene su fundamento y razón de ser en el beneficio que dentro de un régimen de apropiación individual acusa la extinción del condominio (85) y el interés que supone para la economía nacional el que se limite la antieconómica existencia de dicho condominio por las dificultades con que para su administración y explotación se encuentran los propietarios (86).
5. El de colindantes que recoge y regula el art. 1523 del mismo Cuerpo legal encuentra su fundamento en la finalidad que el legislador le atribuye de corregir en lo posible la exagerada división de la propiedad rústica (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1895; 14 de diciembre de 1895; 8 de julio de 1903; 8 de octubre de 1903; la de diciembre de 1927 y 5 de junio de 1929), es decir, evitar el minifundio o excesiva división de la propiedad (87. de 5 de

junio de 1945 y de 26 de diciembre de 1950) (87).

"El retracto de colindantes, escribe Pascual Serrano, (88) sólo desea que las fincas sean mayores para mejorar los cultivos, que por cierto no siempre se logran ni es necesario en realidad y siempre es a cambio de disminuir las pequeñas propiedades tan convenientes para las clases trabajadoras, y para fomentar el número de propietarios por la facilidad de que los trabajadores laboriosos adquieran la pequeña propiedad".

El retracto de colindantes era, según Germán Gamazo (89), el complemento de la obra de reconstitución de la propiedad, cuya necesidad sienten todos y cuyas manifestaciones se derivan de esa atomización, de esa pulverización en que se encuentra la propiedad que impide sea cultivada (90); se concede en aras del interés social y económico, al que perjudica la excesiva división de la propiedad, según literal declaración del Tribunal Supremo en reciente sentencia de 26 de diciembre de 1950.

6. Los derechos de retracto que conceden el párrafo 1.º del art. 1636 y la regla 6.ª del 1656 respectivamente a los dueños del dominio directo y útil y al cedente y al cesionario, el primero en el caso de enfiteusis y el segundo en la llamada rabassa morta, persiguen la consolidación de los dominios (91), la unificación de las titularidades en una sola persona, ya lo sea en la del propietario del suelo, ya en el enfiteuta o en el cesionario (Ss. de 16 de diciembre de 1865, de 29 de octubre de 1928 y de 27 de febrero de 1931), evitando los inconvenientes de la desmembración del mismo -

produce para la facilidad de las transacciones y el desarrollo de la riqueza inmueble (Ss. de 9 de marzo de 1893, de 4 de diciembre de 1896, de 11 de junio de 1902 y de 29 de noviembre de 1921).

"El fundamento del tanteo y retracto enfitéutico, escribe el maestro Castán, está en la conveniencia de que desaparezca la división de los llamados dominios directo y útil que se estima como un estado imperfecto y perjudicial de la propiedad" (92).

Todos los casos que recoge el Código civil están basados como vemos en razones de utilidad social, de interés general, los aconseja el interés público (Ss. de 5 de febrero de 1883, de 12 de enero de 1904, de 29 de noviembre de 1921, de 16 de junio de 1924, de 16 de junio de 1945 y de 18 de noviembre de 1946) y aunque son derechos patrimoniales privados se conceden por razones fundamentales de ordenar la propiedad privada en condiciones de una mayor productividad y en atención a la economía nacional (93).

El retracto se concede consultando el interés general, social y económico, dijo ya una sentencia de 11 de febrero de 1911; está fundada en atendibles razones de interés público, armónico con el de los particulares (S. de 16 de junio de 1924 en aras del interés social y económico (S. de 26 de diciembre de 1950).

7. Pues bien, los retractos creados por las Leyes de arrendamientos rústicos y urbanos están todavía más acentuadamente inspirados en el interés social, porque a la finalidad que persiguen todos los de su género hemos de unir la tendencia

proteccionista de esta legislación especial (S. de 29 de abril de 1943).

8. Per lo que se refiere al de arrendamientos rústicos - (Ley de 15 de marzo de 1935, arts. 16 y 17 redactados de nuevo por la de 16 de julio de 1949) dice Casals Celldecarrera (94) constituye un valor de política social, la extensión de la propiedad rústica, a fin de que quien trabaja una tierra pueda percibir íntegramente los productos de su trabajo (vid. S. de 26 de enero de 1953).

El motivo del retracto legal arrendaticio rústico no es otro que facilitar el acceso a la propiedad de los modestos cultivadores (S. de 14 de marzo de 1944) "para que el - nuevo retracto legal cumpla los fines sociales preconizados como de interés público" (Ss. de 21 de febrero de 1944 y de 11 de junio de 1945) y supone el reconocimiento de la preferencia que debe otorgarse en igualdad de condiciones a todo aquel que dedica su actividad y su trabajo a la explotación agrícola y pecuaria de una finca rústica frente al derecho del nuevo adquirente, facilitándosele así el acceso a la propiedad de la misma (Ss. de 17 de marzo de 1945, de 3 de abril de 1945, de 18 de noviembre de 1946, de 16 de diciembre de 1946, de 11 de noviembre de 1948, de 8 de julio de 1952, de 22 de diciembre de 1952 y de 26 de enero de 1953). (95).

9. La trilogía de derechos de retracto que admite y concede la vigente Ley de arrendamientos urbanos, aun teniendo también esta finalidad social (S. de 27 de noviembre de 1947), obedece a razones particulares distintas, pues no puede re -

conocerse la misma finalidad al que se otorga al arrendador que a los que se confieren a los arrendatarios y dentro de éstos habrá que separar también el que se concede al inquilino de vivienda y el que corresponde al arrendatario de un local de negocio.

10. a) Fundamento del derecho de retracto concedido al arrendador de local de negocio.- El fundamento de este derecho no es otro que el de consolidar la propiedad reuniendo en manos del propietario todas las facultades integrantes del dominio (96); fundamento éste, como vemos, semejante y parecido aunque no idéntico al ya estudiado del enfiteútico. La exposición de motivos de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 se limita a indicar que se reconoce al arrendador de local de negocio en el caso de traspaso aunque con el local se traspase el negocio mismo, pero no justifica su establecimiento. El Ministro de Justicia a la sazón declaró en el discurso pronunciado ante las Cortes Españolas que precisamente el emplazamiento del edificio donde el negocio está contribuye a la fama y al prestigio del comercio. Nosotros entendemos que este aumento de fama y prestigio repercute necesariamente en el precio del traspaso al tiempo de hacerle y que son valores inherentes a la propiedad del edificio en gran parte, originan un carácter de justicia en las facultades que se le conceden y que son contrapartida de las que se atribuyen al arrendatario de poder traspasar mediante precio un local que él ha revalorizado con su esfuerzo, con su trabajo y su inteligencia, según se cuidó de exponer con gran precisión el mismo Sr. Fernández Cuesta.

Encontramos, pues, dos motivos razonables y poderosos para la concesión de la mencionada facultad de retraer al arrendador: en primer lugar la justicia que supone por las razones apuntadas atribuir el derecho de tanteo y en su caso el de retracto a quien por razón de su propiedad tiene derecho de preferencia (99) frente a un extraño que pretende adquirir y de otra parte la utilidad social que supone para la explotación de la riqueza el control y la concentración de facultades en un solo titular.

11. b) Fundamento del derecho a retraer que corresponde al arrendatario del local de negocio.— Un mayor fundamento tiene o parece tener el derecho de preferente adquisición que concede el art. 64 de la Ley al arrendatario de local de negocio cuando el propietario cede en pago o vende el local objeto de su derecho.

Ya en el año 1944 y en la Revista de Legislación y Jurisprudencia D. José Valsárcel (100), antes de que empezara a hablarse de estas particulares concesiones, aventuró su opinión de que se hiciera extensivo el derecho de retraer al arrendatario de predios urbanos;... no puede ni debe haber, decía, dificultad alguna jurídica para que se extienda ese derecho y se le conceda con carácter de preferente al inquilino que en tal concepto lo posea o habita.

Si es altamente plausible, añadía, posibilitar que el colono sea propietario de la tierra que cultiva, no lo es menos que el inquilino pueda pasar a ser dueño del piso en que tenga su hogar constituido, donde han nacido sus hijos e don-

de quizás ha perdido para siempre a los seres más queridos; donde ha forjado su taller, su industria; donde ha creado la base de su desenvolvimiento económico.

Los postulados de la justicia social, concluya, así lo demandan.

No por estas razones fundamentalmente sentimentales y con eler de moralina que alega el autor citado, sino por la corriente que modernamente se viene dando a la propiedad privada, estos derechos de retrasto que la Ley concede al arrendatario genéricamente encuentran una evidente justificación.

Siendo postulado del Estado moderno el de modificar y hacer asequible a todos los españoles las formas de propiedad ligadas virtualmente a la persona humana, el hogar familiar, la heredad de la tierra... (Declaración XII del Fuero del Trabajo) y teniendo en cuenta que se debe procurar que "sean muchosísimos en el pueblo los propietarios" (León XIII en la Encíclica Rerum Novarum), la legislación de los tiempos nuevos consecuente con estas recientes tendencias que - le brinda la doctrina jurídica más ortodoxa, ha concedido a los inquilinos y a los arrendatarios de local de negocio el derecho a adquirir la propiedad que ocupaban aprovechando la coyuntura de que sea el propietario quien se decida libremente a enajenarla y armonizando de esta forma el derecho de propiedad privada y el respeto al propietario con la aspiración social de extender aquélla cada vez más entre los trabajadores (101).

A esta razón fundamental y tan a la moda hemos de añadir por lo que se refiere al derecho de retrasto conferido

al arrendatario de local de negocio la ya citada circunstancia muy digna de ser tenida en cuenta, cual es el incremento de valor que el trabajo, la diligencia, la honradez y el prestigio del comerciante o el industrial, dan o han dado al local de negocio en que desenvuelven su actividad, incremento de valor en el que han de participar bien con la enajenación de su industria o del local aislado, bien también mediante el ejercicio del derecho de retracto que le ofrece la posibilidad de hacer suyo el local revalorizado con su esfuerzo (102).

12. c) Fundamento del derecho de retracto que se atribuye al inquilino de vivienda.- Menos razones de justicia objetiva conmutativa parecen apoyar los derechos preferentes de adquisición que los arts. 63 y 64 de la Ley de arrendamientos conceden al inquilino para adquirir, subrogándose en el lugar del comprador o del adquirente, el piso en que vive; sin embargo la misma corriente socializadora del derecho de propiedad (S. de 27 de noviembre de 1947), el mismo deseo de hacer asequible a los inquilinos el hogar que ocupan como arrendatarios (103) han movido al legislador a hacer la concesión del presente derecho.

La Exposición de motivos del Decreto-Ley de 8 de febrero de 1952 hablando del fundamento del derecho de retracto se refiere a la necesidad de hacer asequibles a los inquilinos las viviendas que habitan. Y la también Exposición de motivos de la Ley de 15 de julio de 1952 que da normas para solicitar y conceder préstamos a inquilinos de vivienda con

determinada renta, precisamente para ejercitar los derechos de tanteo y retracto, alega como fundamento de los mismos - el deseo del legislador de proporcionar a los inquilinos la suficiente estabilidad familiar y asume la responsabilidad y de facilitar préstamos, aclara, para dicha finalidad social.

La tendencia legislativa moderna que se advierte en la mayor parte de los Estados de crear el máximo número posible de hogares propios (104) y que ayuda aunque muy modestamente a resolver el general y apremiante problema de la vivienda (105) apoya sin duda estos extraordinarios derechos - que se conceden al inquilino y contra los que se han levantado voces de algún autor haciéndoles objeto de dura crítica. (106).

Nadie discute, dice D. Jerónimo González, que conviene favorecer el acceso de las clases medias y proletarias a la propiedad inmueble para crear una reserva del ejército de orden y aproximar el trabajador al capitalista; para unir la familia al hogar propio...; facilitar la colocación de sus economías que son notoriamente insuficientes si intenta comprar un edificio entero; para dejarle aprovecharse de la plusvalía normal de las fincas urbanas y de las condiciones del crédito territorial; para evitar las dificultades de encontrar habitación, caso de desahucio, y para apaciguar las guerras diarias sobre aumento de alquileres e utilización de locales entre caseros e inquilinos (107).

Estas palabras del insigne D. Jerónimo González, pronunciadas a propósito de la propiedad de las casas divididas por pisos, tienen un valor inmediatamente aplicable a la jus-

tificación de esta forma de retracto, toda vez que el objeto que se persigue es idéntico al que trata de fomentar la edificación de edificios con propiedad dividida a que él se refería.

Otro motivo que podríamos llamar de índole negativa se recoge en el ya citado discurso del Ministro de Justicia, al decir que se da esta protección al inquilino para evitar que sea víctima del empleo del dinero como instrumento de dominación. Porque, advierte, ha sido procedimiento hasta ahora - inédito y muy poco conocido y que ha empezado a utilizarse - como medio de librarse de los inquilinos que pagan poca renta y que carecen del capital necesario para poder adquirir el piso que se vende, el vender no una casa entera ni un piso - vacío, sino solamente un piso ya ocupado, que es precisamente lo que se adquiere al utilizar el derecho de retraer.

A esta misma finalidad que hemos llamado negativa parece referirse el Tribunal Supremo, quien en muy recientes - sentencias ha declarado que el derecho de retracto que se concede por la Ley al inquilino de vivienda equivale a un medio de protegerle contra el propietario que para librarse de él - acudiera al recurso de la venta fraccionada de su propiedad (Ss. de 3 de junio y de 8 de julio de 1952).

Pero aparte de estos matices de justicia que se descubren en los mencionados derechos de retracto se advierte en ellos también un instrumento para conseguir el fin ulterior y remoto del reparto y extensión de la propiedad urbana; por eso hemos dicho ya en otro lugar de esta misma obra que es ésta de los retractos una institución que no alcanza en sí y

NACIMIENTO DEL DERECHO
.....

DE

RETRAER.
.....

Una cuestión tan interesante como olvidada o cuando menos poco estudiada por la doctrina jurídica moderna, interesante no solamente desde el punto de vista doctrinal sino también y aún más desde el punto de vista práctico de aplicación del Derecho, es el del momento en que se entiende nacido el derecho de retracto. Y es interesante porque es nada menos el referido momento el que determina la disposición y ejercicio que de él puede hacer su titular.

Han sido varias las posiciones que se han adoptado para precisar este momento en que se entiende nacido el derecho de retracto, si bien algunas de ellas han sido resultado del análisis de otras cuestiones más que consecuencia de un estudio concreto a propósito de esta interesantísima cuestión.

1. Ya hemos visto cómo Riaza y Casals Celldecarrera colocan el momento de su existencia real en el contrato o situación jurídica que le sirven de base, considerando que el negocio jurídico oneroso por que se transmite no representa más que la conversión en actual de un derecho latente, latente... pero ya nacido. El derecho del retrayente -son palabras de Riaza- está en potencia hasta que la venta de la finca objeto de aquél lo convierte en actual. La voluntad del dueño del objeto al decidirse a venderla es la que hace salir a dicho derecho del estado letárgico en que se encontraba; la voluntad del dueño de la heredad vendida ha impuesto vida y movimiento al derecho del que va a retraer.

Claramente se advierte en las palabras de Riaza que

para él el derecho de retracto existe aun antes de que la transmisión onerosa del objeto sobre que recae le imprima vida, movimiento y actualidad. Pero todavía se conserva la dificultad de determinar cuándo, en qué preciso momento se le da al derecho latente y dormido en estado letárgico el impulso que lo saque de ese sueño, la moción que lo actualice, - el levántate y anda. Es decir ¿se actualiza por la mera venta o celebración del negocio jurídico oneroso por que se transmite la propiedad y desde este momento puede ser ejercitado por el retrayente? ¿O se necesita que efectivamente se transmita con la consumación de la venta o del contrato la propiedad de la cosa que se va a retraer? Es ésta la verdadera cuestión que trata de resolverse y que queda en la doctrina de Rianza totalmente intangible e irresoluta.

La postura singular del continuador de esta doctrina de Rianza ha sido ya analizada en anteriores páginas, pero se hace preciso acomodar a este importante problema lo que allí tuvimos ocasión de exponer. Para él, para Casals Coldecarerra, el derecho del retrayente es un derecho en potencia (108), un derecho en potencia que se actualiza, se transforma, pasando de una simple pretensión condicionada, incapaz por sí misma de ejercicio, a un pleno, efectivo, actual y vigente derecho real.

Nosotros no podemos participar de esta manera de pensar porque entendemos que la voluntad del propietario de la cosa o titular del derecho que se decide a transmitirle no constituye una condición técnica o propiamente dicha, sine un supuesto legal o requisito previo para que el derecho de

retraer masca efectivamente.

Y lo curioso es que considerando este autor, como hemos visto, la voluntad del titular del derecho que se transmite como la condición a que se sujeta la transformación de la pretensión en un verdadero derecho real, condiciona el nacimiento del derecho de retracto a la transmisión efectiva de la propiedad del objeto que es también al mismo tiempo objeto del derecho de retracto (109).

¿Qué carácter o qué naturaleza jurídica tiene el derecho del retrayente en el momento intermedio entre la celebración e perfección del contrato transitorio y la entrega efectiva de la cosa, la traslación de la posesión, en definitiva la consumación del contrato? Porque habrá casos en que la transmisión de la propiedad coincida cronológicamente con el de la perfección del contrato y entonces siendo uno y el mismo el momento de la perfección y el de la consumación el problema que nos ocupa no llegará a presentarse siquiera; pero si se difiere la entrega de la cosa, si uno es el momento de la perfección del contrato y otro distinto el de su consumación, ¿de qué índole o de qué naturaleza participa el derecho del retrayente? ¿Podrá ejercitar su poder jurídico, su derecho, o habrá de esperar a que se realice la entrega de la cosa? Si lo primero, no cabe duda de que la sola perfección de contrato le ha dado vida real y ha operado la transformación de la pretensión condicionada en un derecho real, por usar la terminología del autor a que estamos refiriéndonos; entonces sería evidente que la manifestación de voluntad del titular originario que se decide por la transmisión y la lleva a

cabo actuaría como propulsora de esa transformación. Pero si ha de esperar para ejercitar su derecho a que la venta se consuma, a que haya efectiva transmisión de propiedad, encontramos una contradicción en los términos que emplea el autor que comentamos. Porque ya no jugaría la voluntad del propietario de la cosa como condición a que se sujetaba el nacimiento del derecho de retracto, sino que será la efectiva transmisión la que transforme el derecho de retracto y le inyecte el carácter de auténtico derecho real; entonces haría falta algo más que el mero contrato, ... haría falta la consumación del contrato, un apéndice o complemento a la voluntad del propietario manifestada en un negocio jurídico oneroso.

2. Pero indudablemente las dos posturas básicas que han sido objeto de controversia a este propósito, más en la antigua Escuela española del Derecho que en la actual y que hacen oscilar las decisiones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cierto vaivén han sido las que colecan el nacimiento del derecho de retracto ya en el momento de la perfección ya en el de la consumación del contrato oneroso por que se transmite la propiedad. Y el estudio más interesante, acaso el único que en forma de análisis concreto se ha producido, es un sugestivo - trabajo del venerable patriarca del Derecho civil español Don Felipe Clemente de Diego publicado en forma de consulta en la Revista de Derecho privado del año 1919.

De los argumentos que pueden presentarse en este sentido y en pro de una u otra tesis, podríamos hacer tres grupos: histórico-legislativo el primero, doctrinal-histórico el segundo y el tercero analítico de los textos legales en relación con

las decisiones de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

3. En orden al primer grupo no encontramos otro procedimiento mejor que hacer una exposición de los textos legales en que han cristalizado a través de la Historia los diversos casos de retractos, pues, independientemente de su particular carácter, esta cuestión tan debatida del momento en que se entienden nacidos es común a todas las especies legales.

En el Fuero Viejo de Castilla nos encontramos con una disposición referente al retracto gentilicio en la que se dice: "mas si vinier algund pariente, e la demandare fasta nueve días dando lo que costó, puédela auer por la pasada". (110). Aquí no se advierte con la claridad deseada el sentido de la ley y nos parece por eso aventurada la interpretación que Casals (111) hace de ella y según la cual se han de contar los nueve días, no desde la fecha del contrato, sino desde que se entregaba al comprador la cosa vendida; desde que se efectuaba la real tradición de la cosa que iba a ser objeto del contrato. Y digo que me parece aventurada y sin fundamento en que apoyarse porque la frase transcrita sigue inmediatamente a esta otra que recogemos y a la cual hay que unirla con toda necesidad si queremos descubrir su sentido propio: "Si un home vende heredad a otro home, e la venta fuer fecha....." De aquí se desprende que el hecho de que había que partir para contar el plazo establecido de nueve días sería de la venta, de que "la venta fuer fecha". Pero la venta como contrató debía entenderse "fecha" desde que concurrían todos los requisitos exigidos para su validez. Venta per

fecta, pero no venta consumada. Reconocemos que hay lugar para la duda, pero lo que afirmamos es que no está claro el significado que deduce Casals, para el cual, aunque no le diga expresamente, venta fecha es igual a venta consumada con entrega efectiva de la cosa.

Con mayor precisión y seguridad, que excluyen toda posible cuestión, se resuelve el problema en el Fuero Real (112) decididamente partidario de que el plazo empiece a correr desde que la cosa fuere vendida. Así dice: "del día que fuere vendida fasta nueve días viniere, si diese el precio por que es vendida la heredad..." No cabe ninguna duda que del texto entrecuadrado se desprende que se ha de contar el plazo desde la fecha de la venta y no desde la entrega de la cosa (113).

La misma regulación de los plazos y consiguientemente del momento en que se entiende nacido el derecho de nuestro estudio se contiene, si bien no con tan grande claridad, en la Ley 220 de las del Estilo, que habla de que pueden sacar las cosas vendidas en almonedas fasta los nueve días que pone el Fuero.

La Ley 55 del título V de la Partida V dispone el retracto a favor del comunero diciendo que se puede vender la parte que uno tenga comunalmente con otro, pero que si alguno de los que tienen parte quisiera dar por ella tanto como el extraño, ése la debe tener antes que el extraño. No contiene como vemos ninguna prescripción relativa a los plazos dentro de los que se puede retraer y por tante silencio todo lo referente al cómputo de los mismos por lo que se hace imposible deducir argumentos del precepto citado en pro de ninguna tesis.

La Ley 70 de Toro hace extensivo el retracto de que habla el Fuero "quando se vendiere en el almoneda pública" - y ordena que los nueve días de que habla la Ley del Fuero - "se cuenten en este caso desde el día del remate".

El sentido de este precepto ha sido objeto de una gran controversia; de él habla Antonio Gómez en el lugar que después estudiaremos, pero entendemos que no obstante las razones que alega el ilustre y sin duda más caracterizado comentarista de las Leyes de Toro el remate perfecciona la venta, mas no supone consumación, por lo que más bien parece apoyar la opinión de que se cuente el plazo desde que la venta es celebrada o perfecta.

La Novísima Recopilación (114) determina con precisión cuándo tiene lugar el retracto y desde qué momento empieza a contar el plazo por que se concede. "Desde que fuere vendida (la cosa) hasta nueve días" (Ley primera); "desde el día que la vendida fuera fecha hasta nueve días" (Ley tercera); "desde el día del remate" (Ley cuarta que recoge la 70 de Toro).

El punto de partida, pues, según ellas, aclara de Diego (115), es el día en que la venta fué hecha. La palabra "vendida" empleada en las leyes es de inequívoca significación a este respecto. Vendida es el contrato de venta y éste existe desde su perfección por convenir los contratantes en la cosa y en el precio.

Vemos claramente que los precedentes históricos legislativos citados mantienen una línea rígida e inflexible de vinculación del plazo a la fecha de celebración del contrato independientemente de la entrega o no de la cosa, esto es,

de que la venta haya sido o no consumada. Todos estos argumentos son del orden de los históricos, un elemento a tener en cuenta como posible precedente más o menos remoto y más o menos adulterado de los textos vigentes que se han de aplicar; por sí mismos no son suficientes, porque del hecho de que históricamente haya venido regulándose una determinada cuestión en un sentido dado no se sigue sin más que en el momento legislativo actual haya de seguirse necesariamente la misma ordenación. Es un argumento que prueba más a medida que se compruebe y se acredite que no ha habido mutación particular en la regulación o en la materia, pero que, repetimos, es insuficiente por sí para resolver el punto debatido.

4. Doctrinalmente se han expuesto también los dos puntos distintos de vista representativos de las dos encontradas y contrapuestas doctrinas. La mayor parte de los autores que se ocupan de la cuestión, que no son ciertamente muchos, abogan sin embargo por la opinión de creer suficiente la perfección de la venta para que pueda ejercitarse el derecho de retraer y por tanto es desde entonces desde donde debe arrancar el cómputo de los plazos legales.

En favor de esta más corriente tendencia se han esgrimido históricamente los siguientes argumentos, la mayor parte de ellos, hay que confesarlo, poco convincentes, y que expone detalladamente el citado Antonio Gómez en sus valiosos y eruditísimos Comentarios a las Leyes de Toro (116):

Primera.- Que las leyes expresamente hablan de venta y la venta se entiende perfeccionada con el consentimiento an-

tes de ninguna tradición. No se requiere por tanto la tradición para que pueda efectuarse el retracto.

Segundo.- Que cuando las leyes prohíben vender sancionan y prohíben incluso la venta pura antes de la tradición.

Tercero.- que el tiempo para la acción redhibitoria corre desde la venta.

De esta opinión son partidarios Cevarrubias en sus "Variarum resolutionum", Molina en su Tratado de Justicia et de jure, Sancho Llamas y Matienzo en sus Comentarios (117).

Acevedo dice expresamente que se deben empezar a contar los plazos después que fuese perfecta la venta (118).

5. El citado Antonio Gómez después de exponer los argumentos citados y de reconocer que este parecer ha sido seguido por la mayor parte de los doctores de la Universidad (se refiere a la de Salamanca) en cierto debate o examen celebrado, tras de confesar que esta opinión era seguida en la práctica, se alza frente a ella valiente y solitariamente diciendo que no obstante todas estas cosas (119) él mantiene la opinión contraria.

Cree que los plazos no deben empezar a contarse hasta después de la tradición de la cosa y expone para ello los siguientes sucesivos argumentos, en parte positivos, en mayor parte rebatiendo los citados de adverse:

Primero.- Que la razón de la ley es que las cosas no salgan de la familia (clare es, se refiere al retracto -

gentilicio establecido por la Ley de Toro que comenta) y antes de la tradición no se dice enajenada la cosa ni sale de la familia.

Segundo.- que cuando en el contrato de compraventa o en cualquier otro contrato semejante se pone tiempo al pago el tiempo empieza a correr con la entrega de la cosa, no desde el tiempo de la celebración del contrato.

Tercero.- que no se incurre en sanción por la mera venta, sino por la traslación, cuando se prohíbe vender o enajenar.

Cuarto.- que si el tiempo empezase a contar desde la celebración del contrato y no desde la consumación no podría fácilmente llegar la venta a noticia del retrayente.

Quinto.- que cuando las leyes hablan de venta se debe entender que se refieren a los efectos consumados de la tradición... La enajenación, dice, no puede llamarse perfecta hasta que no ha sido consumada.

Así las cosas en el estado de la doctrina jurídica que podríamos llamar clásica, veamos los argumentos en que trata de apoyarse una y otra solución más modernamente.

6. El inolvidable maestro del Derecho civil D. Felipe Clemente de Diego en el jugoso y bien meditado trabajo citado de la Revista de Derecho privado (120) se manifiesta abiertamente partidario de la tesis según la cual el derecho de retracto nace con la perfección del negocio jurídico -

eneroso que le origina y antes de la consumación del mismo. Todo parece converger, dice, hacia la tesis de que la venta cuyo conocimiento determina el comienzo de la prescripción (121) es la venta meramente perfecta y no consumada.

Los argumentos que presenta De Diego en apoyo de su postura vienen a ser los siguientes:

Que hablando el Código civil en su artículo 1521 de que con el retracto se opera una subrogación y siendo la subrogación en sentido técnico una institución que tiene lugar solamente en las relaciones obligatorias, se ha de referir - la subrogación antes de que la venta se consume, momento a - partir del cual sería una nueva venta lo que se efectuaría - más que una propia subrogación.

Que el Código dice venta y no enajenación y aquella - expresión tiene un sentido bien definido de contrato. La venta, sigue diciendo, conduce a la enajenación, pero no es la enajenación misma.

A pesar de la trabazón lógica en él acostumbrada, - los argumentos que presenta el llorado civilista no son del todo convincentes, como veremos, aunque sí lo sea la conclusión a que conducen.

Manresa es de la misma opinión que defiende De Diego y en un artículo publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (122) dice que del hecho de la venta perfeccionada y no del otorgamiento de la escritura pública ni de su inscripción en el Registro de la Propiedad - nace el derecho de retracto legal y la acción para ejercitarlo.

También Pérez Arda mantiene esta misma opinión de - que basta que el contrato de venta llegara a perfeccionarse, fuese real y verdadero.(123).

7. Como ya al principio hemos insinuado la jurisprudencia del Tribunal Supremo es un tanto vacilante y se mueve con gran imprecisión entre uno y otro punto de vista expuestos. - Reconocemos que parece inclinarse en estos últimos años por la tesis de la consumación incluso de manera muy bien definida pero no falta algún fallo contradictorio, o al menos aparentemente contradictorio, que rompe la deseada continuidad en la doctrina. También debo consignar que en la mayor parte de - las decisiones jurisprudenciales en que se recoge la doctrina de la perfección, de que es suficiente la perfección del contrato, se hace esporádica, incidental y circunstancialmente su exposición, mientras que en todas o en casi todas las que se deciden por la tesis contraria se razona con gran lujo de argumentos la postura y se refieren a casos especialmente controvertidos.

Mantienen la tesis de ser suficiente la perfección de la venta o en su caso la del contrato oneroso de transmisión para que pueda ejercitarse el derecho de retracto innumerables sentencias de las que citaremos solamente algunas. Ya una de 31 de diciembre de 1869 determinó que podrá ejercitarse dentro de los 9 días después de hecha la venta. Y la de 23 de octubre de 1886 entendió que nace antes de otorgarse la escritura, siempre que perfecta la venta hubiese llegado a conocimiento del retrayente. Hace el derecho de retraer en el mo-

mento mismo de celebrarse el contrato... sin necesidad de investigar si hubo o no consumación o tradición, se lee en alguna sentencia de la que son muestra la de 12 de octubre de 1912 y de 27 de octubre de 1933. Desde el momento en que se realiza la venta se puede ejercitar el derecho de retracto, han dicho también las sentencias de 26 de noviembre de 1900, de 26 de febrero de 1910 y la de 30 de junio del mismo año. Otras resoluciones hablan genéricamente del contrato traslativo del dominio, pero no cabe duda que pueden también encuadrarse dentro de este grupo que analizamos (Ss. de 17 de noviembre de 1928; véanse también las de 11 de octubre de 1883, de 11 de julio de 1885 y de 12 de mayo de 1887). Concretamente una muy reciente de 12 de junio del año 1951 decretó, no obstante el ejemplo que le brindaban otras decisiones jurisprudenciales en sentido contrario, que el derecho de retracto nace en el momento de celebrarse el contrato.

Como hemos anticipado ya anteriormente la doctrina legal sentada en los más recientes fallos del Tribunal Supremo, supone un cambio radical y casi continuado, aunque no del todo rígido, en el sentido de exigir la consumación del contrato transitorio, este es, que la cosa se haya entregado al presunte adquirente de algún modo.

Pero también en alguna ya lejana decisión de la jurisprudencia se exigía de este aditamento, del complemento de la entrega, de la tradición. Así, una de 10 de octubre de 1901 - contiene la siguiente particular doctrina: que no apareciendo consumada la venta hasta el otorgamiento de la escritura se debe contar el plazo a partir de tal otorgamiento. Y en otra

oportunidad determinó el mismo Tribunal Supremo que es de necesidad que la cosa haya entrado en el dominio y disposición libre de la persona de quien se retrae para que ésta pueda cumplir en su caso las obligaciones que se derivan del art. 1521 del Código civil, toda vez que mientras este no acontezca sólo existe un estado intermedio al que van anejas acciones especiales para el cumplimiento de lo pactado excluyentes de la que nacean del verdadero dominio cuando éste se adquiere definitivamente, según exige dicho precepto legal (S. de 21 de diciembre de 1908; vid. et. la de 21 de julio de 1909). La dificultad técnica que alega esta sentencia es a nuestro juicio solamente aparente, ya que el retrayente se subroga en los derechos y obligaciones del que pretende adquirir sin que sea precisa una nueva transmisión o venta de uno a otro; sin embargo hemos de confesar que no deja de ser significativo el contenido del fallo que hemos transcrito.

Análoga doctrina se contiene en otra más reciente de 19 de diciembre de 1935, en la que se alegan los mismos e idénticos motivos de dificultad técnica de que se efectúe la transmisión si el comprador no tiene la libre disposición de la finca adquirida y que se retrae.

Però donde se recoge esta misma tendencia con más autenticidad y alarde de argumentos es en la muy interesante y bastante reciente sentencia de 20 de mayo de 1943. Por su importancia y también porque contiene argumentos de una gran consistencia lógica, argumentos que no hemos encontrado expuestos en ninguna otra anterior, transcribimos algunas de las aclaraciones hechas en ella y las especiales razones que ape-

yar las mentadas declaraciones.

Cita dicha sentencia en el segundo Considerando la opinión contraria según la cual es suficiente para el nacimiento del derecho de retracto con la perfección de la venta, expone los argumentos en que se basa dicha opinión contraria sacados, dice, de la letra del art. 1521 del Código civil y tras de decir que pudiera entenderse fundadamente que desde la perfección del contrato nace la posibilidad del ejercicio del retracto, detalla en el tercer Considerando la siguiente interesante doctrina:

Que, este no obstante, la más extendida y reciente doctrina legal remite el punto de partida para el cómputo de los nueve días al conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta por tradición real o ficta de la cosa vendida y - en esta tendencia jurisprudencial conviene insistir: a) por que la consumación lesiona en forma más viva y eficaz que la perfección el derecho de preferencia del retrayente, y en este sentido debe entenderse que el agravio efectivo y firme no se produce mientras que el comprador es sólo titular de un derecho personal, aunque con vocación al dominio de la finca, sino que la lesión definitiva se causa al adquirir el comprador la cualidad de dueño por la concurrencia en su favor del título y del modo o tradición de la cosa vendida, y b) porque el art. 1524 citado del Código civil al señalar como comienzo del cómputo de los nueve días la fecha de inscripción de la venta, por estimar con presunción juris et de jure que en este momento conoce el retrayente la enajenación de la finca, - claramente da a entender que se refiere a la venta por tradi-

eión y consiguiente transferencia inmediata y directa del dominio, quedando excluida de esa norma rectora del cómputo la venta meramente perfeccionada... etc. (124).

8. Los argumentos que por uno y otro lado se presentan no son del todo incontestables ni tampoco convincentes. Los presentados por el ilustre De Diego tienen a nuestro juicio los inconvenientes que siguen: El primero citado de la subrogación en sentido técnico y preciso haría imposible el retracto si la consumación se hubiese efectuado, aparte de que creemos que también se puede efectuar la subrogación aún después de la consumación; y el segundo no nos convence tampoco porque en nuestro ordenamiento positivo no se usan técnicamente las palabras venta y enajenación, involucradas de ordinario y empleadas en muchas ocasiones como sinónimas.

Los presentados por el comentarista Antonio Gómez son todos ellos argumentos eminentemente lógicos e insuficientes.

Los que utiliza la citada sentencia de 20 de mayo de 1945 no resisten una crítica severa, porque no deja de darse también la lesión de que habla con la perfección de la venta, acaso más aguda y eficaz que en algunas formas abreviadas de tradición; el segundo, sostenido en la letra del art. 1524 del Código civil, vale sólo para los casos en que haya habido inscripción y deja sin resolver el segundo inciso del mismo artículo según el cual en defecto de inscripción, este es cuando falte la inscripción, se deberá contar el plazo de nueve días desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta; tiene su vinculación en una presunción juris

et de jure, en el conocimiento basado en la publicidad del -
Registro, siquiera en la realidad pueda suceder que pase in-
advertida dicha inscripción (S. de 14 de diciembre de 1905).

9. Nosotros nos hacemos partícipes de la opinión según
la cual es suficiente para que nazca el derecho de retracto
con el hecho de la perfección del contrato, sin necesidad de
que la transmisión haya sido consumada. Nos fundamos para -
mantener esta postura en dos argumentos: uno lógico o técnico
y otro de conveniencia o utilidad jurídica.

Por el argumento técnico pensamos que basta la per-
fección de la venta o del contrato transitorio que origina
el retracto en atención a que desde este momento de la per-
fección ha cesado la posibilidad de ejercitar el derecho de
tanteo y debe empezar a actuar el de retracto. Los derechos
de tanteo y de retracto están esencialmente vinculados y no
son más que dos fases distintas de un mismo derecho de adqui-
sición con preferencia, dos posibilidades distintas de ejer-
cicio del mismo derecho, dos momentos que se han de entender
lógica y cronológicamente entrelazados, enlazados entre sí,
sin solución de continuidad. El tanteo opera o puede operar
sólo en la venta intentada y proyectada, antes de su perfec-
ción; perfeccionada ésta, acaba la competencia del tanteo y
debe dejarse franco e inmediato paso al derecho de retracto.
El retracto se empalma así con el tanteo, desaparece éste,
nace y debe poder ejercitarse aquél. La técnica de estos dos
derechos de preferente adquisición así lo reclaman.

La razón práctica de conveniencia y utilidad jurídica

EL DERECHO DE RETRACTO

DEL

ARRENDATARIO.

Estudiados la naturaleza, los caracteres, el fundamento y el momento en que se entiende nacido el derecho de retracto en general y en particular de los arrendamientos urbanos y siendo distintos los concedidos en la Ley de 31 de diciembre de 1946, según se refieran al arrendador de local de negocio o a los atribuidos a los arrendatarios, lo sean de local de negocio o de vivienda, he optado por seguir un plan de diferenciación y presentar los elementos particulares y el ejercicio de tales derechos separadamente, al efecto de conseguir una mayor claridad en el estudio y una más adecuada sistemática en el análisis.

Cumplenos ahora, pues, estudiar el derecho que la Ley concede al arrendatario en el caso de transmisión onerosa de la vivienda o del local que ocupa en tal concepto.

Y para ello me ha parecido el método mejor presentar el desarrollo analítico de la relación jurídica que supone el retracto estudiando separadamente cada uno de los elementos que la integran.

1. SUJETO.- En cuanto al sujeto de esta especie de derecho ya hemos visto cómo se identifica con el arrendatario. Siendo un derecho subjetivamente real, un derecho cuyo sujeto viene determinado por titularidad distinta y siendo esta titularidad determinadora y principal la que corresponde al derecho del arrendatario, habremos de concluir que sólo es sujeto del derecho de retracto aquel que lo sea del derecho de arrendamiento de que se desprende el retracto.

Ahora bien, enunciado con esta expresada generalidad,-

el principio sentado no resulta del todo exacto, ya que no todo arrendamiento de vivienda o de local de negocio es susceptible de engendrar el derecho de retraer y si solamente aquellos que vienen regulados por la legislación especial de arrendamientos urbanos .

Así tenemos que la ecuación según la cual arrendatario de vivienda o local de negocio igual a sujeto del derecho de retracto sería unas veces exacta y otras no. La identificación sólo es precisa en los siguientes términos: arrendatarios de local de negocio o de vivienda cuyo contrato o relación jurídica están comprendidos en la regulación especial igual a titulares del derecho de retracto por la misma conferido.

Si la ley especial es aplicable a una determinada relación arrendaticia, ésta será apta para engendrar el derecho de retraer y el sujeto de aquélla será sujeto también, llegado el acto jurídico que lo determina, del derecho de retraer.

Por eso, entrañablemente ligada a esta cuestión de la determinación del sujeto de este derecho que nos ocupa está la del ámbito de aplicación de la ley especial que lo crea.

Contiene la Ley una declaración general en su art. 1.º diciendo que el arrendamiento que regula es el de fincas urbanas y comprende el de viviendas o inquilinato y el de locales de negocio.

No es éste el momento oportuno para estudiar la capacidad jurídica necesaria para ser arrendatario, pues el retracto nace siendo ya tal arrendatario el sujeto a quien se atribuye; por tanto el problema de la capacidad para ser arren-

datario es previo a este otro y escapa a los límites de nuestro estudio.

2. Después de la regla general contenida en el art. 1.º citado, cuida la ley en los artículos siguientes de hacer las oportunas excepciones con el fin de excluir de su regulación ciertas y muy determinadas relaciones arrendaticias, procediendo así a la fijación del ámbito objetivo de su aplicación, a la exclusión de algunos supuestos, corrigiendo en lo conveniente la generalidad de la primera prescripción. En principio todos los arrendamientos de fincas urbanas están regulados por la legislación especial de la materia a no ser que expresamente la misma Ley se abstenga de regularlos. Este principio o regla general nos permite sentar una previa consideración interpretativa: las excepciones que se contienen en la misma ley han de ser expresas y deben entenderse en sentido restrictivo y limitado, ni se deben entender más excepciones que las contenidas en la Ley ni se les debe dar más alcance del que la misma les da. (126).

El art. 2.º ordena que no se aplique la legislación especial y sí la civil, común o foral, a aquellos arrendamientos que le sean de fincas situadas en lugares en que el arrendatario no tenga su residencia habitual y limitados a la temporada de verano o a cualquier otra.

Son dos, como vemos, los requisitos que han de concurrir para que los contratos de arrendamiento de fincas urbanas queden excluidos por este concepto de la legislación especial: - que la residencia habitual del arrendatario no sea la del lugar en que la finca está enclavada, este es, que tenga su re-

sidencia en lugar distinto, y que estos arrendamientos estén limitados a cualquier temporada.

Esta exclusión que estudiamos afecta por igual a las viviendas y a los locales de negocio (Véase el artículo citado) y se refiere no sólo a los arrendamientos sino también a las cesiones y subarrendos.

Por tanto los arrendatarios que sean titulares de esta especie de arrendamiento no tienen la facultad de tantear ni la de retraer.

3. El art. 32. de la Ley más que una verdadera excepción contiene la fijación legal del objeto del arrendamiento urbano, una distinción, o por mejor decir un criterio de distinción de las fincas rústicas y las urbanas; es una aclaración, pues, del art. 12. Así, aunque habla de que también quedan excluidos de la Ley aquellos contratos en que arrendándose una finca con casa habitación sea el aprovechamiento del predio con que cuente la finalidad primordial del arriendo, supone más que una excepción la presunción legal *juris et de jure* de que en tal supuesto la finca objeto del arriendo no tiene la consideración de finca urbana y por tanto no puede ser objeto de regulación por una ley especial de arrendamientos de esta clase. Corresponde esta clase de arrendamientos a los llamados mixtos por la doctrina, pues son arrendamientos cuyo objeto se sitúa en las fronteras borrosas e imprecisas entre lo rústico y lo urbano. Por eso hemos aventurado antes la creencia de que más que una verdadera exclusión es una determinación del carácter de la finca lo que trata de hacer el legislador, considerando que debe estar sometido el

arriendo dicho a la vigente legislación de arrendamientos rústicos, precisamente porque el predio sobre el que recae no es propiamente predio urbano.

Sea una u otra cosa podemos asegurar que el derecho de retracto que al amparo de este contrato pudiera en su caso ejercitar el arrendatario deberá estar sujeto a la específica regulación de los arts. 16 y 17 de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, artículos éstos modificados por la Ley de 16 de julio de 1949 y aclarados por Decreto de 7 de julio de 1950, por constituir más bien un arrendamiento de fincas rústicas.

Por tanto, tampoco en este específico supuesto el arrendamiento será base del derecho de retraer y por consiguiente su titular no lo será del derecho que la Ley concede al arrendatario para retraer.

4. "También queda excluido de esta Ley, dice su art. 4º, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil común y foral, el arrendamiento de industrias o negocios de la clase que fueren" (párrafo 1º).

Estando, pues, excluidos del ámbito de aplicación de la ley esta clase de arrendamientos, pensamos que el arrendatario de industria no es titular de los derechos que concede aquélla a los arrendatarios, ya que, excluida la aplicación de la Ley, no puede favorecer ésta con sus preceptos situaciones que escapan a su regulación y competencia.

5. Queremos también consignar el carácter y condición del inquilino extranjero respecto a esta cuestión que analizamos.

Sin distinción de ninguna clase e independientemente de la reciprocidad de trato con el país a que pertenezcan, los extranjeros que sean inquilinos de vivienda en España, gozarán de los mismos derechos que el español; serán, pues, equiparados a los españoles y podrán ser por tanto sujetos activos del derecho de retracto que en base al arrendamiento les concede la ley. Así se desprende del párrafo 1º del art. 12 de dicha Ley de arrendamientos urbanos, que no hace más que mantener a los efectos del arrendamiento la vigencia del art. 27 del Código civil.

Otra cosa sucede sin embargo cuando el extranjero no es inquilino de vivienda sino arrendatario de local de negocio; entonces ya no es aplicable el art. 27 citado, ni el párrafo 1º del art. 12 de esta Ley especial, porque el segundo apartado de este mismo artículo señala que se estará para regular estos casos a lo que dispongan los Tratados internacionales vigentes. No se contiene aquí en este precepto del párrafo 2º del art. 12 una norma directa, sino una de las llamadas por la doctrina normas jurídicas indirectas o formales. El precepto del art. 12 contiene una remisión a lo que concretamente dispongan los Tratados vigentes. Claro está, que la remisión a que se refiere no puede resolver el problema planteado por sí misma, sino que será precisa una segunda remisión a una ley substantiva u ordenamiento jurídico sea nacional o extranjero, ya sea común ya integrado por una legislación especial de este tipo.

La forma de regular el problema por los Tratados internacionales ni será unitaria ni será igual para todos y -

cada uno de los casos posibles, y la legislación aplicable a los extranjeros en España variará con la nacionalidad de cada uno y con la existencia o no de un Tratado firmado con su país que contenga normas reguladoras al efecto. Los problemas que con esta cuestión se plantean son en extremo variados y no siempre fáciles de resolver. ¿Qué normas se aplicarán en el caso de que el extranjero arrendador o arrendatario de local de negocio pertenezca a un país con el que España no tenga firmado un Tratado especial en el que se reseñan disposiciones que regulen este supuesto?

Y puede ocurrir también que aun existiendo un Tratado internacional suscrito con el país a que el extranjero pertenece dicho Tratado ordene que se esté a la reciprocidad diplomática de trato. Pero si esta reciprocidad es integral a las normas vigentes reguladoras de los arrendamientos en un determinado país ¿se aplicará la legislación vigente en todo su contenido e habrá que tener en cuenta los particulares derechos que a los arrendatarios, o en su caso a los arrendadores, conceden las mencionadas legislaciones? Es decir, si en los Tratados se conviene que habrá de aplicarse en España a los extranjeros los mismos derechos que la ley extranjera concede a los españoles residentes en el extranjero y la legislación aplicable a los nacionales en aquel país no prevé el derecho de retracto ¿es suficiente esta reciprocidad integral para que al extranjero en España se le conceda el derecho a retracto o se aplicarán solamente los preceptos comunes a una y otra legislación o entre los que se advierta un cierto parentesco?

Confirmamos lo que anteriormente hemos dicho, que el problema no puede tener una solución uniforme, que habrá que estar a lo dispuesto para cada caso y que unas veces el arrendatario del local de negocio será titular del derecho de retracto y otras no, pareciendo por lo menos aventurado e hipotético cualquier solución que pueda hacerse de los posibles supuestos.

Cuestión análoga pero erizada de graves dificultades, acaso de más complicación *que* la que acabamos de tratar, se presentará en los posibles casos de relaciones arrendaticias en que intervengan extranjeros como arrendadores y como arrendatarios.

6. No cabe ninguna duda de que gozarán de los mencionados derechos de tanteo y retracto tanto el inquilino de vivienda y el arrendatario de local de negocio cuyo contrato no haya llegado todavía al término señalado en el contrato, como aquellos otros que hayan usado del derecho de prórroga obligatoria para el arrendador que concede el art. 70 de la Ley, y también aquellos otros que sean arrendatarios por haberse subrogado en los derechos y en la cualidad del titular en virtud de las disposiciones de los arts. 71 y 73 de la misma Ley especial.

7. Tampoco parece presentar dificultad alguna el caso que regula el art. 34 de la Ley y que ya analizamos al hablar de la transmisibilidad del derecho de retracto. Si ^{con} la notificación de que se habla en él y siempre que exista la relación de parentesco y demás requisitos que se contienen en el men-

cionado artículo, el titular de un contrato de inquilinato subroga en las obligaciones y derechos que nacen de él a sus parientes dentro del segundo grado, no cabe duda de que éstos, llegado el momento de la transmisión y dentro de los plazos concedidos por la Ley, podrán hacer uso del derecho de tanteo y en su caso ejercitar el de retracto.

8. Más dificultades presenta el caso en que con consentimiento expreso o tácito haya habido una verdadera cesión de vivienda, a pesar de la prohibición expresa del art. 35 y al amparo del 37 en relación con el inciso la del 36. Si la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del inquilino cedente actúa "ope legis" no cabe duda de que podrá ejercitar tantos derechos como pudiera ejercitar el cedente de la vivienda y en este caso por tanto tiene la condición de posible sujeto de los derechos que nos ocupan; pero en el caso de consentimiento tácito, si la sentencia en que se reconoce la cesión es constitutiva del derecho, en el tiempo intermedio entre la transmisión que da origen al retracto y la fecha de la sentencia habrá un vacío de contenido y por tanto no habrá adquirido el cesionario el derecho de retraer; mientras que si se considera que la función de la sentencia es meramente declarativa del mencionado derecho o de la subrogación, también en el tiempo inmediatamente precedente habrá existido su derecho como inquilino y será por tanto titular del derecho de retracto que acompaña al inquilinato. Nosotres pensamos que la función de la sentencia no es otra que la de declarar un derecho a subrogarse que nace directamente de la Ley y entende-

nes por tanto que el cesionario, actuando desde el tiempo de la cesión como verdadero inquilino, gozará del derecho reflejo del arrendamiento, es decir, del derecho de retracto.

9. También presenta dificultades técnicas de importancia la cuestión de si el inquilino de vivienda amueblada es titular del derecho de retracto y por tanto puede adquirir - por el ejercicio de este derecho la que es objeto de su ocupación. Es evidente que la ley llama constantemente inquilinos a quienes las habitan y que existen razones poderosas para pensar que están incluidos dentro del régimen legal a los efectos del retracto, pero como no es claro que les esté concedida la mencionada facultad y como por otra parte no falta algún autor que les niegue este específico derecho, hemos de presentar la cuestión de su posibilidad argumentando en pro y en contra.

Aunque sea arrendatario, dice el profesor Serrano y Serrano, no disfrutará de este derecho (de retracto) el arrendatario de viviendas amuebladas que la base V trata como subarrendatario (127).

También es de esta opinión negativa García Royo, - quien, aun reconociendo que no hay razón para negarles tal derecho a los que sean arrendatarios de vivienda amueblada y creyendo que no merece aplausos esta solución en el Derecho constituyente, acepta como correcta la citada solución en el sentido de que dicho arrendatario no está investido de tales derechos (128).

Las razones que alega en contra de la asimilación -

a los arrendamientos ordinarios de vivienda, aun siendo dos, pueden reducirse a una sola fundamental, a saber: que la Ley de arrendamientos urbanos usando técnicamente las palabras y los conceptos (?) y hablando unas veces de inquilinato y otras de arrendamiento de viviendas amuebladas y tratando distinta y separadamente ambas instituciones (arts. 1a, 11 y 12 de la Ley, entre otras), acredita que en realidad no debe titularse como inquilino dicho arrendatario y que ambos términos son distintos en su significado jurídico-personal.

Sin desconocer la fuerza lógica de estos argumentos, especialmente de los presentados por García Royo, ya que el expuesto por el profesor Serrano era irreprochable con relación a la Ley de Bases a que se refiere que identificaba en la VI el subarrendamiento y el arrendamiento de viviendas amuebladas, pero no para el régimen actual de la Ley que hace la distinción oportuna, me permite llamar la atención respecto a unas consideraciones que a la vista del articulado de la Ley vigente y a la luz de la hermenéutica de las leyes sociales pueden hacerse.

La razón de que en el art. 1a se mencionen separadamente una y otra categoría jurídica no es a nuestro juicio muy relevante, ya que, como dijimos con anterioridad, el objeto fundamental del art. 1a es señalar el ámbito objetivo de aplicación de la Ley y a estos efectos habla con independencia de las cuestiones que son objeto de su regulación, pero la referencia especial que hace en el párrafo 2a a las viviendas amuebladas bien puede significar una determinación y una concreción de la declaración amplia del párrafo 1a; sin que supenga

una contraposición de elementos e términos distintos.

En cuanto al art. 11 que presenta el citado autor en contra de la tesis afirmativa, precisamente puede dar pie y servir de fundamento para la interpretación contraria. En efecto, el mencionado precepto empieza diciendo: "Los beneficios que la presente Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles.....", etc. De la dicción del inciso que transcribimos se desprende sin ningún género de dudas que el legislador presenta como genérica la expresión "inquilinos de viviendas", añadiendo entre comas, a guisa de aclaración, que este precepto se refiere a los de viviendas sin muebles y a los de viviendas amuebladas.

No hay que echar tampoco en olvido la letra y el espíritu del art. 59 de la Ley, que prevé el supuesto de la posibilidad de resolver el contrato de arrendamiento mobiliario, con subsistencia del de inquilinato, presuponiendo con ello que el contrato de arrendamiento de viviendas amuebladas está integrado por dos factores o elementos y formado por dos arrendamientos virtualmente distintos: el de inquilinato sin muebles y el de mobiliario; interpretación ésta que se refuerza con el contexto del art. 58 que determina el precio máximo que corresponde al arrendamiento de viviendas amuebladas y que no ha de exceder del doble del que corresponda al arrendamiento del local que le sirva de objeto sin muebles. A mayor abundamiento el párrafo 2º del art. 59 citado habla del inquilino para referirse al arrendatario de viviendas amuebladas.

No hay razón legal ni jurídica alguna para privar a esta clase de arrendatarios del derecho de adquisición de la

vivienda que ocupan por el ejercicio del derecho de retraer, - tanto más cuanto que el carácter eminentemente social de la Ley impone una interpretación extensiva autorizada por el art.13.

10. También se presentan cuestiones muy importantes relacionadas con la determinación del sujeto del derecho de retraer en los casos en que, habiendo hecho uso de las excepciones legales a la prórroga obligatoria, el arrendador, se haya privado al inquilino de su vivienda o al arrendatario del local de negocio que ocupaba, si tienen derecho a volver nuevamente a los elementos que eran objeto de su derecho o a cualesquiera otros que le sustituyan, en virtud de las facultades que les concede la Ley y que ahora analizaremos.

Estudiemos separadamente uno y otro caso, a saber: - el que se presenta con cada una de las causas de excepción a la prórroga legal del contrato, forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario.

11. El inquilino que haya desalojado su vivienda en virtud del ejercicio del derecho que tiene el arrendador para negarle la prórroga forzosa por la causa la de excepción, y dentro de los 3 meses de haberla desalojado no fuere ocupada por la persona para la cual se reclamó, tendrá derecho a volver a ocuparla. Esta acción de ocuparla caduca dentro de otro plazo igual (art. 85 de la Ley).

Pues bien, si en el plazo que media entre el día en que la desalojó y en el que vuelve a ocuparla el propietario dispone de ella por negocio jurídico en condiciones que permitan la subrogación podrá el inquilino ejercitar el derecho de

retracto que nace con esa transmisión? La cuestión se reduce a considerar si en el plazo intermedio sigue el inquilino gozando de tal cualidad de inquilino o si perdió este carácter al serle negada la prórroga o en su caso al abandonar la vivienda o ser así declarado en la oportuna sentencia judicial. En el caso afirmativo, viniendo determinada como hemos visto el sujeto del derecho de retracto a través del de arrendamiento, no se presentará ninguna dificultad a la concesión del retracto; pero parece difícil la atribución de éste, porque no hay razón ninguna ni base para afirmar que siga siendo inquilino aun después de haber sido resuelto el contrato de arrendamiento.

Ahora bien, sin que pueda decirse que en el período intermedio no ha perdido su carácter de inquilino, es evidente que conceptuándose prerrogado el contrato si vuelve a ocupar la vivienda, según dice el mismo precepto 85 de la Ley citada, podrá ejercitar el mencionado retracto y esto porque la ficción legal de prórroga actúa, según creemos, con efecto retroactivo y aunque mientras ha permanecido fuera de la vivienda al correr de los tres meses primeros no era arrendatario, al accionar de nuevo para ocuparla adquiere el carácter de inquilino con los ya citados efectos retroactivos que hemos dicho.

Creemos sin embargo que no podrá ejercitar el derecho de retraer sin que previamente haya reclamado su condición de inquilino que al serle devuelta hace nacer posiblemente un nuevo plazo para ejercitar aquél.

arrendatario de local de negocio si en el plazo de seis meses el local reclamado y desalojado por él en virtud del ejercicio que concede la Ley al arrendador de oponerse a la prórroga legal, no ha sido ocupado y abierto al público por la persona para quien se pidió (art. 91).

Llegamos a la conclusión ésta porque, aunque en el caso de local de negocio la Ley no sea tan explícita al otorgar al arrendatario la facultad de volver, la obligación de que habla el citado artículo 91 debe tener un correlativo derecho para exigirla, e incumplida se ha de seguir de su incumplimiento alguna sanción o efecto jurídico y éste no puede ser lógicamente otro que el de facultar al arrendatario para ocupar nuevamente el local. Aparte de que ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio juris esse debet, según un conocido principio de hermenéutica jurídica recogido con gran profusión por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (vid. etiam el art. 13 de la Ley de arrendamientos urbanos).

13. Presenta obstáculos de más monta y más serios, no sólo legalmente sino también técnicamente, la causa segunda de excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento a los efectos que estudiamos.

En el caso del art. 103 de la Ley, como no ha habido demolición del inmueble todavía y se refiere al caso de que no se hayan iniciado las obras correspondientes al efecto, se nos presenta el mismo supuesto de incumplimiento por el propietario de las obligaciones que le incumben y que son presupuesto que condiciona su derecho, incumplimiento de tal obli-

gación que lleva aparejada la misma sanción de permitir a los arrendatarios que vuelvan a ocupar el inmueble. Gozan por tanto, creemos, del derecho a ejercitar el retrasto si en el plazo citado de dos meses se venden o ceden solutamente las viviendas o el local de negocio.

14. Pero el caso que plantea más problemas e inconvenientes dentro de esta segunda causa de excepción es aquél en que mientras se reedifica el inmueble se preceda por el dueño a la venta de pisos, si los arrendatarios suscribieren los documentos a que se refiere el art. 104.

El art. 106 dice que reconstruida la finca se reservarán en ella a los inquilinos y arrendatarios que cumplieren lo exigido en el capítule a que dicho artículo corresponde para ocuparlas tantas viviendas y locales de negocio como alquilados tuvieron en la derruida.

Creemos que vendida la casa por pisos o independientemente alguno de ellos en las condiciones que prevén los artículos 63 y 64 de la Ley, no precede el retrasto por quien con posterioridad ocupe en la casa la vivienda o el local de negocio que hayan sido objeto de enajenación. Y no es precedente el ejercicio del derecho de retrasto porque todo derecho real requiere una cosa determinada sobre que recaer y en el caso que nos ocupa falta precisamente esa determinación, pues efectuada la venta antes de que las nuevas viviendas o locales se hayan asignado a los antiguos arrendatarios falta el elemento objetivo específico que es esencial a esta clase de derechos. Falta esta determinación a pesar de las cuali -

dades y situación que señala el art. 107; falta también esa otra cualidad en el arrendatario que se requiere para que se otorgue el derecho de retraer.

El derecho que se concede a los arrendatarios que - hayan cumplido los requisitos exigidos por el art. 104 de - volver a ocupar locales o pisos análogos en la edificación - que se proyecta y se lleva a cabo no es un derecho prematuro de arrendamiento, sino un derecho a ser en los sucesivos arrendatarios de determinadas piezas en el inmueble.

Se puede concluir, por tanto, que en estos supuestos el inquilino o arrendatario que le fueren en casas derruidas para reedificarlas no gozan del derecho de retracto si con posterioridad al tiempo en que desalojaren la vivienda o el local respectivamente y antes de que hayan ocupado el nuevo edificio se enajena lo que después ha de ser objeto de su derecho.

15. Tampoco serán titulares del derecho de retracto por no serlo del de arrendamiento los porteros, guardias, empleados, asalariados, etc., que disfruten de vivienda por razón de un contrato de trabajo, conforme al art. 52 de la Ley del Contrato de trabajo (129).

16. Al que pretenda aprovecharse del derecho de retracto corresponde probar su titularidad y en consecuencia el carácter en cuya virtud lo ostenta. Deberá probar, pues, que es o era arrendatario en el momento de nacer el derecho de retraer, y esta prueba podrá realizarse por cualquiera de los medios reconocidos por el Derecho (Sentencia de 23 de marzo de 1949). - Es necesaria la existencia de un título arrendaticio que hay

que probar (Sent. de 17 de mayo de 1945 -Sala V-; vid. art. 1618 art. 32 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Aun cuando el arrendamiento hubiera llegado a término antes de ejercitar la acción de retracto, ésta, mientras no haya prescrito, pervive eficazmente (sobre la prueba del carácter con que se ejercita vid. sentencias de 12 de mayo de 1883, de 8 de marzo de 1901 y de 21 de febrero de 1930). Se ha de ser arrendatario al tiempo de ejercitar la acción de retracto (Ss. de 3 de agosto de 1939, de 13 de mayo de 1940 y 11 de noviembre de 1943). Pero no procede si al tiempo de celebrarse la venta había perdido el reclamante la condición de arrendatario (S. de 27 de mayo de 1947).

Es titular del expresado derecho de retracto quien ostente la condición de arrendatario en el momento en que la transmisión del predio tuvo lugar (Ss. de 2 de octubre de 1952 y de 16 y 30 de enero de 1953). Una sentencia de 18 de diciembre de 1950 recalcó más esta equivalencia de titularidades con respecto a la acción de retracto declarando que el derecho para el ejercicio de esta acción es personalísimo, atribuido privativamente a todos y a cada uno de los copropietarios de la cosa común, es decir, añadimos nosotros, a quienes en cada caso gozan de la facultad fijada por la Ley como presupuesto, sin que tal derecho de retracto corresponda a quien, como el subarrendatario, ostenta la tenencia de la cosa per título originariamente ilícito, como prohibido por la Ley (S. de 23 de mayo de 1952).

1. OBJETO DEL RETRACTO.- Acabamos de analizar todo lo que se refiere al sujeto activo de la relación jurídica en que consiste el derecho de retracto, esto es, el quién de la facultad, el elemento subjetivo. Siguiendo el método que he señalado con anterioridad nos corresponde estudiar ahora el elemento objetivo de dicha relación jurídica, el qué, el objeto sobre que recae el poder del retrayente. Identificado antes el sujeto del arrendamiento regulado por la Ley de arrendamientos urbanos y el titular del retracto, parece ser que el problema de determinar el objeto de este derecho viene identificado con el que lo sea de un arrendamiento sujeto a la misma legislación especial. Y sin embargo, no se puede proclamar esta conclusión como regla general. El objeto del retracto viene determinado, bien es cierto, por el que lo sea de un arrendamiento y por el que constituya el de la transmisión onerosa que engendra el derecho de retraer; pero no siempre la transmisión del objeto del arrendamiento engendrará el correlativo derecho de retracto.

No todas las formas de transmisión onerosa originan el derecho que nos ocupa, como veremos al hacer el estudio de los negocios jurídicos que lo engendran; pero aunque el título jurídico sea apto para el nacimiento del derecho legal que analizamos, no siempre llevará consigo como consecuencia ineludible el nacimiento de tales derechos.

Es por esto por lo que se hace imprescindible analizar el elemento objetivo del derecho de retraer que se concede a los arrendatarios de vivienda y de local de negocio.

2. La Ley de arrendamientos urbanos en su art. 63, primero de los que tratan de estos derechos de tanteo y retracto concedidos al inquilino y al arrendatario del local de negocio, empieza diciendo: "En los casos de ventas por pisos realizadas a partir de la de enero de 1947, pedrá el inquilino de vivienda o el arrendatario de local de negocio... (130).

Aparte de la imprecisión terminológica que implica la expresión venta por pisos y de la limitación que supone el reducir los casos de retracto a los que pudieran nacer de ventas realizadas con posterioridad a una determinada fecha -la de enero de 1947-, encontramos en el extremo transcrito del art. 63 una nota digna de tenerse en cuenta para la fijación y determinación de este elemento objetivo que buscamos. Habla, en efecto, de "los casos de ventas por pisos" y a esta expresión añade, tras de decir cuándo o a partir de cuándo se deben realizar las citadas ventas, una posibilidad reconocida a determinados sujetos, posibilidad en que consiste el derecho de tanteo. Mas ligando esta expresión a la que contiene el párrafo primero del art. 64 que reconoce el derecho de retracto y que textualmente dice: "En los mismos casos a que se refiere el artículo anterior..." observamos que estos casos de ventas por pisos originan los dos derechos concedidos al arrendatario, esto es, el tanteo y el retracto.

La expresión en que paramos mientes no es la única capaz de engendrar los derechos de preferencia que nos ocupan, y así el párrafo segundo del mencionado artículo 63 preceptúa que cuando en la finca sólo existiera una vivien-

da o local de negocio, su arrendatario tendrá el mismo derecho. Ahora bien, como el art. 64 al referirse al retracto recoge "los mismos casos a que se refiere el artículo anterior", tenemos base para concluir que los derechos de tanteo y de retracto tienen lugar en los casos de ventas por pisos y en aquellos otros en que la finca que se venda no contenga más que una vivienda o un local de negocio.

Claro está, que esta afirmación sacada de la letra de los artículos citados no es del todo exacta; hemos de considerarla como provisional a los efectos del razonamiento; y es provisional y no del todo exacta porque como veremos más adelante no es la venta el único título de transmisión que origina el derecho de retraer.

3. La expresión "ventas por pisos" es un presupuesto legal o una conditio juris para que el nacimiento de los derechos de retracto y de tanteo pueda tener lugar. Como tal elemento de hecho se ha de dejar a la apreciación del juzgador. Mas aunque sea incompleta cualquier relación que podamos presentar de los posibles casos que se presenten en la práctica, porque es más rica la vida en variedades que el legislador en previsiones y que la imaginación más fértil, veamos algunos supuestos que se presentarán con más frecuencia a la consideración del jurista y tratemos de precisar el alcance y el contenido de este elemento de hecho que constituye el objeto del derecho de retraer.

El supuesto que recoge el párrafo 2º del art. 63 para el caso de tanteo y que, como hemos visto, hace extensivo el art. 64 al de retracto, no plantea ningún problema de

aplicación ni de interpretación. Lo más corriente en la práctica económica, en el tráfico jurídico, es que una finca completa constituya el objeto de una venta o de una transmisión. Pues si esa finca está toda ella arrendada a una sola persona o a una agrupación de personas que constituyan unidad, esto es, en el caso de una cotitularidad en el derecho de arrendamiento, su venta origina sin más el derecho de retracto. El único problema jurídico que podría presentarse sería el de la titularidad, ajeno como se ve a la cuestión de la determinación del objeto.

4. Más dificultades presenta el otro supuesto, a saber, cuando los diferentes pisos de que pueda constar una finca urbana se vendan con independencia ya a distintas personas, ya también a un mismo comprador, pero con separación y diferenciación de contratos o títulos de transmisión.

Lo primero que habrá de tenerse en cuenta en este segundo supuesto, primero de los dos que recoge el tantas veces citado artículo 63, es el alcance de la expresión "venta por pisos".

5. ¿Qué se entiende, qué debe entenderse por venta por pisos? Y para descubrir el significado de esta frase se hace imprescindible determinar el significado de la palabra piso.

Lo que etimológicamente significa la palabra piso, lo que gramaticalmente representa y el significado que vulgarmente se da a esta expresión no está inequívocamente determinado. A esta dificultad hemos de añadir otra: ¿Quise

el legislador dar a la palabra piso aquel alcance que se le atribuye en el lenguaje vulgar, e tuvo en cuenta otro significado que pudiéramos llamar técnico para delimitar el sentido de ella?

En el lenguaje corriente de la vida social unas veces la palabra piso es sinónima de planta, otras lo es de vivienda o de local de negocio susceptibles de una ocupación independiente; algunas veces se determina con relación al todo de la finca, otras se hace referencia a aquello que constituye el objeto de un contrato de vivienda o de local de negocio.

El art. 396 del Código civil según la redacción que le dió la Ley de 26 de octubre de 1939 parece asimilar piso y planta. Habla, en efecto, en su párrafo 1.º de los diferentes pisos de un edificio o partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública... Estas partes de pisos susceptibles de aprovechamiento independiente son o parecen ser lo que para el lenguaje corriente se entiende por piso, esto es, se considera como sinónimo de vivienda.- Los pisos tal y como aquí se conciben parecen hacerse equivalentes a plantas.

Todo lo que perteneciendo a una misma unidad de edificación está situado en el mismo plano horizontal se considera como planta. Ya hemos visto cómo a veces se da a la palabra piso el mismo alcance que al término planta. Concretamente, este primer párrafo citado del art. 396 del Código civil parece hacer esta asimilación de significados.

La misma dicción se repite en el párrafo 5º del mismo precepto legal y al parecer con el mismo e idéntico alcance. Sin embargo, no está muy claro, no obstante estas expresiones, lo que en el lenguaje del Código signifique piso, pues el párrafo 6º concede en el caso de tanteos concurrentes -entendemos que también de retrastes- la preferencia al dueño del piso o parte de piso horizontalmente inmediato, - aunque hay que entender que se debe dar preferencia al dueño del piso o parte de piso que esté situado en el mismo plano horizontal, esto es, en la misma planta.

Genéricamente, dice García Royo (131), puede decirse que "piso" es el conjunto de habitaciones -y aún la habitación única- susceptibles de satisfacer con independencia y sustantividad las necesidades para que han sido arrendadas. Esta definición de García Royo tiene a mi juicio un inconveniente, cual es el de venir fijado por un criterio particularista, individualista, valedero solamente para casos aislados. La que se desprende de la redacción legal estudiada brinda un criterio de permanencia determinado por la susceptibilidad de ofrecer un aprovechamiento independiente. Susceptibilidad, posibilidad, en definitiva molde adecuado para recibir un contenido siempre igual y siempre distinto.

Veamos ahora si de la terminología de la misma Ley de arrendamientos urbanos se puede deducir un concepto que apoye el alcance y significación de la palabra que estudiamos. El art. 68 de esta Ley especial preceptúa: En las ventas por pisos a que este Capítulo se refiere deberá respetarse el orden de prelación que establecen los arts. 79, 80

y Si en cuantos casos hubiere en las fincas pisos de características análogas, entendiéndose que la analogía exista cuando el inmueble contare con dos o más pisos de renta, superficie, orientación y altura semejantes o parecidas. La palabra o expresión altura semejante referida a pisos, a varios pisos, nos está indicando que el legislador ha adoptado la palabra piso en el sentido vulgar, en el sentido etimológico de vivienda o de local de negocio susceptible por sí mismo de servir a la necesidad de vivienda o de establecer en él un negocio (132). A nuestro juicio este supone un acierto del legislador, aunque no se lo haya propuesto, porque la terminología legal debe adoptar las palabras en el sentido que reciben en la práctica corriente, no en balde las normas de Derecho tienen por destinatarios a todos los que integran una comunidad jurídica.

Pero es que esta acepción en que indudablemente se emplea la palabra viene reforzada por todos los artículos que integran el Capítulo VI, y así el art. 65 habla del arrendatario de vivienda o de local de negocio, para indicar sin duda con expresión diferente la misma base objetiva. Piso, pues, en el sentido legal es sinónimo de vivienda o de local de negocio aunque no estuvieren arrendados (vid. art. 69 de la Ley).

6. Ahora bien, entendida de una manera estricta y rigurosa la expresión que utiliza la Ley para hacer derivar los derechos de tanteo y de retracto, deberíamos concluir que tales derechos no nacen mientras no se venda todo el edificio, toda la finca, y la venta se efectúe precisamen -

te por pisos. Pero un argumento de lógica jurídica nos advierte que basta con que se haya vendido un piso arrendado para que nazca el derecho de retracto, aunque la venta de ese piso no haya sido precedida ni sea seguida de la venta de otros. Nos encontramos por tanto con que no es precisa la venta por pisos en un sentido riguroso y sí que se venda un piso arrendado e independiente.

Pueden ocurrir diversos casos, como hemos dicho, una gran variedad de casos. Presentamos, pues, el siguiente esquema de supuestos con la reserva de que lo hacemos exclusivamente ad exemplum, indicativamente, sin ánimo de agotar ni muchísimo menos las posibilidades que en la práctica puedan presentarse.

A).- Transmisión de una finca entera.- La transmisión de la finca entera arrendada a un solo comprador o a una pluralidad de personas conjuntamente no ofrece ninguna dificultad. Es el supuesto recogido en el párrafo 2º. del art. 63 y repetido en el art. 64, párrafo 1º.

Si en la finca sólo existiere una vivienda o un sólo local de negocio el arrendatario tendrá el mismo derecho de tanteo y en su caso el de retracto.

Tampoco parece presentar ninguna duda el caso de que una finca o un edificio entero sea vendido conjuntamente a una sola persona, si en ella hubiese más de un arrendatario o existiesen pisos no arrendados en concurrencia con otros que lo estuvieren. En este caso nos parece que se impone la solución negativa, en el sentido de enten-

der que no se conceden los mencionados derechos; y no se conceden precisamente porque el objeto del arrendamiento no coincide con el de la transmisión enerosa base de los mismos. A nosotros nos parece que está claro el que se niegue a los arrendatarios la facultad de retraer. No solamente desde el punto de vista del Derecho establecido, sino también desde el punto de vista del Derecho constituyente la solución dada al problema nos parece la correcta.

La solución apertada por el legislador es la única viable. Permitir a uno solo de los arrendatarios el derecho a subrogarse en lugar del adquirente, aparte de que sería solución falta de fundamento racional y técnico, sería perturbador en el régimen de arrendamientos y causa de colisión de difícil o de imposible resolución entre los arrendatarios. Conceder a todos ellos, cuando todo el edificio estuviera arrendado y todo él fuere enajenado, una acción conjunta para llevar a cabo la subrogación sería semillero de graves dificultades: a) la que representa la determinación del precio que habría de corresponder a cada piso; b) el régimen de copropiedad que se seguiría de esta solución. Otorgar a uno de ellos el derecho a subrogarse por entero en el lugar del comprador cuando los demás renunciaren al mismo derecho, contrariaría los fines propios de la institución, que se encamina, como ya vimos, a que se extienda cada vez más el número de propietarios. Y es solución que si se puede aceptar, como se ha aceptado (133), en los arrendamientos rústicos, no parece viable para los arrendamientos urbanos, entre otras cosas por la dificultad

de determinar el elemento cuantitativo de la porción arrendada, fundamental y básico para atribuir con justicia este derecho (134).

El supuesto que recoge García Royo de transmisión simultánea o conjunta, pero realizada por pisos, este es, dice el mismo autor, cuando en un solo documento se transmite todo un edificio, pero separando el precio correspondiente a cada uno de los pisos, no nos parece que sea muy frecuente en la práctica. De todas formas es posible que se presente y aceptamos la conclusión a que llega el autor citado de que sería posible que cada uno de los arrendatarios ejerciese el derecho de retracto de lo que constituyese el objeto de su arrendamiento. En realidad la venta equivaldría, como se cuida de decir García Royo, a tantas transmisiones como pisos existieren, ya que aún con unidad de edificio se determinaban tantos precios como pisos. Se daría, pues, la hipótesis que recoge la Ley de venta realizada por pisos.

Una sentencia de 8 de julio del año 1952 defiende la tesis contraria a la que mantenemos diciendo: "Que dados los fines de la Ley, los expresados derechos de tanteo y retracto han de considerarse aplicables no solamente a los casos en que se venda un solo piso destinado a vivienda o local de negocio sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más pisos y realice la venta conjunta de los mismos por un solo precio, en cuyo caso se impone la necesidad de reconocer a los inquilinos o arrendatarios la facultad de los derechos de tanteo y retracto, referido por cada uno de ellos al local que respectivamente equi-

pen, porque de otro modo los propietarios podrían utilizar tal procedimiento de venta contra los inquilinos o arrendatarios, que se verían amenazados de este modo con las consecuencias de un desahucio, quedando frustrados en tales casos los propósitos del legislador".

En el supuesto que recoge la sentencia de la que hemos entrecomillado un Considerando, se trataba de la venta conjunta de dos pisos ocupados por distintos arrendatarios; el Tribunal Supremo reconoció a uno y a otro inquilino la facultad de adquirir por el ejercicio del derecho de retracto la vivienda que era objeto de la ocupación respectiva individual. El precio señalado por el propietario y el presunto adquirente se respetó en su integridad y se asignó para cada piso el valor que resultó de una información pericial, habida cuenta del valor asignado en la transmisión al todo.

No obstante esta decisión jurisprudencial y las razones en que pretende apoyarse, defendemos la tesis negativa, contraria a la que mantiene tan Alto Tribunal, por las razones que han quedado expuestas en el texto y porque entendemos faltas de fundamento lógico y racional las que se esgrimen en la sentencia para decidirse por la opinión afirmativa.

B).- Transmisión de una o varias plantas de un edificio que contengan cada una varias pisos.- Per las mismas razones alegadas anteriormente al estudiar los supuestos de venta o transmisión de una finca o edificio completo cree -

mos que no es susceptible tal enajenación de crear los derechos de tanteo y retracto repetidos. Desde luego, si los diferentes pisos que integren la planta transmitida están arrendados a una sola y única persona, es evidente que a ésta corresponderá el derecho de retracto, porque la base de la atribución de tales derechos es que el titular lo sea a su vez del arrendamiento del objeto transmitido.

Pero lo que afirmamos es que si los diversos pisos de que consta la planta vendida están arrendados a distintas personas separadamente, este es, con diversificación de contratos, no corresponde a ninguno de ellos el derecho de retracto. El derecho de retracto sólo alcanza al piso, planta o edificio a que llegue la posesión arrendaticia del inquilino o arrendatario de local de negocio, pero no a los demás que integren el inmueble, porque para prosperar su acción habría de demostrar que en la casa vendida sólo existía una vivienda o local de negocio (vid. S. del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1948).

A pesar de esto y en contra de la tesis sustentada, véase la sentencia que arriba citamos de 8 de julio de 1952, que parece suponer un cambio de dirección en nuestra doctrina legal.

Otras veces y más recientemente, concretamente en resolución de 24 de enero de 1953, el Tribunal Supremo rectifica en parte el criterio con anterioridad mantenido, mostrándose hasta cierto punto escéptico, acaso temeroso de la generalidad y generalización de su doctrina, determinando que corresponde a los Tribunales, apreciando las circunstancias

de cada caso en que lo enajenado no coincida, por exceso e -
por defecto, con lo arrendado, determinar en justicia las -
condiciones de aplicación del art. 63 de la Ley de arrenda -
mientos urbanos.

Si la opinión que mantiene la precedente sentencia -
de 8 de julio de 1952 se debe entender demasiado progresiva,
concediendo más a los inquilinos y arrendatarios de lo que -
el legislador les quiso conceder, y por tanto a nuestro jui -
cio equivocada, la tesis defendida por esta más reciente de
24 de enero de 1953 nos parece cuando menos peligrosa, por -
que deja en el aire la fijesa de doctrina que es de desear -
en la jurisprudencia. Acaso resulte demasiado vaga.....

Un caso de fácil solución práctica pero que cae de -
lleno en el supuesto que nos ocupa se nos brinda en la hipó -
tesis de que la planta transmitida esté constituida por va -
rios pisos iguales y simétricos. Entonces parece que habrá -
posibilidad de que se ejercite por cada uno de los arrendata -
rios el derecho de retracto con independencia de los demás -
y por un precio proporcional a la porción ocupada. Pero -
creemos que la subrogación en lugar del comprador o genéri -
camente del adquirente, debe ser completa y que aun en el -
supuesto de que todos los arrendatarios quisieran retraer -
de consuno falta apoyo en la Ley para otorgarles esta fa -
cultad.

C).- Transmisión de un solo piso.- Estamos de lleno
en la hipótesis o supuesto de hecho que recoge la Ley. No ca -
be ninguna duda ni creemos que hagan falta argumentos que -
justifiquen la solución de que son procedentes los tantas -

^{citados} veces/derechos. En el supuesto de que el piso forme una planta como en el de que la forme en unión de otros varios, si el objeto de la transmisión es un piso aislado e independiente, al arrendatario que lo ocupe corresponde el derecho de retrac

D).- Transmisión de una habitación que no forme por sí misma un piso.- Si el objeto de la enajenación fuese una habitación o serie de habitaciones que no constituyesen por sí mismas un piso o vivienda independiente, supuesto dice García Royo (135) de difícil originación, pero no imposible, la transmisión no daría lugar al nacimiento de tales derechos. Claro está, que esta afirmación con un sentido tan amplio, puede ser peligrosa. El juez en todo caso, en vista de la amplitud de las habitaciones vendidas y de la susceptibilidad de constituir o no aprovechamiento independiente, admitirá el retracto o lo rechazará. En términos generales se puede razonar por la improcedencia de tales derechos de adquisición, en atención a que el objeto transmitido no constituye un piso - como exige la Ley. Por mucha que sea la fuerza expansiva de las Leyes sociales no se debe llegar nunca a concesiones arbitrarias y a una solución que llevaría consigo una excesiva desmembración de la propiedad inmobiliaria urbana, a una pulverización en porciones prácticamente inaprovechables (136).

Pero debemos consignar que en virtud de la interpretación extensiva que precede dar a aquellos preceptos de la Ley de arrendamientos urbanos en que, como los reguladores del retracto, se favorece la situación del arrendatario no se limita el retracto a los casos de transmisión integral del dominio de la finca, sino que debe extenderse a las ventas per

participaciones indivisas, según una sentencia de 27 de no -
viembre de 1947.

- :-:-:-:-:-:-:-:-:-:-

ORDEN DE PRELACIÓN

QUE SE HA DE OBSERVAR

EN LAS

VENTAS POR PISOS.

Muy relacionado con el problema que acabamos de examinar de la determinación del objeto del derecho de retracto, está este otro del orden que debe guardarse en el caso de las ventas por pisos originadoras del retracto. Relacionado, precisamente, porque es una circunstancia capaz de alterar el piso objeto de la transmisión y como consecuencia también el objeto del derecho de retracto.

El art. 68, comprendido en el Capítulo VI de la Ley, destinado como sabemos al estudio y a la ordenación de los derechos de tanteo y de retracto, contiene una declaración más alarmante que de efectiva importancia. Supone en cierto sentido una limitación del derecho de propiedad en cuanto que impone un orden que ha de guardarse preceptiva y obligatoriamente en las ventas a que se refiere el art. 63 y por supuesto también el art. 64.

Empieza diciendo el precepto indicado que en las ventas por pisos a que este Capítulo se refiere deberá respetarse el orden de prelación que establecen los arts. 79, 80 y 81. Aquí reside la alarma y todo el empaque legal; parece que hay que respetar toda la enojosa e intrincada jerarquía que los preceptos a que se remite preceptúan. Pero este orden aparentemente limitador excesivo de los derechos del dueño para vender, se reduce, casi se difumina y esfuma cuando sigue leyéndose el resto del artículo con el que va formando unidad de precepto, de redacción y en consecuencia de mandato. Presentado en esta primera fase el art. 68 citado no cabe duda que parece limitar extraordinariamente las facultades del propie-

tario. Hacemos en esto hincapié porque a nuestro juicio no siempre ha sido rectamente entendido este artículo por la doctrina y se ha recibido con grande recelo. Reconocemos desde luego que la redacción del precepto no ha sido ciertamente feliz, pero de todas formas como toda norma jurídica completa implica un mandato que hemos de desentrañar. ¿En qué condiciones puede hacerse valer este segundo derecho de impugnación de la transmisión realizada? Solamente en aquellos casos en que en la finca de cuya totalidad se segrega un piso para enajenarlo hubiere otros pisos de características análogas entre sí. Exclusivamente en el supuesto señalado habrá de guardarse el orden jerárquico que establecen los mencionados artículos 79, 80 y 81 (137).

La hipótesis de hecho básica para la vigencia del precepto, para que se sigan las consecuencias jurídicas de no poder elegir libremente el piso objeto de la venta o de la transmisión, por hablar genéricamente, está suficientemente interpretada por el legislador en el mismo art. 68 que comentamos. En efecto, se entiende que la analogía existe -según el último inciso de este artículo- cuando el inmueble contare con dos o más pisos de renta, superficie, orientación y altura semejantes o parecidas. La semejanza o parecido de estos caracteres o circunstancias es un elemento de hecho que ha de ser a su vez objeto de determinación y es al juez en cada caso a quien corresponde esta señalada tarea de precisión (138). Parece ser, pues, que el objeto de la elección sólo puede establecerse en los casos de pisos que estuvieren a la misma altura, a altura semejante o parecida (139). Nos inclinamos por

la solución que presenta García Royo, según el cual por altura semejante debe entenderse que los pisos se encuentren dentro de la misma planta. Con esta extraordinaria limitación y con las otras características de renta, orientación y superficie parecidas que exige el comentado artículo, se advierte en cuán pocos edificios se dará tan gran número de conjuntas exigencias.

2. El comentarista Ferreiro resalta en el comentario que hace a este artículo 68 que "el artículo no exige preferencia alguna cuando se trata de locales de negocio" (140). Le resalta y hasta lo subraya, aunque por el carácter con que está concebido su estudio no se detenga en exponer las razones que abonan esta limitación. Y hubiera sido de desear que el autor se hubiese manifestado en apoyo de su tesis. Nosotros queremos leer entre líneas las calladas razones por que tan prestigioso autor mantiene esa postura. Acaso y sin acaso haya tenido en cuenta para formular esta afirmación el contenido de los artículos a que el objeto de su comentario remite. En efecto, los citados artículos 79, 80 y 81 forman parte de la Sección segunda del Capítulo VIII de la Ley, que trata de las "excepciones a la prórroga obligatoria". Pero es el caso que la citada Sección segunda hace una separación de hecho, aunque no sistemática dentro del general orden seguido por el legislador, entre las viviendas y los locales de negocio, separando distintamente el régimen jurídico a estos efectos de unas y de otras. La citada Sección segunda está integrada por los artículos comprendidos entre el 77 y el 79; y en ella, como observamos antes, se advierte lo siguiente: Los artículos 77 al

90 están destinados a regular la primera causa de excepción a la prórroga obligatoria cuando se trate de viviendas; el art. 90 y los que le siguen tienen por objeto la misma causa de excepción referida a los locales de negocio. Y más concretamente los artículos citados hablan insistentemente de viviendas, de viviendas subarrendadas, de viviendas interiores o exteriores....., siempre de viviendas. ¿Ha sido éste el motivo de la observación aguda de Ferreiro? ¿Ha sido también - certera la advertencia que "de pasada" nos indica? Las observaciones hechas "de pasada" en un texto doctrinal son muy peligrosas porque parecen no haber sido del todo objeto de una detenida meditación, pero también, aunque no por el mismo motivo, son muy sospechosas de encerrar una verdad incontrovertible para quien las hace.....; no parecen necesitar de ningún razonamiento que las avale. En nuestro caso nos parece que ha sido muy acertada, por las razones con que nosotros la hemos iluminado y porque a través del texto legal no encontramos base ninguna que nos permita establecer una semejante jerarquía tratándose de locales de negocio.

3. En cuanto al fundamento de haber hecho aplicables a las enajenaciones realizadas por pisos las reglas de prelación que los artículos citados establecen, no descubrimos razón ninguna que se lo preste. Nos parece un derecho vacío de todo interés para su titular. El interés social que mueve todo el mecanismo legal no se encuentra por ninguna parte, e por lo menos confieso que yo no le he encontrado. Derogado el artículo 1571 del Código civil inspirado en el viejo principio

romanista según el cual venta quita renta, declarado en la legislación especial de arrendamientos que no es motivo de resolución de un contrato de arrendamiento el hecho de que el arrendador transmita a otro su derecho de propiedad, no vemos el fundamento de esta prelación. que el adquirente puede necesitar la vivienda para sí..... también puede necesitarla e pudo necesitarla el transmitente y entonces..... está muy justificado el orden establecido; pero ¿qué interés se le sigue al inquilino de que el propietario sea uno u otro? O nos encontramos en un caso de exceso de previsión - para evitar posibles desahucios (141) o no tiene ninguna finalidad el precepto que nos ocupa.(142).

4. Pero aparte de lo expuesto plantea cuestiones muy interesantes el precepto encerrado en el art. 68. En él se establece por supuesto una obligación: "deberá respetarse"; - mandato de carácter imperativo, obligatorio, de derecho necesario....., pero ¿quién es el sujeto que ostenta el poder - que es correlativo de la obligación de conservar y observar el orden que establece? ¿quién es el protegido por esa norma, el titular del derecho para exigir que el orden se respete y la jerarquía se guarde? A esta pregunta contesta García Royo que sólo puede ser esgrimida por el ocupante del piso, por quien sea el efectivo arrendatario del piso que se ha enajenado (143). Pero preguntamos: ¿Puede también impugnar la transmisión aquél de los inquilinos que lo sea del piso que con arreglo a esa jerarquía hubiera tenido que ser el efectivamente enajenado? Porque éste puede tener un interés aunque

sea indirecto en que su piso sea vendido con exclusión de otros, ya que la enajenación le otorga la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto y en consecuencia de adquirir la propiedad del que ocupa. Concebida la prohibición en términos tan generales, creemos que hay base para argumentar en este sentido; sin embargo, con arreglo a una interpretación finalista de la norma contenida en el art. 68 parece ser que se impone la solución negativa. El legislador quiso proteger al inquilino del piso indebidamente vendido y a quien quiere proteger es a quien concede acción para su defensa.

5. Pero es muy probable que tenga mucho que ver esta cuestión con esta otra: con el carácter que se atribuya a la transmisión, hecha no obstante la prohibición legal. García Royo cree que la transmisión efectuada infringiendo el orden de preferencia que establece la Ley será nula de pleno derecho (144), aunque no obstante esto sea el inquilino ocupante del piso el único que puede impugnarla. A Bellón por el contrario le parece que la inobservancia de estas preferencias no afectan a la validez de la enajenación del piso y comprende limitados sus efectos a que no pueda ser desalojado del piso el inquilino, invocando la causa de imprórroga de necesitarlo el nuevo adquirente para sí.

La nulidad de pleno derecho no creo que pueda ser mantenida en todos sus efectos; la tesis de Bellón parece insuficiente. No siempre se acomodan los preceptos legales a una técnica preestablecida y acaso por ese mismo no sea siempre tarea fácil enmarcar una figura jurídica dentro de los moldes doctrinales elaborados. Tarea ésta tanto más difícil

cuanto que la doctrina de la ineficacia es de las más confusas del Derecho civil (145). El negocio jurídico celebrado - no obstante esta prohibición que se establece, prohibición - por lo demás no muy nítidamente marcada, produce algunos efectos y es susceptible de ser subsanado por el transcurso del tiempo; tiene el aspecto de un negocio jurídico impugnabile - tan sólo por los que sean perjudicados por él; sin embargo, - tal vez no pueda ser impugnado por ninguna de las partes que intervienen en su celebración. De esta circunstancia se deriva a mi juicio el más claro motivo para determinar su verdadera naturaleza.

6. De adoptar una u otra solución se deriva el tiempo - durante el cual puede hacerse uso de la acción para impugnar la validez del contrato.

García Royo dice que pueden sostenerse en este sentido tres posiciones (146): primera, conceder un plazo de cuatro años para impugnar la validez con arreglo al art. 1303 - del Código civil; segunda, de quince años, considerando aplicable la regla general de las acciones personales; tercera, - sesenta días, por aplicación analógica con la acción para impugnar el precio que concede el art. 67 de la misma Ley de arrendamientos urbanos. Tras de exponer este autor la impropiedad de aplicar los plazos de la primera y la segunda posición, opta por la última de sesenta días a partir del siguiente al en que pudo ejercitarse la acción de retracto. - Estamos de acuerdo con el plazo que mantiene este autor; por eso no lo estamos con la calificación técnica que da al negocio jurídico celebrado a pesar de la prohibición.

TIEMPO EN QUE HA DE REALIZARSE
.....

LA TRANSMISIÓN
.....

PARA QUE
.....

TENGA LUGAR EL RETRACTO.
.....

Por disposición de la misma Ley sólo alcanza la posibilidad de tantear y retraer en los casos de las transmisiones realizadas a partir del día 1.º de enero de 1947. Cabe sin embargo plantear la cuestión respecto a las ventas celebradas con anterioridad a la fecha señalada en la Ley pero consumadas después del señalado día 1.º de enero de 1947, fijado en ella, diríamos, como término inicial. Está esta cuestión entrañablemente unida a la ya analizada de cuándo, en qué momento se entiende nacido el derecho de retrato. Si partimos del supuesto de que tal derecho se entiende nacido desde que la venta se haya perfeccionado, que es la solución dada por nosotros al problema, no cabe duda que aunque la venta se haya consumado con posterioridad al 1.º de enero de 1947, - si se celebró antes de esta fecha, no alcanza el beneficio de los derechos que estudiamos a los inquilinos o arrendatarios de local de negocio.

Sin embargo, la palabra realizar entraña un grave problema de interpretación; ¿cuándo se entiende en efecto que la venta ha sido realizada? ¿en el momento en que el contrato queda perfecto por haber concurrido en él los requisitos que el art. 1261 del Código civil exige para que exista el contrato; desde que se perfecciona por el consentimiento (artículo 1258 en relación con el 1254 del Código civil), o más concretamente desde que comprador y vendedor hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, como preceptúa el artículo 1450 de dicho Código para el caso de venta? ¿O se ha de

entender por el contrario que la venta no se ha realizado hasta que no ha sido consumada con la entrega de la cosa? Es decir, ¿equivale la realización de la venta a la mera perfección de ella o a su consumación?

Lamentamos esta falta de tecnicismo legal que nos coloca en una imprecisión grave al determinar qué se entiende por venta realizada. Hay razones para mantener una y otra solución de las dos aceptadas. Realización no quiere decir otra cosa que hacer efectiva y real algo, en este caso una venta; - pasar de la potencia al acto, de la posibilidad a la efectividad... Realizar una venta es celebrar un contrato de compra-venta, pero también quiere decir sin duda hacer efectivas las obligaciones que nacen de él, transmitir la cosa al comprador, entregar la cosa, primera obligación que impone al vendedor el art. 1461 del Código civil; poner en poder y posesión del comprador la cosa objeto de la venta, que es en lo que consiste la entrega.....

Colocados en ese terreno intermedio, para la solución concreta que pretendemos es incontestable entender que en el caso de los arts. 63 y 64 de la Ley de arrendamientos urbanos venta realizada es igual que venta consumada, porque así, con esta interpretación extensiva, se hacen efectivos derechos - que la Ley otorga al beneficiado con esta legislación especial, a inquilinos y a arrendatarios (véase la sentencia de 2 de junio de 1950).

Por esta misma consideración el Tribunal Supremo ha entendido ejercitado en tiempo el retracto cuando se ha accionado al amparo de una escritura pública otorgada con posterior-

ridad a 12 de enero de 1947, aunque el contrato se hubiese celebrado con anterioridad a esa fecha según documento privado independientemente del conocimiento que de éste último pudiera haber tenido el retrayente arrendatario (sentencia de 2 de junio de 1950); si bien antes había declarado que si la venta se realizó verbalmente antes de 12 de enero de 1947 no es procedente el retracto, no obstante haberse otorgado la escritura pública el 20 del mismo mes y año (sentencia de 17 de diciembre de 1947).

- : - : - : - : - : - : - : - : - : -

N E G O C I O S J U R I D I C O S
.....

Q U E O R I G I N A N
.....

E L D E R E C H O D E R E S T R A E R .
.....

Una cuestión tan debatida como interesante o precisamente tan debatida por interesante, no sólo en la doctrina civilística sino también en la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal de Justicia es la relativa a los negocios jurídicos o contratos de transmisión de la propiedad que son aptos para engendrar el derecho de retracto. Ciertamente que en estos últimos tiempos se ha agravado el problema por la redacción extraordinariamente amplia que el art. 16 de la Ley de 16 de marzo de 1935 consignó en su párrafo 1º sobre admisibilidad del derecho que ocupa nuestra atención y que reiteró la de 16 de julio de 1949 encargada de dar nueva redacción a los arts. 16 y 17 de la citada Ley de 1935. Se ha agravado el problema y en parte se ha resuelto, pero esta resolución hace referencia exclusivamente, y no puede referirse a más, a los retractos que nacen y se otorgan al amparo de esa Ley reguladora de los arrendamientos rústicos, como más adelante veremos.

Veamos concretamente qué transmisiones son las que dan lugar al nacimiento y admisión del derecho de retracto en la Ley de arrendamientos urbanos.

El art. 63 de la Ley empieza hablando de "venta" por piezas, para determinar los casos en que proceden los derechos de retraer y de tanteo; mas en ese mismo artículo se amplían los supuestos de origen al hablar de la notificación de la decisión de "vender" o "ceder solutariamente" la vivienda o local de negocio arrendado. Es más, el art. 64 de la misma Ley habla de "los mismos casos" y concretamente el párrafo 5º

observa el supuesto de la dación o adjudicación en pago de deudas judicial o extrajudicialmente.

Resulta de la simple exposición de los preceptos reseñados que aparte de la ambigüedad de la frase empleada por el legislador y que advierte magistralmente Serrano (147), al menos literalmente se limita la procedencia del retracto que nos ocupa a los supuestos causantes de compraventa y de dación en pago. La expresión que utiliza en otros párrafos el mismo art. 64, hablando genéricamente de transmisión, no altera a mi juicio esta interpretación, en cuanto que no supone otra cosa que una forma abreviada de decir lo mismo.

La cuestión que se presenta al tratar de determinar los negocios jurídicos que dan lugar al retracto se puede plantear de la siguiente forma: ¿Es la expresión utilizada por la Ley meramente enunciativa o abierta, o debe considerarse por el contrario que se limita intencionadamente a los supuestos de venta y dación en pago a que expresamente se refiere? O en otros términos: ¿Hay posibilidad de ampliar o extender la previsión del legislador a otros supuestos fundamentalmente análogos y que supongan de la misma forma transmisión del dominio, aunque no se mencionen expresamente en la Ley? ¿O por el contrario solamente procede el derecho de retracto cuando la vivienda o local de negocio se vendan o den en pago? Es más, todavía cabe preguntar si procede en todos los casos de venta de la vivienda o del local de negocio o se limita a casos determinados de venta.

Veámoslo: Fundamentalmente recoge esta Ley especial de arrendamientos los supuestos que regula el Código civil

en los arts. 1521 y 1636 que hablan concretamente de venta y de dación en pago. Consignemos que la regla 6ª del art. 1656 del mismo texto legal parece ampliar su procedencia, la procedencia del retracto, a las enajenaciones a título oneroso, según la expresión literal que utiliza al conceder al dueño de la tierra cedida para plantar viñas y al cesionario de la misma recíprocamente los derechos de tanteo y de retracto; - si bien, al prescribir que tienen lugar estos derechos "conforme a lo prevenido para la enfiteusis" limite extraordinariamente su significación y su alcance. Hagamos constar también que el art. 396 del mismo primer Cuerpo legal al regular el derecho de tanteo que se confiere a los propietarios de un edificio cuando el propietario de uno de los pisos decide venderlo se limita al supuesto de venta.

Hemos hecho esta reseña de los principales artículos del Código civil a este propósito para resaltar la circunstancia de que la Ley especial de arrendamientos urbanos recoge precisamente los mismos supuestos de transmisión a que se refiere el Código civil, y esto, no obstante el precedente que le brindaba la también legislación especial de arrendamientos rústicos, que en su art. 16, párrafo 1º, autoriza al arrendatario para retraer en todos los casos de transmisión a título oneroso, de una finca rústica arrendada, de porción determinada o de participación indivisa de la misma. La limitación que en este sentido se advierte en la Ley puede ser muy significativa; tan significativa que García Rey (148) - no oculta "las críticas que merecen estas restricciones" y estima mucho más acorde con la inspiración social que preside

a esta Ley de arrendamientos urbanos la fórmula establecida en el art. 16 de la Ley de arrendamientos rústicos, dando a entender con ello que tal ordenación supone un desvío de los moldes adoptados por esta legislación social.

Estudiemos separadamente los casos de transmisión onerosa que originan el derecho de retracto y aquellas otras que a nuestro juicio no dan lugar a su nacimiento.

A).- Venta.- No cabe duda que estamos en el supuesto normal de las transmisiones o enajenaciones que hacen viable el derecho de retraer.

La venta meramente proyectada dará lugar al derecho de tanteo; la venta perfecta (ya hemos visto cómo según otros - la venta consumada), originará el retracto.

De todas formas la venta consumada es algo más que - la venta meramente perfecta, y aunque acogiéramos, que no - acogemos, la tesis que entiende que el retracto nace en el - momento de la consumación de la transmisión deberíamos con - cluir que la venta perfecta ya origina el retracto, si bien el plazo para hacerlo efectivo y para ejercerlo no empezase, en beneficio del titular, a contarse hasta que la entrega de la cosa se hubiese llevado a cabo.

2. Debemos entender que la venta que da origen al derecho de retraer es la venta pura, no la sujeta a condición - suspensiva, puesto que mientras la condición no se cumple - la venta no llega a ser perfecta, y esto no por un capricho dialéctico o por una exigencia formalística de lógica jurídica, sino por un imperativo ineludible de la interpretación

de lo que es un contrato de venta perfecta y pura.

Como dice Tiraquellus, mientras es condicional la venta no es perfecta (149).

3. Cuando la venta es nula debe entenderse, claro está, que tampoco da lugar al retracto, así como cuando es simulada (150).

4. Una cuestión que debemos resolver es la de la validez o no del pacto de una compraventa o contrato equivalente a la venta según el cual el contrato sería nulo si el futuro retrayente se decide a utilizar su derecho y lo ejercita. No cabe duda que la validez de la venta está sujeta y de algún modo determinada por la licitud o ilicitud del pacto que la acompaña. Se puede decir y se ha dicho que el pacto este sería en fraude del retrayente (151). Sin embargo, también puede decirse que no naciendo el derecho de retraer hasta que la venta se perfecciona y perfeccionándose la venta ya con esa determinación, con el pacto de condicionar la resolución de la venta al ejercicio del derecho de retracto, no se puede lesionar ni desconocer ningún derecho del retrayente. Tiraquellus esgrime en favor de la validez del pacto que nos ocupa un apotegma de la doctrina jurídica según el cual res inter alios facta nobis nec nocet nec prodest. No hay que abusar del uso de estas máximas jurídicas porque ninguna de ellas encierra una certeza absoluta ni tiene la exclusiva de la verdad. Mas aun entendiendo que la máxima que utiliza el autor citado sea del todo exacta, deberíamos preguntarnos sobre su pertinencia en el caso para que la emplea. Precisamente -

un pacto que se celebre entre los contrayentes para perjudicar o para privar de un derecho a un tercero debe o puede considerarse como fraudulento en cuanto que tiende a eludir los efectos de la aplicación de una Ley escudándose en la protección que otro precepto le pueda dispensar. Es más, debe tenerse en cuenta que teniendo como tiene el retracto una existencia necesaria como atribuido por la Ley para el cumplimiento de una finalidad social, no debe abandonarse su eficacia a la determinación de la voluntad de los que contratan, interesados precisamente en que el mentado derecho de retracto no cumpla sus fines propios. Además, es también prudente desde un punto de vista práctico abogar por su ilicitud, en cuanto que admitir su validez equivaldría prácticamente a abandonar los resultados de una institución a la voluntad de los que intervienen como partes en un contrato, y sería suficiente consignar^{en} las transmisiones onerosas esta cláusula para que el deseo del legislador quedase totalmente infecundo y frustrado. Precisamente una sentencia de 12 de octubre de 1912 determinó que "con arreglo a lo ordenado en el art. 1521 del Código civil, el derecho de retraer nace en el momento mismo de celebrarse el contrato de venta o de dación en pago, y si bien su existencia desaparece cuando aquél se anula o se rescinde (sic) por causas legales, no sucede lo mismo cuando la declaración de nulidad o rescisión no obedece a motivos fundamentales y legítimos, sino que es producto tan sólo de la voluntad o conveniencia de los contratantes".

5. Por fin diremos que precede el derecho de retraer no sólo en los casos de ventas voluntarias, sino también en el

de ventas forzosas, públicas e privadas, con excepción de las ventas que siguen a un expediente por causa de utilidad pública en los casos de expropiación forzosa. (Para el retracto enfiteútico véase el párrafo 2º del art. 1636 del Código civil que excluye expresamente las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública). Una muy reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 1953, estima que procede el derecho de retracto en venta mediante pública subasta. (152)

6. Nos queda por estudiar por lo que a la venta se refiere la cuestión planteada por el art. 1451 del Código civil en el supuesto de promesa de comprar y vender. La precedencia o no del retracto en este caso ha de ser resuelta de una forma u otra según la interpretación que se dé al artículo de referencia. La opinión doctrinal está en este punto muy dividida, repartida en dos grandes sectores. Si entendemos como entiende un grupo doctrinal muy amplio (153) que la promesa de comprar o vender, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale al definitivo contrato de compraventa, no cabe duda que se impone la solución afirmativa y se debe concluir que la celebración de la promesa origina el derecho de retracto. Mas si por el contrario defendemos como ha defendido gran parte de los autores que se han ocupado de esta cuestión que la promesa constituye por sí un contrato antecedente y que una cosa es prometer vender y otra cosa vender (154), parece que la promesa de venta no constituye por sí misma título suficiente para el nacimiento del derecho de retracto.

Nosotros nos inclinamos abiertamente y sin ninguna reserva por la opinión que mantiene que la promesa de compra-

venta a que se refiere el art. 1451 del Código civil constituye un contrato sustantivo, independiente, integrado en la construcción del precontrato (155), distinto del definitivo contrato de compraventa, y en consecuencia pensamos que debe ser excluido de ella el retracto, o por mejor decir, que de un contrato de este tipo no nace el derecho de retracto, derecho de retracto que tendrá eficacia cuando el contrato de compraventa prometido se perfecciona, si llega a celebrarse, pero no antes.

- 1 B).- Dación en pago.- Por imperativo de la misma legislación de arrendamientos urbanos, procede también el derecho de retracto en la transmisión por este concepto. No hemos de ocuparnos aquí de hacer un estudio acabado de lo que la dación en pago represente. Resaltemos sin embargo que esta Ley utiliza en el art. 63 la expresión "ceder solutoriamente", mientras que en el párrafo 5º del art. 64 emplea, sin duda haciéndolas equivalentes a la de cesión solutoria, las de "dación o adjudicación en pago de deudas". Debemos por tanto entender que procede el derecho de retracto y en su caso el de tanteo tanto en una como en otra modalidad de realización de la prestación convenida en que consiste el pago, según el art. 1157 del Código civil y la sentencia de 18 de noviembre de 1944.

La doctrina por el contrario hace de la cesión en pago y de la dación o adjudicación en pago distintas modalidades específicas del pago.

El Código civil en la Sección primera del Capítulo IV del libro IV se encarga de la regulación de la primera de -

estas formas, considerándola como una modalidad del pago. No regula por el contrario la dación en pago, aunque la da por supuesta en los arts. 1581, en el 1636 párrafo 1º, y en el 1459, reputándola como muy bien dice Serrano (156) como un negocio asimilado a la compraventa, consideración ésta que recibió esta categoría jurídica en la sentencia de 11 de mayo de 1912, en la que se lee entre otras cosas que sin confundir la cesión pura y simple, legal o judicial, con la dación en pago, modo éste de extinguir las obligaciones y asimilado en sus efectos generales a la compraventa..... (vid. también la sentencia de 9 de enero del año 1915).

Ahora bien, según el Código civil, el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas; ésta es la cesión en pago en sentido legal; la dación en pago en sentido restringido y usual es como dice el maestro Castán la entrega de una cosa corporal como equivalencia del cumplimiento de una obligación (157).

La adjudicación en pago transmite la propiedad de la cosa entregada en sustitución de la prestación debida; por el contrario, según preceptúa el art. 1775 del Código civil, la cesión en pago sólo libera al deudor de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, salvo pacto en contrario. Parece ser que en la dación en pago se da una cosa que sustituye por convención a la que se debe, genéricamente al objeto de la prestación que se debe, mientras que en la cesión se cede la cosa para que se realice y se satisfaga con su valor la obligación primitiva. Diríamos que en la dación se transmite la propiedad de una cosa y en la cesión se ad-

judica un valer cuando se venden las cosas recibidas.

Serrano entiende que la cesión solutoria de que habla la Ley sólo se refiere a la dación en pago asimilada a la compraventa.

De todas formas creemos que cedida una cosa para efectuar el pago con el precio que se obtenga de su venta, se origina también el derecho de retracto cuando la venta se efectúa, si bien no puede tener lugar cuando se hace entrega de ella para la finalidad que prevé el art. 1175 analizado.

Digamos también que la dación que da lugar al nacimiento del derecho de retracto es tanto la judicial como la que se realiza extrajudicialmente (párrafo 5º del art. 64; véase también la sentencia de 31 de mayo de 1899). La extrajudicial es un convenio que se lleva a cabo entre el deudor y los acreedores y la judicial se realiza con la intervención de la autoridad judicial con los requisitos y en la forma que las leyes determinan (158).

Los casos de venta y de dación en pago que acabamos de estudiar son los dos supuestos normales que originan el retracto y los dos también que, como hemos visto, prevén los citados artículos del Código civil y la Ley de arrendamientos urbanos. Pero ¿son éstos los únicos que hacen nacer el mencionado derecho, los únicos títulos que originan la facultad de ejercitar el derecho de retracto?

2. Ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo amplió estos supuestos a los casos en que se cedía una finca a censo reservativo, por entender que el mencionado negocio jurídico entraña una verdadera compraventa (sentencias de 9 de marzo +

de 1893 y de 11 de junio de 1902 en la que se declara que el derecho de retracto se da no sólo en las enajenaciones a título de venta sino también por causa distinta de la venta, - pero a título oneroso análogo a la misma); si bien la de 9 de julio de 1903 declarase que procede el retracto "sólo en venta o dación en pago".

Como se expresa a este propósito en los siguientes términos: La enseñanza útil de la sentencia -se refiere a la de 11 de junio de 1902- en la positivación del derecho es la de que el retracto legal procede en todas las enajenaciones que se efectúan a título oneroso. Así será y así habrá de ser; pero como pasaron los tiempos del magister dixit y el acatar un fallo no impide tener una opinión propia, nosotros pensamos que el retracto de condóminos no ajusta bien a la naturaleza del censo reservativo, sin dejar por ello de reconocer que la sentencia del Tribunal Supremo es de una habilidad imponderable (159).

Riaza por su parte con relación al Código civil y más concretamente frente a la misma sentencia de junio de 1902 -decía (160): "Estoy de acuerdo con la doctrina sustentada y desarrollada; aún más diré: Entiende, si no con perfecta sujeción al Código civil sí con sujeción a los buenos principios, que el derecho de sustitución (término que como sabemos emplea Riaza para designar el derecho de retracto legal), debe darse y concederse en todas las enajenaciones susceptibles de que el subrogante pueda sustituir la persona del adquirente y cumplir él por su parte todas aquellas condiciones que el adquirente aceptara" (161).

1. C).- Permuta.- También de antiguo ha sido discutido si la permuta es título apto para engendrar la acción de retracto.

La dicción del Código civil es totalmente ajena a la admisión del derecho de retracto en los casos en que la finca objeto del mismo se enajena por este título. Como hemos visto el Código civil se refiere exclusivamente a la venta y a la dación en pago, y si alguna sentencia del Tribunal supremo ha extendido estos supuestos a otros no expresamente recogidos en el articulado de aquél ha sido por entender que entrañan una verdadera venta, como lo entiende la de junio de 1902 ya estudiada.

La asimilación de la permuta al contrato de compraventa para la concesión del derecho de retracto lleva consigo grandes dificultades, entre otras la de hacer imposible o muy difícil la subrogación por el retrayente en las mismas condiciones que habría de adquirir el adquirente originario.

En base al Código civil nunca ha sido posible obtener con éxito una perfecta asimilación. Y si los autores han creído que existe una gran semejanza entre uno y otro contrato ha sido con el solo objeto de determinar la naturaleza jurídica de cada uno de ellos.

Tiraquellus afirmaba que el que recibe una cosa por permuta es semejante o está asimilado al comprador (162). - Y en otro lugar opina que la permuta es una especie de contrato de venta (título 12 de su obra De retractu, glosa 14, párrafo 19, página 123). Permutatio vicina est emptioni -

(párrafo 28, pág. 124, de la misma glosa y título).

Pero por muchas que sean las analogías que existan - entre uno y otro contrato, una cosa es vender y comprar y - otra dar y recibir a título de permuta.

La literatura jurídica y las opiniones de los jurisconsultos eran contrarias a la admisión del retracto en los casos de enajenación por permuta, por entender acertadamente que era imposible la subrogación completa y perfecta en el lugar de quien para adquirir una cosa tenía que hacer entrega de otra específica y concreta. Pero la publicación de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 y la redacción que contiene su art. 16 al hablar de todos los casos de enajenación a título oneroso de una finca, originaron grandes controversias, tan grandes justamente porque con base a la misma redacción del precepto se puede defender tanto una como otra postura (163).

Pothier a este respecto escribe: "Es un principio - incontestable que la permuta de una finca con otra no da lugar al retracto; así lo disponen varias costumbres; París, art. 145 y Orleans, 384 (164); y más adelante añade que la permuta no da lugar al retracto cuando ha sido hecha sin - ventaja ni de una parte ni de otra, y sin mediar ninguna - vuelta en dinero o en otras cosas muebles; pero existe, continúa, variedad en las diferentes costumbres relativamente a las permutas en que median vueltas consistentes en dinero u otras cosas muebles.

Tiraquellus por su parte dice que las opiniones en este sentido son muy dispares, aunque él opina que no obs -

tante todas estas analogías que se han querido encontrar y se han encontrado entre la permuta y la compraventa, cuando es mera y pura permuta no debe dar lugar al retracto.

La doctrina legal posterior al Código civil y anterior a la Ley de arrendamientos rústicos creadora del retracto legal de este tipo, al hacer la aplicación de los arts. 1521, 1636 y demás preceptos del mismo cuerpo legal referentes al retracto, entendió que la permuta no originaba el derecho de retraer; y si en alguna sentencia parece recogerse la doctrina afirmativa es por considerar en el caso concreto que el contrato de transmisión encerraba en realidad una auténtica y bien definida venta.

Así una sentencia de 14 de mayo de 1912 declaró que no es obstáculo el que para eludir quizás el derecho de retracto se diera a una enajenación la forma de permuta; doctrina ésta que reitera otra decisión del mismo Tribunal Supremo fechada en 30 de diciembre de 1927, en la que tras de recoger en un Considerando la afirmación de que la jurisprudencia ha hecho extensivo el retracto a títulos de carácter análogo al de la venta concluye que "habiendo declarado el Tribunal de Instancia, con razonamientos cumplidos, que se trataba de un contrato simulado para burlar el derecho de los retrayentes, no se infringen los arts. 1077, 1521 y 1446 del Código civil".

y en otros fallos se sentó de manera taxativa y terminante la doctrina contraria a la admisión del derecho de retracto en los mencionados supuestos de adquisición por permuta. En efecto, la sentencia de 7 de junio de 1915 afirma que

siempre sería imprecendente el retracto que la Ley no concede en las enajenaciones por permuta; y la de 9 de mayo de 1935 precisó que no teniendo los contratantes facultad para dar a sus convenciones una denominación distinta de su especial naturaleza jurídica, la Sala sentenciadora procede rectamente al no aceptar la denominación de permuta dada arbitrariamente a la transmisión del dominio de la finca que se trata de retraer y reemplazar esta denominación por la de compraventa de la misma según se deduce de la intención de los contratantes, derivada de la libre apreciación de la prueba.

2. Como ya hemos apuntado, la redacción del art. 16 de la Ley de arrendamientos rústicos supuso un cambio de presupuesto, de premisas y en consecuencia también de conclusiones. La amplitud con que se conciben en él las transmisiones onerosas generatrices del retracto que crea, así como el entusiasmo que sigue generalmente a la publicación de un precepto ordenador de una categoría jurídica nueva y la tendencia doctrinal y jurisprudencial a interpretar las leyes sociales con un criterio de gran amplitud y extensión, hicieron que la opinión de los jurisoconsultos y la práctica de los Tribunales se atuvieran a la opinión de admitir el derecho de retraer en los casos de permuta, aunque no han faltado voces prudentes que aconsejan la conveniencia de no seguir esta interpretación.

Rodríguez Jurado, sin duda uno de los que con más acierto, conciencia y sabiduría han comentado la legislación de arrendamientos se muestra en este punto muy prudente, aun-

que no del todo ecléctico. Después de argumentar en pro y en contra de la concesión del derecho de retracto en los casos de permuta y de hacer la exposición de una y otra teoría, concluye con gran mesura: A nuestro juicio, ambas interpretaciones son dignas de ser tomadas en consideración, y como repasando las sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la Ley de 1935, no encontramos ninguna que aclare esta cuestión, de desear es que llegue pronto el texto jurisprudencial que fije definitivamente la doctrina (165).

No es procedente ni oportuno hacer un recuento de los argumentos que en favor y en contra de una y otra solución hace tan reputado expositor. La circunstancia de estar en su mayor parte sacados de la Ley especial que comenta es razón suficiente para emitirlos en nuestro estudio.

Bellón, tan conocedor de nuestra legislación de arrendamientos tanto rústicos como urbanos, se muestra partidario del derecho de retracto en los casos de permuta (166).

El deseo expuesto por Rodríguez Jurado de una sentencia que fijase el alcance del texto del art. 16 de la Ley de arrendamientos rústicos se cumplió, y con él el reconocimiento del derecho de retraer en estos supuestos de permuta. En efecto, la sentencia de 11 de junio de 1945 admitió el retracto en la permuta de una finca rústica arrendada (167). Doctrina ésta que recoge también otra sentencia de 12 de diciembre de 1947, igualmente de la Sala V (168).

3. Por lo que a la legislación especial de arrendamientos urbanos se refiere, ya vimos cómo prevé únicamente los dos su-

puestos de venta y dación en pago de que habla el Código civil. Nos queda por determinar si estas expresiones utilizadas por su articulado son susceptibles de ser ampliadas a los supuestos de permuta, en general a todas las transmisiones a título oneroso, o suponen más bien una referencia taxativa a los títulos a que se refiere o a los contratos de transmisión que sean fundamentalmente análogos a los citados.

No olvidamos que las Leyes sociales se deben interpretar extensivamente, pero tampoco es lícito olvidar la voluntad del legislador reflejada en la Ley. Si el legislador de 1946 hubiera querido que el retracto se ampliase también a los casos de permuta o a otros contratos de transmisión onerosa distintos a la venta o a la dación en pago, lo hubiera establecido así, máxime teniendo en cuenta el antecedente que le ofrecía la Ley de 15 de marzo de 1935, referente a arrendamientos rústicos y también por tanto a una legislación de marcado carácter social. A mayor abundamiento teniendo presente la gran disputa que a este propósito se había levantado. A nuestro juicio, el silencio del legislador cuando pudo y debió pronunciarse está indicando que quiso volver al antiguo cauce tradicional y separarse del ejemplo que le brindaba el indicado precepto de la Ley de arrendamientos rústicos.

4. Yo soy completamente partidario de negar al inquilino y genéricamente al arrendatario el derecho de retraer en el estudiado supuesto de permuta; así como veo de gran lógica y justicia concedérsele cuando el presunto contrato de permuta encubre en realidad una venta, como lo hacen las resoluciones

del Tribunal Supremo citadas en su momento, ya que se está propiamente en el supuesto de venta que recoge el legislador.

5. Nos parece muy razonable sin embargo la opinión de Casals Colldecarrera cuando propone distinguir las permutas realizadas por cosa específica y las efectuadas con entrega de cosa genérica. A su juicio, tratándose de un cambio de cosas singulares y específicas, resulta generalmente imposible asumir la totalidad de la figura complejísima de un obligado. Pero en el caso de imponerse al que pretende adquirir por permuta un fundo, la entrega de determinados objetos genéricos, sería posible el ejercicio del retracto (169).

La misma solución negativa dan a esta cuestión los comentaristas y tratadistas de la Ley de arrendamientos urbanos vigente, si bien la mayor parte no se plantea de manera clara y expresa el problema que nos ocupa, sin duda por el carácter general de sus obras (170).

D).- Otras transmisiones onerosas.- Por su menor importancia consideramos todas ellas bajo un epígrafe común. No es fácil en principio determinar cuáles sean las que se pueden presentar además de las ya estudiadas. A título de ejemplo, señalaremos las donaciones remuneratorias, la dación en dote, la enajenación de una cosa con la contraprestación de determinados servicios por tiempo determinado, la transmisión mediante una renta vitalicia, etc. (171).

En general puede afirmarse que cuando algunos de estos negocios jurídicos onerosos sean susceptibles de ser equiparados a una venta o a una dación en pago, o cuando sean

sólo la envoltura jurídica de una venta o de una dación en pago, serán susceptibles las demás transmisiones de engendrar los derechos de tanteo y de retracto; o bien cuando la transmisión se lleve a cabo por estos títulos para defraudar y burlar los citados derechos. Será por tanto ésta una cuestión de hecho que habrá de dejarse en cada caso a la decisión del Tribunal de Instancia encargado de juzgarla (172).

Réstanos por decir que la transmisión que da lugar al retracto es la de la propiedad y precisamente de la propiedad plena, según algún fallo jurisprudencial; aunque también debe entenderse que procede cuando se transmite no la plenitud de la propiedad sino una cuota indivisa de la total propiedad sobre la cosa. Una sentencia de 12 de febrero de 1949 resolvió que si lo que se vende no es el dominio pleno, sino la nuda propiedad, reservándose la vendedora el usufructo, no procede el retracto si se pide la subrogación en la propiedad plena; en otra ocasión ha manifestado que el derecho de retracto no procede en las ventas con reserva de usufructo vitalicio, como lo hace en la sentencia de 24 de enero de 1928; si bien otra, a nuestro juicio más conforme con la verdadera naturaleza del retracto, haya entendido que tiene lugar también en el caso de venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo, por entender que esta venta no supone una desintegración del dominio, pues éste pasa totalmente al nudo propietario, y el usufructo reservado constituye mero gravamen o derecho real en cosa de ajena pertenencia. (Sentencia de 3 de diciembre de 1946).

TIEMPO DURANTE EL CUAL
=====

PUEDE EJERCITARSE
=====

EL DERECHO DE RETRACTO
=====

1. Una vez estudiados los elementos objetivos y subjetivos del derecho de retracto y de haber determinado los negocios jurídicos onerosos que le dan nacimiento, corresponde estudiar ahora el plazo durante el cual puede ser ejercitado el derecho de retraer.

Estando tan íntimamente ligados los derechos de tanteo y de retracto y siendo éste imprecendente si con anterioridad se ha ejercitado aquél, partimos de la base lógica de que el derecho de tanteo no haya sido ejercitado. Suponiendo hecha la notificación previa en forma auténtica de la decisión de vender o dar en pago la vivienda o local arrendado a que se refiere el art. 63 de la Ley, el inquilino o el arrendatario de local de negocio podrán ejercitar el derecho de tanteo dentro de los treinta días siguientes.

Pero si el derecho de tanteo no se ejercita y la transmisión onerosa que engendra el derecho de retraer llega a celebrarse, los titulares de este derecho pueden hacer uso de él en los tres supuestos siguientes que recoge el art. 64:

a) Si no se le hubiere hecho la notificación exigida en el artículo anterior.

b) Si resultare inferior el precio efectivo de la transmisión al señalado en dicha notificación o distintas las condiciones esenciales de ésta.

c) Si no se hubiere utilizado el tanteo.

Estos son los tres supuestos que reconoce el art. 64

de la Ley para que el inquilino de vivienda o el arrendatario de local de negocio puedan ejercitar el derecho de re - traer.

A nosotros nos parece que están perfectamente justificadas las hipótesis comprendidas en los apartados a) y b); sin embargo, entendemos que es improcedente la contenida bajo la letra c). Son procedentes las dos primeras porque suponen una voluntad abierta o encubierta del transmitente - arrendador de privar al inquilino o al arrendatario favorecidos por el derecho de retracto de la posibilidad de ejercitarlo, o en definitiva una conducta que produce los mismos efectos; y creemos más, creemos que si la Ley no les hubiere expresamente consignado, podría y debería llegarse al mismo resultado positivo mediante un procedimiento de integración lógica de la finalidad de la norma jurídica o conjunto de normas jurídicas establecidas en el mismo Capítulo VI de la Ley. Pero conceder a los titulares del derecho de retracto - la posibilidad de ejercitarlo aun después de haberle sido hecha en forma auténtica la notificación, de haber tenido pleno conocimiento de la transmisión y de las fundamentales condiciones en que había ésta de realizarse, después de haber tenido a su disposición el derecho de tanteo y de no haberlo usado, nos parece excesivo (173); bien está concederles el tanteo y hacerles atribución del derecho de retracto cuando no hayan pedido ejercitar aquél, ya por no haber tenido conocimiento de que se proyectaba la transmisión, ya también porque ésta se hubiese celebrado alterando notoriamente las condiciones con que había de llevarse a cabo con arre -

glo a la notificación verificada; pero conceder uno y otro - superpuestamente nos parece, repetimos, injustificado y ex - cesivo.

Digamos que los apartados b) y c) hacen referencia a los supuestos en que se hubiese hecho la notificación de la - decisión de transmitir por el propietario y el a) a la hipó - tesis en que no se hubiese hecho, como dice el mismo párrafo. Siendo esto así, la diferencia que existe entre el supuesto - recogido bajo la letra b) y el consignado bajo el apígrafe - c) estriba en que éste último prevé el caso en que, aun ha - biéndose celebrado la transmisión con arreglo a la notifica - ción y sin haber modificado los propósitos dados a conocer, el titular del tanteo no lo haya ejercitado; y aquél, el del apartado b), recoge el supuesto en que ~~no~~ no se haya ejerci - tado tampoco el tanteo, pero cuando la transmisión no se su - jeta en el precio o en las demás condiciones esenciales al - contenido de las declaraciones hechas en la notificación.

A nuestro juicio debía hacerse obligatoria la notifi - cación al inquilino o al arrendatario del propósito del arren - dador de transmitir la vivienda o el local de negocio que uno y otro ocupan, a la manera como obligatoria se hace la noti - ficación en el artículo 47 para el supuesto de traspaso; pero hecha la notificación, concedido al titular del arrendamiento un plazo determinado para ejercitar el tanteo y celebrada la transmisión conforme a lo notificado, debería cerrarse cual - quier otra posibilidad de ejercicio.

2. Lo más importante de esta cuestión que nos ocupa es precisar el tiempo en que puede válidamente ejercitarse el -

derecho de retraer, plazo que varía según los supuestos que han quedado establecidos y que recoge el citado art. 64 de la Ley. Establece en efecto el párrafo 5a de este precepto una distinción de los plazos en dos categorías: el de sesenta y el de quince días. En los casos a) y b) el plazo dentro del cual se puede ejercitar el derecho de retraer será de sesenta días; en el c) y cuando la transmisión se causare por título de dación o adjudicación en pago de deudas judicial o extrajudicialmente, de quince.

Entendemos falta de razón de ser la asimilación que se hace en este párrafo 5a de la transmisión hecha por aquella forma de pago con el supuesto que se recoge en el apartado c) y no comprendemos qué motivos pueden existir para conceder en el caso de adjudicación o dación en pago un plazo tan notablemente inferior al que se concede en el caso de la venta. La explicación que da cierto autor (Bellón, ob. cit. pág. 135) para el caso de dación o adjudicación en pago de deudas efectuadas particularmente no nos parece, dicho sea con los máximos respetos, muy acertada. Comenta tan ilustre tratadista la cuestión diciendo que este caso es bien similar al de no haber utilizado el tanteo, porque es en él "necesaria la previa notificación, según lo revela el texto del artículo anterior". Precisamente el art. 65 a que Bellón se refiere, al hablar de la notificación le hace en términos inequívocamente comprensivos de la venta y de la dación en pago, como bien se comprende con la mera lectura del texto, según el cual lo que se notifica es "la decisión de vender o ceder solutamente la vivienda o local de ne -

negocio arrendado, el precio ofrecido y las condiciones de la transmisión". A nosotros nos parece que no es posible la pretendida diferenciación. Sabido es que la dación en pago guarda cierta y gran semejanza con el contrato de compraventa, y aunque no existiese, que existe, esta semejanza, siendo un negocio jurídico causante del derecho de retracto, nos parece que no hay razón ninguna para establecer esta excepción. Ubi est eadem ratio, ibi est eadem dispositio legis, y cuando no hay motivo especial que aconseje la excepción no se debe hacer caprichosamente uso de ésta.

Concretando, tenemos que los plazos dentro de los cuales se puede ejercitar el derecho de retracto son los siguientes:

1a.- De sesenta días:

a) Cuando el arrendador no hubiere hecho al inquilino o al arrendatario la notificación a que se refiere el art. 63 de la Ley. Estamos en presencia del supuesto de falta absoluta de notificación, y creemos que a esta falta absoluta de notificación se debe equiparar la notificación defectuosa y la no hecha en forma auténtica.

b) Cuando a pesar de haberle hecho la mencionada notificación en forma auténtica el negocio de transmisión creador del retracto no se hubiese verificado por el mismo precio que el que se notificó o cuando fueren distintas las condiciones esenciales de la transmisión.

2a.- De quince días:

a) Cuando habiéndole hecho la notificación auténtica al inquilino o al arrendatario de local de negocio y celebrándose la transmisión por el mismo precio e idénticas condiciones que las notificadas, el titular del tanteo no hubiere utilizado éste.

b) Cuando la transmisión se haya producido por dación o adjudicación en pago de deudas judicial o extrajudicialmente (174).

A pesar de la redacción dada por el legislador al apartado a) del art. 64, según la cual puede entenderse que la notificación es obligatoria, ya que emplea para referirse a ella la palabra "exigida", vemos cómo no se impone al arrendador la obligación de notificar al inquilino la transmisión de la vivienda o al arrendatario la del local de negocio. La única sanción o consecuencia jurídica que se deriva de la falta de notificación es la de conceder al titular del derecho de retracto un plazo notablemente mayor para ejercitar su acción. No se sigue de su incumplimiento la nulidad del negocio jurídico celebrado, ni se impone al arrendador que no notifique la transmisión una sanción adecuada a esta omisión.

El legislador ha querido que se cumpla con el requisito de la notificación y por eso concede un plazo mayor en el caso de que ésta no se haya hecho, o cuando no se hayan respetado las condiciones en que el negocio jurídico de transmisión se proyectó o que se hacían constar en dicha notificación; pero se ha mostrado tímido, a pesar de

su arrojé en algunas ocasiones, al deducir las consecuencias que se derivan del incumplimiento de su obligación de notificar. Además, puede entenderse que el legislador concede este mayor plazo de sesenta días en atención a que en el otro supuesto el titular del derecho de retracto conocía al verificar la transmisión las condiciones en que ésta había de celebrarse.

El plazo de sesenta días y en su caso el de quince que concede la Ley es un término de caducidad, no de prescripción. Así lo ha entendido un gran número de sentencias de nuestro más Alto Tribunal, siquiera en otras y de pasada se haya hablado de prescripción de la acción para retraer o de prescripción del derecho de retracto.

Las diferencias que se derivan de considerarlo de una o de otra forma son extraordinariamente fecundas en la práctica.

La literatura que se ha producido en torno a las diferencias entre una y otra figura jurídica ha sido muy abundante y parece haber llegado ya a resultados definitivos y comúnmente aceptados por los autores, aunque alguna específica diferencia no se presente con caracteres bien definidos y no sea valedera para todos los supuestos posibles.-(175).

Entre otras que nos sirven para determinar que el término concedido al titular del derecho de retracto para ejercitar su acción es de caducidad y no de prescripción tenemos la nota fundamental de que viene fijado de antemano

per la Ley el tiempo durante el cual puede ser ejercitado útilmente por su titular el derecho de retracto.

Este carácter de caducidad e decadencia que conferimos al derecho de retraer ha sido confirmado por una serie - casi ininterrumpida de sentencias del Tribunal Supremo. De una manera expresa lo declaran así las de 7 de junio de 1945, de 9 de junio de 1950, y como muy significativa e importante una bien reciente, de 25 de septiembre de 1950, en la que se dice literalmente que el término para ejercitar el retracto - es, sin género de duda, de caducidad y no de prescripción de la acción (Vid. también las sentencias de 9 de enero, de 9 de mayo, de 3 de junio, de 16 de octubre y de 17 de noviembre del pasado año 1952 y la de 10 de abril de éste de 1953) (176).

Per tanto, no es susceptible de suspensión ni de interrupción y ha de tenerse en cuenta de oficio por los Tribunales el transcurso de los plazos (177).

4. Lo más importante, lo más difícil y acaso también per esto mismo lo que ha motivado más páginas y argumentos en la doctrina jurídica es el problema de determinar el momento en que estos plazos de caducidad empiecen a correr, es decir, el momento a partir del cual deben empezar a contarse los referidos plazos.

A este respecto el párrafo 5º del mismo art. 64 de la Ley ofrece una regla en parte semejante, en parte también distinta, a la que se encuentra en el art. 1524 del Código civil para empezar a contar los plazos señalados.

El párrafo a que aludimos está concebido en los siguientes concisos términos: "Los plazos se contarán desde que

fuere inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad y a falta de inscripción, desde que tuviere conocimiento de aquélla. Pero no se computará, por no ser inscribible la transmisión, aunque sí susceptible de anotarse preventivamente por defecto subsanable, mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare".

Problema éste de la determinación del momento a partir del cual se empieza a contar el plazo establecido, que está en entrañable conexión, aunque no es del todo idéntico, con el ya estudiado del nacimiento del derecho de retraer. - El derecho puede ya haber nacido y poder ejercitarse y sin embargo no contar el plazo para su ejercicio. Así, una cosa es la perfección del derecho y otra distinta el momento inicial del cómputo que se establece para el plazo de retraer.

Decíamos antes que la regla que nos ofrece el párrafo último del art. 64 de la Ley especial de arrendamientos urbanos es en parte idéntica a la que contiene el art. 1524 del Código civil. Establece en efecto este artículo que los nueve días dentro de los que puede ejercitarse el derecho de retracto legal se contarán "desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta" (178).

Tenemos, pues, que en el párrafo citado del art. 64 de la Ley nos encontramos con dos momentos distintos a partir de los cuales se empieza a contar el plazo para retraer, ya sea éste de sesenta días, ya de quince. Ahora bien, ¿cómo juegan los dos elementos establecidos en la Ley como determinantes del momento inicial?; ¿se debe entender que siempre que -

existe inscripción en el Registro, aunque con anterioridad a ella hubiese tenido conocimiento completo y perfecto de la transmisión el retrayente, se abre un nuevo plazo determinado por esta misma inscripción?

5. Otro problema que conviene precisar es el del carácter de los plazos; si se excluyen los días inhábiles o feriados, es decir, si es o no un término judicial; y la clase de computación, si se refiere a la civil o lo es de la clase de la llamada por la doctrina computación natural.
6. No siendo obligatorio hacer la mencionada notificación, como hemos visto, el tiempo en que debe empezar a contarse la acción de retracto viene determinado exclusivamente por dos momentos: el de la inscripción en el Registro y el del conocimiento perfecto y acabado de la transmisión efectuada, por el inquilino o por el arrendatario.

Pero estos dos momentos no se encuentran formando jerarquía e en orden de prelación, no son dos escalones que ocupen siempre entre sí el mismo lugar relativo. A falta de inscripción, cuando la inscripción no exista, "en defecto" de la inscripción, como dice el art. 1524 del Código civil, el plazo debe computarse desde que tuvo el posible retrayente conocimiento de la transmisión.

Pero esta falta de inscripción en el Registro debe entenderse no en el sentido de falta absoluta y permanente de ella, sino también en el supuesto de que el conocimiento de la transmisión haya sido anterior al tiempo de la inscripción. Así, pues, si después de haber tenido el retrayente co-

nocimiento cabal y exacto de la transmisión se inscribe ésta en el Registro de la Propiedad, no se abre otro nuevo plazo para retraer por el hecho de la inscripción.

Si existe inscripción y ésta es anterior al conocimiento que de la transmisión tuviera el retrayente, el plazo de sesenta días y en su caso el de quince empezará a contar desde el siguiente al en que la inscripción se hubiere causado. Si por el contrario la inscripción falta o el conocimiento es anterior a ella, el cómputo del plazo arranca desde el momento de aquél (179).

Hernández Gil hace una bien estudiada exposición de este criterio y se basa para mantener la solución apuntada en los siguientes argumentos que, por lo que se refiere a nuestro punto de vista, podemos agrupar de la siguiente forma:

1a).- que de no seguir esa tesis (que es la que recoge la sentencia de 19 de enero de 1948 objeto de este comentario), y no siendo en nuestro Derecho obligatoria la inscripción, la acción de retracto podría mantenerse viva durante un tiempo que, en principio, y en contra de fundamentales postulados jurídicos, podría ser interminable.

2a).- que si el párrafo 4a del art. 16 (de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935) se interpretara en el sentido de que, aun mediando un conocimiento extraregistraral, el retrayente pudiera ampararse en la necesidad del conocimiento registraral, se daría tal dimensión a los plazos del retracto que éste, en lugar de ser un derecho prefe-

rente a la adquisición se convertiría en una insistente limitación del derecho de propiedad, sometiéndole indefinidamente a la posibilidad de una revocación.

3a).- Que sostener que si el retrayente tenía conocimiento de la realidad extra-registral (en este caso, dice, - del anterior a la inscripción) pudiera, sin embargo, desconocerla a sabiendas y atenerse exclusivamente al contenido del Registro, equivaldría a proteger a quien procede de mala fé.

7. El criterio expuesto podría parecer aceptado por la declaración que contiene el último inciso del art. 64 que comentamos. Veámoslo: El inciso citado, después de haber establecido la norma analizada, dice: "Pero no se computará, por no ser inscribible la transmisión aunque si susceptible de anotarse preventivamente por defecto subsanable, mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare". ¿Qué sentido, qué alcance debemos dar al párrafo transcrito? ¿Supone que el cómputo a que se refiere la inscripción y el conocimiento estudiado está condicionado a la notificación por conducto notarial de la venta hecha al inquilino o arrendatario? ¿Supone un nuevo requisito para la inscripción? Es decir, ¿no es inscribible la transmisión mientras no sea notificada notarialmente al arrendatario? Nosotros entendemos que si la notificación es obligatoria y el cómputo se condiciona a ésta, el primer apartado del párrafo 5a del art. 64 de la Ley carece de todo significado, no tiene ningún valor, y este inciso supone una patente y evidente contradicción con el que le antecede. Basta-

ba con la notificación para empezar a computar el plazo, si esta notificación debe preceder necesariamente al término inicial, ya lo sea en el caso de inscripción, ya lo sea en el caso de conocimiento de la transmisión.

La mayor parte de los autores que se han ocupado de este problema entiende que la notificación es un presupuesto para que la inscripción pueda hacerse (180). De aquí se deriva que la transmisión no es inscribible, aunque sí susceptible de ser anotada preventivamente en el Registro, mientras no se haya hecho la notificación exigida por conducto notarial; y al no ser inscribible la transmisión, como el tiempo empieza a correr no desde el asiento de presentación sino desde la fecha de la inscripción en el correspondiente Libro de Inscripciones (181), mal puede empezar a contarse desde la inscripción si no existe la previa y obligada notificación.

Esta es la posición normalmente seguida y a la verdad es la solución a que arrastra casi ciegamente la letra del precepto. Pero esa solución conduciría a un absurdo jurídico, cual sería el de exigir la notificación auténtica hecha al beneficiado con el retracto y después de empezar a contar el plazo desde dos momentos posteriores: el de la inscripción y el del conocimiento de la venta; pues, efectuada aquélla como supuesto requisito de la inscripción, existía ya el conocimiento a que se alude en el segundo inciso.

Para obviar ese inconveniente, un prestigioso Registrador de la Propiedad ha propugnado una solución bien distinta en un reciente trabajo publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. José Mesquera, que es el autor de

este trabajo, interpreta las contradictorias declaraciones - del párrafo 5º del art. 64 en el sentido de hacer compatibles y viables los dos incisos de que el mencionado párrafo se compone, (182). Añierte que el inciso final "torturador" adquiere sentido jurídico si en él se entiende omitido el adverbio cuándo. Para llegar a la citada interpretación hay que entender, dice, redactado el citado precepto en los siguientes términos: Pero no se computará cuando no sea inscribible la transmisión, aunque sí susceptible de anotarse preventivamente por defecto subsanable, mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare. Para él, el final del artículo se refiere no a que la inscripción no pueda hacerse hasta que la notificación no sea hecha, sino al caso en que no sea inscribible la transmisión por cualquier otro defecto de carácter subsanable que origine una simple anotación, conforme recoge un Considerando de la sentencia de instancia que motiva su artículo. Si la inscripción no es posible por adolecer el título de algún defecto, claro es que no podrá contarse el plazo desde la inscripción y entonces parece que habrá de referirse la anotación a un presupuesto para que el elemento supletorio empiece a actuar.

El autor de este trabajo, en su muy laudable afán de llevar la interpretación a extremos menos embarazosos, ha coincidido con Hijas Palacios, quien ya en el año 1947 había dicho: Puede ocurrir que, presentada la transmisión al Registro de la Propiedad, no sea inscribible, aunque en el mismo se tome anotación preventiva; en este caso, no corre plazo alguno pre-

clusivo para el ejercicio de la acción de retracto; el plazo empezará entonces a correr el día siguiente al en que se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso o del local que ocupare (así debe entenderse, pese a la redacción legal) (183).

Creemos que la letra del precepto abena la primera solución presentada por la doctrina, así como también pensamos que es digna de encomio y aplauso la tentativa de resolver la antinomia por otros derroteros menos espinosos y por el camino de la lógica jurídica, aunque sea recurriendo al expediente de abandonar en lo aconsejable la letra del precepto, que nos conduce al absurdo.

La interpretación dada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en estos últimos tiempos al citado precepto es la de exigir de manera obligatoria la notificación al inquilino, y así una sentencia bien reciente por cierto, de 17 de enero del presente año 1953, declara que es indeclinable la obligación de hacer saber la proyectada venta al inquilino.

8. El conocimiento que de la transmisión ha de tener el retrayente ha de ser cabal, perfecto, suficiente para que de él se derive el momento inicial del cómputo para retraer. Así le ha establecido la jurisprudencia en reiterada y no contradictoria doctrina legal. (Véanse las sentencias de 21 de mayo de 1902, de 19 de noviembre de 1919, de 13 de diciembre de 1930, de 10 de junio de 1935, de 21 de diciembre de 1946, de 3 de febrero de 1947, de 19 de noviembre de 1948, de 9 de abril del mismo año 1948, de 5 de mayo de 1950, de 25 de marzo y 9 de mayo de 1952 y de 20 de abril de 1953). Este conocimiento -

tiene que ser alegado y probado por el que propone la demanda de retracto (sentencia de 21 de mayo de 1902); de acuerdo este con una doctrina legal según la cual es el demandado el que tiene que probar los hechos impositivos y los extintivos (entre otras, vid. sentencias de 30 de junio de 1942 y 19 de febrero de 1945).

9. El término para ejercitar el derecho de retracto ¿es un término judicial y en consecuencia se deben contar sólo los días hábiles? ¿O está compuesto de días naturales? (184).

El párrafo 2º del art. 1638 del Código civil declara con relación al retracto enfiteútico que deberá utilizarse dentro de los nueve días útiles, precepto éste que habrá de hacerse extensivo, dada la remisión integral que contiene la regla 6ª del art. 1656 del mismo Cuerpo legal, al retracto recíproco que asiste al cedente y al cesionario en la llamada rabassa morta o cesión de tierra para plantar viñas.

Pero el art. 1524 del mismo texto legal habla genéricamente de días, sin hacer deducción en su caso de los días inhábiles. La doctrina y la jurisprudencia han fijado este carácter determinando que se trata de días naturales (sentencias de 8 de marzo de 1904 y de 8 de abril de 1920); por lo tanto no es susceptible de prórroga ni ampliación alguna (185) Creemos que este criterio general de estimar naturales los días concedidos para ejercitar la acción de retracto, sin exclusión de los inhábiles, es el que debe seguirse en el ordenamiento legal de arrendamientos urbanos.

también del año 1952, por lo que estas normas generalmente - aplicables no deben ser objeto especial de nuestro análisis.

Una excepción a los plazos señalados en la Ley de - 31 de diciembre de 1946 se contiene en las normas referentes a la concesión de préstamos a inquilinos de viviendas cuya - renta no exceda de determinado límite; normas éstas que por la limitación específica impuesta por su misma condición alteran sólo determinados plazos.

La Ley de 15 de julio de 1952, que entró en vigor - el día 15 de septiembre del mismo año por mandato del Decreto-Ley de 4 de agosto, en su artículo 17, rectificado por - las Bases Españolas con fecha 19 del mismo mes y año, prescribe que la solicitud o petición de préstamos a que dicha Ley se refiere, debidamente registrada y certificada por la Entidad ante la cual se hubiera formulado, producirá el efecto de ampliar por un mes más los plazos de que tratan los - artículos 63 y 64 de la Ley de arrendamientos urbanos, plazo éste ampliado a cuatro meses por el art. 12 del Decreto-Ley de 28 de noviembre de 1952, con carácter transitorio, - según la redacción del mismo precepto.

CONSIGNACIÓN DEL PRECIO

(ELEMENTO FORMAL)

1. Dice el art. 64 de la Ley de arrendamientos urbanos - en su párrafo 1º que el ejercicio del derecho de retracto habrá de hacerse "con sujeción al art. 1518 del Código civil".

Es ésta una referencia que encontramos también en los demás retractos legales. Así, el art. 1525 del Código civil contiene una declaración general para este tipo de retractos y en su virtud en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los arts. 1511 y 1518; declaración ésta por otra parte necesaria, puesto que el art. 1518 se refiere al retracto - convencional. La misma remisión se advierte en el art. 16 de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935.

El art. 1518 del Código civil es de aplicación en todos los supuestos de retracto legal. Ahora bien, veamos qué es lo que ^{se} dispone en el citado artículo. "El vendedor, dice, no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar - al comprador el precio de la venta, y además:

1ª.- Los gastos del contrato y cualquier otro pago - legítimo hecho para la venta.

2ª.- Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida".

2. La obligación de reembolsar el precio de la transmisión y las demás cantidades que menciona el artículo transcrito no pueden tener un fundamento más fácil de descubrir. Los gastos legítimos hechos para la venta con inclusión de los del contrato y el precio que por la cosa se paga tienen que reembolsarse, porque cualquiera que sea el concepto que del retracto se tenga, el retrayente tiene que subrogarse ,

en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, - conforme al art. 1521 del Código civil; y ya se produzca con esa subrogación una subrogación en el sentido técnico, ya - una mera sustitución, como hemos visto que quiere Rianza, ya también el hacer el retrayente suya una venta ajena colocándose en las mismas condiciones que el comprador, es evidente que se precisa que el que pretende retraer abone estas cantidades para evitar un enriquecimiento injusto o para que el - retracto pueda tener lugar (vid. Sentencia de 10 de diciembre de 1940); y en cuanto a los gastos necesarios y útiles, - encontramos el fundamento de su reembolso en la calidad del poseedor de buena fe que tiene el adquirente, como muy bien ha observado Manresa (187).

El Tribunal Supremo ha dicho muy recientemente que - la consignación es un requisito procesal tendente a asegurar preventivamente el reintegro del precio y gastos al adquirente sustituido por el retracto, evitando el riesgo de la esterilidad del proceso. (Sentencia de 16 de octubre de - 1952).

3. Pero ¿cómo cumple el retrayente con las obligaciones que le impone el art. 1518 del Código civil? Como hemos visto, el retrayente tiene que reembolsar determinadas cantidades; sin reembolsarlas no podrá hacer uso del derecho - de retracto. ¿Quiere esto decir que tendrá que hacer un reembolso de todas estas cantidades, un reembolso efectivo y actual si quiere ejercitar el derecho de retraer? Así parece desprenderse de la dicción concreta del artículo 1518 del

Código civil. También puede parecer con arreglo a este precepto aislado que lo que no puede hacer el retrayente es adquirir la cosa que pretende retraer si antes no abona estas cantidades.

Pero este artículo del Código civil hay que ponerlo en relación con su correlativo en mandato de la Ley de enjuiciamiento civil, el art. 1618 de dicha Ley que regula y enumera los requisitos que deben cumplirse "para que pueda darse curso a las demandas de retracto".

Recogemos de todos estos requisitos que enumera el citado art. 1618 el que nos interesa a este propósito para estudiar la manera de hacer los reembolsos que se requieren. Y el número 2º del citado artículo 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil exige "que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea".

La significación que tienen todos los requisitos contenidos en el art. 1618 es tal que omitido alguno los Tribunales no deben dar curso a la demanda; y si estiman la acción, es procedente el recurso de casación. (Sentencia de 13 de noviembre de 1894).

Advertimos entre las exigencias del art. 1518 del Código civil para que pueda ejercitarse la acción de retracto y los requisitos que exige el art. 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil una notable diferencia. El Código civil exige el reembolso; la Ley de Enjuiciamiento civil exige la consignación; el art. 1518 del Código civil habla de diversas y determinadas cantidades y entre ellas, y como más importan -

te, del precio de la venta, el art. 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil sólo se refiere al precio, sin mencionar ninguna otra cantidad; el art. 1518 del Código civil parte del precio de la venta entendiéndolo como ya determinado y conocido, el art. 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil prevé el supuesto de que el precio no sea conocido y acude a remediar este inconveniente distinguiendo una y otra hipótesis: si el precio es conocido se precisa la consignación, si no lo es, basta con que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea (vid. Sentencias de 12 de junio de 1936, de 28 de febrero de 1950, de 16 de diciembre de 1952 y de 21 de febrero de 1953); se difiere la consignación, aunque después, cuando el precio sea conocido habrá que prestarla, y para garantizar el cumplimiento de esta obligación de consignar se exige que se dé fianza de hacerlo. Parece que de la comparación entre uno y otro artículo se desprende que aunque se deben reembolsar el precio y los gastos del contrato, los demás legítimos hechos para la venta y los necesarios y útiles hechos en la cosa que se pretende adquirir, sólo hay que consignar el precio de la venta (188).

Una sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1897 recoge esta forma de interpretar el art. 1518 del Código civil en relación con el 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil al decir que los artículos 1518 y 1525 del Código civil no exigen la consignación de los gastos de compra, ni de los hechos en la cosa, sino solamente su reembolso, lo cual implica que la consignación subsiste sólo en cuanto al precio sea arregle a la Ley de Enjuiciamiento ci-

vil y esto con tanto más motivo cuanto que sobre ser aquéllos ordinariamente desconocidos, ningún perjuicio puede resultar para el interesado de que se le abonen antes de ejecutar la sentencia en que se otorgue el retrato (vid. sentencia de 28 de noviembre de 1952).

Otra sentencia de 7 de noviembre de 1925 reconoció - que se cumple con los preceptos legales cuando se consigna - el precio de la venta y se hace la protesta de reembolsar los gastos a que se refiere el art. 1518 del Código civil; pero - la consignación ha de hacerse del precio total (sentencia de 22 de diciembre de 1952).

Más concretamente ha dicho el mismo Tribunal en una reciente sentencia que el art. 1518 del Código civil no exige la consignación previa de los gastos de compra ni de los hechos en la cosa antes de la demanda, sino sólo su reembolso - (sentencia de 13 de julio de 1945). Si bien otra más reciente de 3 de diciembre de 1946 declara cumplirse con la Ley reembolsando o consignando el precio de la venta conocido..... y otra cantidad racionalmente suficiente para atender a gastos y pases legítimos expresados en el citado artículo 1518. Esta última sentencia aunque parece requerir que se consigne - además del precio otra cantidad, no contiene esta exigencia, - pues se limita a declarar en el caso concreto bien ejercitado el derecho de retraer, ya que exigida la consignación del precio se cumple en efecto con esta obligación.

4. Esta consignación es indispensable para que se pueda dar curso a la demanda de retrato (sentencia de 28 de febrero de 1950), y aunque en el período de prueba se pretenda -

subsanan este defecto, por no ser pertinente tal subsanación (sentencia de 12 de noviembre de 1899); consignación que para ser válida, cuando el precio es conocido, deberá presentarse como la demanda dentro del término legal de caducidad de la acción (sentencia de 16 de octubre de 1952).

Para que se estime precedente el retracto no basta con ofrecer el reembolso, sino que hay que reembolsar o consignar en su caso, pues el ofrecimiento no puede equipararse al cobro que es lo que significa el reembolso como indispensable en todo acto en que se pretenda hacer uso del retracto (sentencias de 16 de octubre de 1906, de 13 de noviembre de 1906 y de 2 de diciembre de 1914); porque el reembolso se define como la acción de recobrar una cantidad el que la hubiere desembolsado o de devolver una suma al que la hubiese dado o prestado (sentencia de 24 de noviembre de 1944).

Sólo procede la promesa de consignar cuando efectivamente no se conoce el precio y así, si la venta ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad, y siendo el Registro público, no puede alegarse desconocimiento ni dejar de consignar (sentencia de 29 de noviembre de 1921).

El Tribunal no rechazará de oficio la demanda de retracto, si no se hace la consignación que exigen los artículos 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 1518 del Código civil, porque el demandado debe oponer la excepción de no haber cumplido el demandante con lo preceptuado en el artículo 1618 de la Ley de Enjuiciamiento, sin lo cual no puede estimarse tal infracción (Sentencia de 26 de febrero de 1926). Véase sin embargo lo que hemos dicho anteriormente a propósi-

to del carácter de los requisitos exigidos por el art. 1618 y la sentencia de 13 de noviembre de 1894.

5. También ha resuelto la jurisprudencia del Tribunal preme el problema que se plantea con respecto a si la consignación debe hacerse del precio verdadero y efectivo o si se cumple con hacerla de la cantidad que resulte de la escritura o que figure en el Registro de la Propiedad.

Creo que para plantear esta cuestión se deben distinguir los casos en que el retrayente tenga conocimiento del precio verdadero de la enajenación, aunque documentalmente conste otro en la escritura o en el Registro, de aquellos otros casos en que el que retrae no conozca el verdadero precio dado por la cosa y pretenda ejercitar el derecho de retracto con el conocimiento obtenido a través de esos otros conductos señalados. En el primer caso ha declarado el Tribunal Supremo que no puede prosperar la acción de retracto si el demandante consigna la cantidad que como precio de venta figura en la escritura de transmisión, a sabiendas de que esa cantidad no es el precio real de venta, sino otra superior (sentencia de 7 de julio de 1948).

Por el contrario, si el precio verdadero no es conocido debe consignarse el que aparezca en la escritura pública, en el documento privado o en el Registro de la Propiedad; y si en un documento privado aparece una cantidad, que se consignó, y en escrituras posteriores se alteró el precio, debe tenerse por bien hecha la consignación (sentencia de 2 de marzo de 1945).

El precio que el retrayente debe abonar por la cosa

independientemente de que se haya o no consignado en esa cuantía, es el precio que resulte cierto..., el que efectivamente fuere concertado, a menos que por una u otra circunstancia fuere advertida su fijación con fraude (sentencia de 11 de enero de 1943; véanse también las de 3 de julio de 1905, de 9 de abril de 1910 y la más reciente de 9 de marzo de 1945).

La consignación debe hacerse oportunamente, precisamente dentro del término para ejercitar el derecho de retracto, que por ser de caducidad no admite ni interrupción ni ampliación de ninguna clase (sentencias de 5 de mayo de 1950 y de 16 de octubre de 1952). Y según la sentencia de 5 de febrero de 1952, en el acto de conciliación es necesario que simultáneamente se consigne el precio, si fuere conocido, o se dé fianza de consignarlo luego que lo sea.

- 6.- Siendo uno de los modos de ejercitar el derecho de retracto el acto de conciliación, conforme ha reconocido repetida doctrina legal y veremos más adelante, se ha planteado la cuestión de si se precisa la consignación del importe de la compra al promover dicho acto, o es suficiente con que se haga la consignación al presentar la demanda. Tal problema ha sido ya resuelto por el mismo Tribunal Supremo, que ha determinado que hay que atenerse a lo que preceptúa el art. 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que exige el cumplimiento de la obligación de consignar para que pueda darse curso a las demandas de retracto....., ya que la Ley no exige el cumplimiento en otro momento (sentencia de 24 de septiembre de 1945); se exige para la demanda formalizada, no antes en la conciliación (sen -

tencia de 17 de diciembre de 1948); si bien, como ya hemos visto, la de 5 de febrero de 1952 exige que se consigne el precio simultáneamente al acto de conciliación o se dé fianza de consignarlo si no fuere conocido.

7. El conocimiento del precio de la transmisión y la consiguiente consignación que el retrayente ha de hacer se facilita notablemente en el régimen legal de arrendamientos urbanos con la notificación notarial. Cuando exista ésta el inquilino o arrendatario retrayente tendrá con ella conocimiento del precio de la transmisión y en consecuencia será ésta la cantidad que haya de consignar, sin que quepa alegar ignorancia del precio verdadero.

8. Como hemos visto, si no es conocido el precio verdadero por el retrayente, deberá dar fianza de consignarlo tan pronto como lo sea, según el nº 2º del art. 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La fianza, como dice muy bien García Rojo, puede ser de cualquiera de las clases admitidas en Derecho, ya que el juez tiene pleno arbitrio para decidir sobre el particular (189).

9. Además del reembolso del precio a que nos hemos referido, el art. 1518 del Código civil exige que el retrayente reembelase los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y los necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

Cualquier pago legítimo hecho para la venta debe ser reembelado en virtud de la subrogación que se opera con el ejercicio del derecho de retraer, según el art. 1521 del Cód-

digo civil; subrogación ésta que debe ser completa, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato. Por pago legítimo debe entenderse cualquiera hecho por prescripción de la Ley, costumbre o pacto (190). Como tales pagos legítimos deben considerarse el importe de la primera copia de la escritura, los que se causen con ocasión de la inscripción registral, el pago de derechos reales, los hechos a corredores de comercio si hubieren intervenido en la transmisión y... finalmente cualesquiera otros asimilados o asimilables a éstos.

Ya hemos visto cómo el retrayente, que tiene la obligación de abonarlos, de reembolsarlos, no tiene que hacer la consignación de estos gastos para ejercitar la acción de retracto.

10. En cuanto a los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, debemos distinguir los causados antes de la entrega de la cosa al comprador y aquellos otros que en ella efectuase éste después de haberle sido entregada. Los primeros vienen incluidos en el nº 1º del art. 1518 del Código civil en cuanto suponen un pago legítimo hecho para la venta.- Así se desprende, según la razonable advertencia hecha por Castán, de los arts. 1468, párrafo 2º, y 1536. Desde que se perfecciona el contrato de compraventa los frutos pertenecen al comprador (párrafo 2º del art. 1468; véase también el art. 1095 del Código civil); mas como el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación (art. 356 - del mismo Cuerpo legal), parece que si el comprador ha de -

abonarlos tendrá también derecho a que el retrayente le reembolse de ellos cuando ejercite su derecho.

Los gastos que el comprador haya hecho por sí en la cosa adquirida le son reembolsables por el que retrae, siempre que hayan sido necesarios o útiles (na 2a del art. 1518 del Código civil). Decíamos en páginas anteriores que el fundamento de estos reembolsos lo encontraba Manresa en el carácter de poseedor de buena fe que tiene el que ha adquirido la cosa por compra o dación en pago -léase cualquier otro título de los que hacen viable el retracto- y no en la consideración de evitar un enriquecimiento injusto. Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor (párrafo 1o del art. 453 del Código civil); los útiles, sólo al poseedor de buena fé (párrafo 2o. del mismo art. 453). Por tanto, al adquirente de la cosa le son abonables por el retrayente cuando ejercita su derecho de retraer tanto los gastos necesarios como los útiles hechos en esa misma cosa.

Sólo merecen el concepto de gastos necesarios y útiles los exigidos para la conservación o que redunden en provecho, comodidad o interés de la cosa vendida, según una sentencia que lleva fecha 3 de julio de 1912; si bien Goyena entendía que los gastos de simple conservación no deberían ser abonables por cuanto que constituyen cargas del goce de la cosa y corresponden a quien durante el tiempo en que se han hecho ha pertenecido el goce.

Los gastos ocasionados en litigio sostenido por el comprador contra el vendedor para obligarle a elevar a escritura pública el documento privado en que se hiciera constar

la venta, como extraños que son al retracto, no pueden comprenderse en el núm. 1.º del art. 1518 del Código civil, ni ser, por lo tanto, abenables por el retrayente (sentencia de 9 de febrero de 1916); criterio éste del Tribunal Supremo que puede ser impugnado con algún fundamento legal, ya que, como anteriormente hemos dicho, los gastos de la primera copia de la escritura pública serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario (art. 1455 del Código civil), de donde se deduce que la misma consideración debe merecer aquellos que se originen con ocasión de obtener la escritura (vid. arts. 1279 y 1280, núm. 1.º, del Código civil).

Estos gastos son reembolsables, pero, como ya hemos dicho con reiteración insistente y tiene declarado con profusión el Tribunal Supremo, el retrayente no tiene la obligación de consignarlos al tiempo de presentar la demanda.

-:-:-:-:-:-:-:-:-:-

FORMAS DE EJERCICIO
.....

DEL
.....

DERECHO DE RETRACTO
.....

Aunque no es nuestro propósito estudiar el aspecto procesal de los derechos de retracto, queremos señalar los modos como pueden ejercitarse.

Sen competentes para conocer de estas cuestiones los Jueces de primera instancia -vid. art. 160, apartado b) de la Ley especial- quienes habrán de acomodarse al procedimiento del Título XIX, Libro II (arts. 1618 a 1630 de la Ley de Enjuiciamiento civil), ajustándolo a lo prevenido en la Ley especial de arrendamientos urbanos (art. 166 de la Ley, 175 de la primitiva y originaria redacción). Pero lo que importa es delimitar las formas de su ejercicio.

1. No hace falta decir que una de las formas de ejercitar la acción de retracto es la interposición de la demanda (vid. arts. 1618, párrafo 1º, y 1621 de la Ley de Enjuiciamiento civil) acompañada de los documentos que se exigen en los arts. 503 y 504 de la misma Ley de Enjuiciamiento. Pero así como por regla general en la mayor parte de los juicios declarativos se debe intentar la conciliación antes de promoverlos (párrafo 1º del art. 460 de la misma Ley) y en otros se exceptúa la conciliación, o por mejor decir, la tentativa de conciliación (Véanse las excepciones que se señalan en el mismo art. 460 al principio general consignado), en el juicio de tanteo, de retracto y en cualquier otro en que sea urgente y perentorio el ejercicio de la acción por su misma naturaleza, no será necesario el acto de conciliación o el certificado de haberse intentado sin efecto, si hubiere de se -

guirse pleito (art. 461 de la misma Ley; vid. et. el art. 1622 también de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Como vemos, no es necesario intentar la conciliación para interponer la demanda de retracto, pero sí lo es para que el juez dé traslado de la demanda al comprador (véase el art. 1622 de la Ley de Enjuiciamiento civil), es decir, para que pueda seguirse el pleito.

2. Pero el art. 461 de dicha Ley de Enjuiciamiento es una norma permissiva, concede una facultad al retrayente, puede decirse que es una norma de derecho voluntario. A pesar de no ser necesario el acto de conciliación, puede preceder a la interposición de la demanda de retracto. La presentación de la certificación que requiere el art. 1622 citado puede ser de una conciliación intentada, anterior o posterior a la presentación de la demanda. Este razonamiento nos lleva a la conclusión de que también la conciliación es modo propicio para ejercitar el derecho de retracto.

El acto de conciliación es, pues, uno de los medios hábiles para ejercitar el derecho de retraer. Así lo tiene de manera expresa declarado el Tribunal Supremo en un gran número de sentencias conformes, como son la de 13 de junio de 1921 la de 4 de octubre de 1927, la de 21 de febrero de 1931, la de 12 de mayo de 1936, la de 30 de abril de 1940, las de 10 de marzo y 7 de junio de 1945, la de 27 de enero de 1950 y la muy reciente de 5 de febrero de 1952.

Algunas sentencias de nuestro Alto Tribunal han declarado que para que se tenga por ejercitado en forma el derecho

de retracto y produzca la conciliación la acción obstaculativa de la caducidad, ha de hacerse con ella la consignación del precio (sentencias de 12 de junio de 1936, de 10 de marzo de 1945, de 27 de enero de 1950 y de 5 de febrero de 1952) (191).

-:-:-:-:-:-:-:-:-:-

PROHIBICIÓN

QUE SE IMPONE AL RETRAYENTE

DE

TRANSMITIR EL PISO ADQUIRIDO.

1. (192). Dice el art. 65 de la Ley de arrendamientos urbanos que el retrayente o el que hubiere adquirido por derecho de tanteo no podrá transmitir per acto "inter vivos" - el piso adquirido hasta que hubieren transcurrido dos años desde la adquisición, salvo si acreditare haber venido a por fortuna. Es ésta una limitación a la adquisición que más o menos paladinamente estaba ya recogida en los números 4a, 5a y 6a del art. 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil para algunos retractos legales. La misma prohibición de enajenar se advierte en el art. 17 de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935. (Véase la ampliación de prohibiciones que contiene el citado art. 17 conforme a la redacción dada últimamente por la Ley de 16 de julio de 1949).

El art. 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil no contiene propiamente una obligación legal de disponer por cuanto que sólo impone al retrayente la obligación de contraer el compromiso -en el retracto gentilicio, ya desaparecido en nuestro Derecho común- de conservar la finca retraída (na 4a), de no vender la participación -si es comunero- del dominio que retraiga (na 5a); que contraiga el compromiso -si es enfiteútico- de no separar los dominios (na 6a) por un tiempo que para cada caso se determina en el mismo precepto. La imposibilidad de enajenar o transmitir nace directamente de la obligación contraída por el retrayente, si bien indirectamente tenga su origen en el precepto legal que exige el compromiso de conservar el derecho adquirido para que pueda darse curso a la demanda de retracto.

2. Pero esta obligación que contrae el retrayente tiene un correlativo derecho por parte del comprador vencido, quien en todo momento puede relevar a aquél del compromiso, "del gravamen expresado en los números 4a, 5a y 6a del art. 1618" (art. 1629 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Precisamente porque ^{su} obligación no nace directa e inmediatamente de la Ley es por lo que se ha de tomar razón en el Registro de la Propiedad del compromiso que se haya contraído, cuando sea firme la sentencia que declare haber lugar el retracto (véase el citado art. 1629).

3. El juego de la prohibición de enajenar en las modernas leyes de arrendamientos es completamente distinto al consignado. Ni hace falta que el que pretenda retraer contraiga el compromiso de enajenar (193), ni se precisa constancia de tal prohibición en el Registro de la propiedad para que produzca la plenitud de sus efectos, aún en contra de tercero de buena fe.

La prohibición de enajenar es en el caso del art. 17 de la Ley primordial de arrendamientos rústicos, como en el del art. 65 de la de arrendamientos urbanos, de origen inmediatamente legal, y no puede ser levantada por la voluntad del adquirente primitivo que fué vencido en su adquisición por el que retrajo (194).

Aunque el art. 166 de la Ley especial declare aplicable el juicio especial de retracto regulado en el Título XIX de la Ley de Enjuiciamiento civil, la norma que encierra el art. 1629 de este ordenamiento legal creemos que es inaplica-

ble al caso del retracto arrendaticio urbano, ya que la remisión que hace el mencionado artículo de la Ley se refiere expresamente sólo al procedimiento, a la forma de ordenar los actos procesales del juicio, a la mera tramitación....., pero no a las normas sustantivas que aunque sea fuera de lugar en aquélla pudieran encontrarse. A mayor abundamiento, el mismo párrafo 1º del art. 166 encargado de hacer la susodicha remisión se cuida de decir que la sustanciación del procedimiento se ajustará a lo prevenido en esta Ley especial, seguramente a toda la Ley especial y no, como también pudiera creerse, sólo a su aspecto adjetivo.

4. La prohibición de transmitir del art. 65 es menos amplia que la impuesta por el art. 17 de la Ley de 15 de marzo de 1935 de arrendamientos rústicos. El que retrae una finca rústica no podrá enajenarla ni arrendarla; el retrayente de un piso o de un local de negocio podrá arrendar, pero no podrá enajenar; la prohibición en el caso del art. 17 de la Ley de arrendamientos rústicos abarca a seis años a partir de la adquisición; la que impone el art. 65 de la Ley de arrendamientos urbanos, solamente a dos. Entendemos, por lo demás, que la expresión que uno y otro precepto utilizan es en todo equivalente: en nuestro caso concreto, tanto da decir transmitir como enajenar, si bien en general aquel término parece más comprensivo que éste por poder referirse a cualquier clase de derechos.

5. La prohibición de enajenar tiene su fundamento en el fin perseguido por el legislador al instituir el derecho de

retracto y precisamente para evitar que se retraiga con fines distintos a los queridos por la Ley (195). Por eso precisamente, para mejor poder conseguir esta finalidad legal, creemos que se debía exigir al retrayente, además de la ocupación efectiva del objeto de su derecho, que acreditase que no era propietario de ningún piso análogo en la misma población donde intenta retraer, como se exige a los retrayentes de vivienda con renta determinada que se acogan a los beneficios de la Ley sobre préstamos a los inquilinos para retraer, de 15 de julio de 1952. La finalidad que vimos perseguía el legislador al establecer los derechos de preferente adquisición se vería frustrada si se consintiese al adquirente por tanteo o retracto que enajenase el objeto de su adquisición dentro de un tiempo determinado (196).

Ello daría, dice muy bien Gasals, indudablemente margen a las más turbias especulaciones que la Ley... no puede - menos que prevenir (197).

6. La fijación del término durante el cual el retrayente no puede transmitir es en sí indiferente y queda siempre a la libre determinación del legislador.

Se prohíbe al adquirente transmitir por actos inter vivos, pero la limitación a esta clase de actos es, a juicio de Hijas (198) a todas luces innecesaria, por cuanto que es la única a que puede, a su modo de ver, referirse, ya que la mortis causa es una transmisión forzosa. Claro está que la prohibición no podía extenderse a las adquisiciones por sucesión, por lo que estamos de acuerdo en este punto con el citado au-

tor. Lo que no creemos y él afirma es que sea también innecesaria la transmisión de la obligación de conservar la cosa por el mismo tiempo, o mejor, por el tiempo que faltase para que los dos años transcurran completos. A su juicio, esta transmisión de la obligación de no enajenar estaba ya dispuesta con carácter general en el art. 661 del Código civil por no ser de las obligaciones impuestas en contemplación de las personas y no extinguirse por tanto a la muerte del retrayente.

Conforme al art. 661, en efecto, los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. Pero todos los derechos y obligaciones en los que hereda vienen determinados por el art. 659 del mismo Cuerpo legal, que señala y determina la composición de la herencia. La herencia no comprende las obligaciones que se extingan con la muerte de la persona. Precisamente el párrafo 2º del art. 65 de la Ley lo que quiere decir y dice es que la obligación de no transmitir no se extingue por la muerte del retrayente. Nos encontramos, pues, con una declaración legal que se precisa para saber si esa prohibición afecta o no al heredero o al legatario que de aquél traigan causa. Con arreglo a lo que el legislador quiso decir no es innecesaria la declaración referida; es más, creemos que ha hecho bien el legislador en consignarla desde su punto de vista. Lo que ya no aprobamos del legislador es precisamente el punto de vista adoptado. ¿qué es lo que quiere evitarse con la prohibición impuesta al arrendatario de transmitir el objeto de su adquisición por título de retracto? que el adquirente por re-

tracto no ejercite su derecho si no es con el móvil pretendido por la Ley y de ninguna manera con una finalidad lucrativa. Pues para conseguir este propósito era suficiente con que la prohibición afectase directa y personalmente al que retrajo. Advertiré que lo único que quiere la Ley con esta prohibición es impedir que con la intención de obtener un beneficio particular distinto al que puede suponer la adquisición se ejercite el derecho de retraer.

La Ley no distingue y donde la Ley no distingue no nos es lícito distinguir. Al adquirente a título de retracto le está prohibida la transmisión por cualquier título inter vivos, ya sea este título gratuito u oneroso. Cualquier título jurídico que se encamine a transferir el derecho de propiedad del titular a cualquier otra persona debe entenderse comprendido en la prohibición (199). Y no sólo la transmisión que se haga de todo lo adquirido, sino a la que se pretenda hacer de parte del local de negocio o vivienda adquiridos con el ejercicio del derecho de retracto.

8. Los dos años que dura la prohibición de enajenar se cuentan a partir del día siguiente a aquél en que se efectuó la adquisición de la propiedad por el retrayente o por el que ejercitó con fortuna el derecho de tanteo, por regir en este punto la regla general para computar los plazos (200).

9. El titular de una vivienda que haya conseguido la propiedad de la misma en virtud del ejercicio del derecho de retracto y acogiéndose a las concesiones de préstamos que regula la Ley de 15 de julio de 1952, según el art. 9º de dicha

Ley, no podrá enajenar o gravar el objeto de su adquisición, ni arrendarla o ceder en cualquier otro modo su uso en un - plazo de tres años, y transcurrido este plazo tampoco podrá hacerlo sin autorización escrita de la entidad prestamista. Esta misma prohibición y con este mismo alcance, referida - también a las mismas personas, se establece en el apartado c) de la norma 4ª de la Orden de 12 de agosto de 1952.

La autorización exigida para gravar, enajenar, arrendar o ceder en cualquier otro modo el objeto de su adquisición, al titular de la vivienda adquirida en las condiciones exigidas por la referida Ley de 1952 y transcurridos que hayan sido los tres primeros años de prohibición absoluta, nos parece francamente exagerada y sin ningún fundamento.

10. Pero el mismo precepto legal que impone la prohibición general señala también una excepción a esta prohibición. El adquirente no podrá transmitir, salvo si acreditare haber venido a peor fortuna.

Esta excepción, que no encontré acogida en la Ley de arrendamientos rústicos, es parecida aunque no del todo idéntica a la que en el nº 4º del art. 1618 de la Ley de Enjuiciamiento civil se recoge. En éste se dice que se debe conservar la finca retraida, a no ser que alguna desgracia hiciese venir a menos fortuna al retrayente y le obligare a la venta. En el supuesto que nos ocupa sólo se dice que acredite haber venido a peor fortuna. Aquí no se señalan los motivos por los que se ha llegado a la peor fortuna; en aquél parece que sólo pueden hacer valer la excepción los motivos extraordinarios que constituyan alguna desgracia. Pero este que parece exigir-

se de menos en nuestro caso viene compensado con una menor aparente exigencia para que pueda operar la excepción. En el caso del nº 4º del art. 1618 de la Ley de enjuiciamiento civil la llegada a menos fortuna tiene que ser de tal importancia que le obligue a la venta; en el art. 65 de la Ley de arrendamientos urbanos no hace falta, no parece hacer falta, que el retrayente pruebe que tiene necesidad de vender el piso adquirido. En cuanto a la carga de probar -el enus probandi- que el art. 65 impone al retrayente de haber venido a peor fortuna la entendemos implícita también en el art. 1618 (vid. en cuanto a la carga de la prueba se refiere el artículo 1214 del Código civil).

A mi juicio la cuestión más complicada que plantea el art. 65 en cuanto a la interpretación de su alcance se refiere es la de determinar lo que se entiende, lo que debe entenderse, por haber venido a peor fortuna (201). Falta por supuesto un criterio legal que sirva para precisar lo que haya de entenderse por peor fortuna (202). El término que utiliza la Ley es comparativo y por tanto resultado de una relación; relación de fortuna que ha de establecerse entre dos momentos distintos: el de la adquisición de la propiedad por el retrayente y aquél en se intenta celebrar la transmisión de lo adquirido en virtud del ejercicio del derecho de retracto. A una situación concreta y conocida de fortuna puede seguir otra inferior, notablemente inferior, y no estar sin embargo justificada la pretendida transmisión. La simple merma económica o una ligera disminución del patrimonio no son suficientes para que tenga lugar la excepción. García Royo cree -

imposible formular apriorísticamente normas para valorar la existencia de tal suceso (203). Bellón por su parte resuelve el problema acudiendo a una comparación con el tipo de propietario y las posibilidades de mantenerlo (204).

11. Creemos que lo mejor hubiera sido que la Ley hubiese exigido al retrayente una autorización judicial para transmitir, habida cuenta de la necesidad acreditada, en vez de exigir que el retrayente acredite haber venido a peor fortuna después de la transmisión para que ésta se declare procedente. Con esto se evitarían impugnaciones interesadas de la transmisión realizada y pleitos para resolver sobre la nulidad o no de transmisiones ya hechas.

12. Sabemos que la obligación de no enajenar se transmite al heredero o al legatario que sucediesen al retrayente en el piso adquirido. Es unánime la opinión de que también releva la venida a peor fortuna a quien sucede al retrayente de la obligación de no transmitir (205). Nos parece desde luego que no hay razón ninguna para privar de este beneficio al heredero o al legatario y aceptamos en consecuencia la solución apuntada. En apoyo de esta tesis se pueden alegar fundamentales razones de analogía que el art. 13 de la Ley ordena aplicar cuando la cuestión debatida no aparece expresamente prescrita en la misma, no obstante referirse a las materias que regula. Pero encontramos una trascendental dificultad de índole técnica: sabemos, ya lo hemos dicho, que la venida a peor fortuna es una cuestión comparativa, de relación

entre dos situaciones económicas que afectan a la misma persona; la venida a peer fortuna del heredero o del legatario ¿cómo habrá que establecerla? No comparativamente entre la situación económica al tiempo de la adquisición por el ejercicio de retracto y la que tenga cuando pretenda hacer la transmisión. Parece que la peer fortuna no puede producirse calculando también dicha adquisición.

13. No existe unanimidad doctrinal en cuanto a los efectos que pueda producir la transmisión del piso hecha no obstante la prohibición que estamos analizando.

Hijas Palacios en el trabajo citado, partiendo de que el art. 65 de la Ley recoge más que una auténtica prohibición legal un compromiso a contraer por el retrayente, cree que no se produce la nulidad radical. La distinción, dice, es utilísima a los efectos de las consecuencias. La contravención a una prohibición legal produce la nulidad radical a tenor del art. 4º del Código civil. La contravención de obligaciones contraídas, aunque vengan ordenadas por la Ley, produce en las recíprocas la resolución según el art. 1124 del Código civil.

La mayor parte de los comentaristas cree que la transmisión hecha, como efectuada en contra de lo dispuesto en la Ley, es nula de pleno derecho, con nulidad radical (206).

A nosotros no nos cabe ninguna duda de que la nulidad que se produce es absoluta y que puede por tanto ser impugnada por cualquiera que tenga interés en que la referida nulidad se declare. Esta nulidad radical no protege ni siquiera a quien inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad, aun cuando cumpla todos los requisitos que establece el art.

34 de la Ley Hipotecaria, puesto que no necesitan estar inscritas las prohibiciones de disponer o enajenar establecidas por la Ley que sin expresa declaración judicial o administrativa tengan plena eficacia jurídica (norma 1ª del art. 26, en relación con el párrafo 1º).

Con la transgresión de la prohibición se origina la nulidad del negocio consiguiente de transmisión, pero se produce también como sanción legal la resolución del mismo tanteo o retracto que ocasionaren la adquisición (207).

Bellón por el contrario cree posible que el adquirente del cual se retrajo pueda instar indemnización de perjuicios, pero no ve factible que ese mismo adquirente pretenda el piso del nuevo titular.

Aunque la Ley no diga los efectos que se siguen de la enajenación antes del vencimiento del plazo de dos años - creemos haber encontrado base legal suficiente para mantener la tesis de la resolución del retracto o del tanteo productores de la adquisición y de la adquisición misma. En primer lugar, salvo que la misma Ley ordene su validez, los actos ejecutados contra lo dispuesto en la misma son nulos (art. 4º del Código civil, párrafo 1º) (208). No cabe mayor infracción de la Ley que aquella que se comete no obstante una prohibición expresa. Pero si este principio general de nulidad de los actos ejecutados en contra de la Ley y que el profesor De Castro hace extensivo a todos los actos, no fuera suficiente, que a nuestro juicio lo es, nos queda todavía la muy poderosa y específica razón de analogía -paribus in casibus, paria jura desiderat- sacada del art. 1630 de la Ley de en -

juiciamiento civil que recoge un supuesto similar. El párrafo 2º de este precepto dispone que la enajenación que se hiere antes del vencimiento en los respectivos plazos, sin la conformidad del comprador vencido, será nula, quedando también sin efecto el retracto, si dicho comprador lo solicitare.

No hacen falta grandes esfuerzos dialécticos para trasladar esta solución legal al campo de nuestro estudio.

Este argumento además es de los llamados en Lógica a fortiori o con más razón, siendo como es la finalidad de la Ley de arrendamientos urbanos eminentemente social. La enajenación efectuada no obstante la prohibición legal actúa, pues, como una condición resolutoria de la adquisición efectuada por el retracto (209), y creemos que sin necesidad de que el comprador lo solicite.

Una sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo sanciona en efecto con la nulidad radical del art. 4º del Código civil la enajenación hecha mientras dure la restricción de no enajenar que impone la Ley a quien adquiere por retracto.

P R E F E R E N C I A
.....

E N T R E
.....

R E T R A Y E N T E S .
.....

1. (210).- Puede suceder que una sola transmisión de la propiedad origine más de un derecho de retraer. Si la finca está por ejemplo cedida en enfiteusis o si se enajena solamente una porción indivisa de la cosa o cuota parte de la propiedad, o si se cede un piso aislado y los demás del mismo edificio pertenecen a dueños distintos, en el caso de la llamada propiedad horizontal, nacen con la transmisión tantos derechos de retraer como relaciones jurídicas existan sobre la misma cosa, si éstas son aptas para engendrar tales derechos.

Es preciso en el supuesto de concurrencia de derechos de retracto nacidos del mismo título jurídico establecer normas con arreglo a las cuales se haya de resolver el conflicto. Sobre el mismo objeto existen o pueden existir varios derechos distintos correspondientes a diversos titulares. Si el ejercicio de estos derechos por sus respectivos titulares fuera compatible, la concurrencia de derechos no significaría incompatibilidad y cada uno se ejercitaría conforme a su naturaleza y con las limitaciones que la coexistencia de los demás le impusiera. Mas como los derechos de retracto tienen la misma naturaleza y tienden a un mismo fin -adquirir la propiedad-, como por otra parte son entre sí excluyentes e incompatibles y en consecuencia no son susceptibles de ejercicio simultáneo, se precisan ciertas reglas que resuelvan la competencia. Sabido es que la preferencia en los derechos reales se determina con relación al principio de prioridad (qui prior est in tempore potior est in jure). Pero en nuestro ca-

se concreto, habiendo nacido de una misma transmisión y en un mismo momento los distintos derechos posibles concurrentes e incompatibles, no se puede aplicar el señalado principio. Estamos, pues, en presencia de una verdadera y auténtica colisión de derechos (211), que se resuelve para cada caso aislado por una concreta disposición legal.

Esta función de resolución de incompatibilidades de los diferentes posibles retractos concurrentes es la que cumple el art. 66 de la Ley de arrendamientos urbanos, conforme al cual el tanteo y retracto que la misma Ley establece tendrán preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de condueño.

Una regla análoga a la establecida en el art. 66 citado es la que se contiene en el párrafo 5º del art. 16 de la Ley de arrendamientos rústicos. El párrafo 2º del artículo 1522 del Código civil más que un conflicto resuelve una mera cuestión, armonizando los iguales derechos de dos o más copropietarios que intentaren retraer. El párrafo 3º del art. 1523 resuelve también la concurrencia de retractos entre colindantes en un caso de verdadero conflicto. Análoga norma encierra el párrafo 2º del art. 1524 resolviendo la colisión entre condueños y colindantes. El art. 1067 parece hacer compatibles los derechos de todos los coherederos consintiendo un ejercicio conjunto (Véase también el art. 1642 del mismo Código civil).

Prescindiendo de la preferencia del retracto de colindantes que se establece en el art. 16 de la Ley de 16 de marzo de 1935 y que no tiene ni puede tener lugar en el de -

arrendamientos urbanos por su misma condición; prescindiendo también del retracto gentilicio donde rija por precepto feral que el citado art. 16 hace preferente al arrendamiento rústico, y ajustándonos exclusivamente al de comuneros, se advierte una diferencia entre el orden establecido en el párrafo 5º del art. 16 citado y el que se prescribe en el art. 66 de la Ley de arrendamientos urbanos: para que el retracto de comuneros sea preferente al del arrendatario de una finca rústica hace falta que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años; el art. 66 de la Ley de arrendamientos urbanos declara preferente al retracto del inquilino de vivienda y al del arrendatario del local de negocio el de comuneros, sin necesidad de permanencia ninguna en la copropiedad.

De todos los posibles derechos de tanteo y retracto que pueden estar en conflicto en el caso de arrendamientos urbanos, el art. 66 concede preferencia al arrendamiento, con la sola excepción del de condueño.

No cabe ninguna duda que la resolución de la colisión engendra una preferencia. Pero esta preferencia viene determinada por una serie de factores especialmente sociales y económicos. El legislador atiende a la finalidad perseguida por cada uno de los derechos de retracto y ordena entre sí una prelación con arreglo a la importancia y trascendencia de cada uno de ellos. El orden viene fijado por un escalonamiento de fines (212).

2. La Ley señala preferente el derecho del inquilino o del arrendatario de local de negocio sobre todos los demás -

derechos similares, con excepción del de condueño. Dos problemas graves plantea la redacción del art. 66: el determinar qué entiende por derecho similar con el fin de precisar cuáles son los que en la jerarquía que se forma están subordinados al retracto que la Ley crea, y el de fijar el alcance del derecho del condueño para saber cuáles son los que le son preferentes.

Por derecho similar hemos de conceptuar no solamente aquellos derechos de tanteo y de retracto que la Ley reconoce, sino también los que tienen su origen en la voluntad de los particulares conforme al art. 1507 del Código civil. Es decir que comprende la prelación no solamente a los demás retractos legales que puedan nacer con la transmisión del piso arrendado, sino también al retracto convencional (213). - Esta conclusión se deduce también, aparte de la interpretación extensiva de la terminología legal, del carácter social y necesario de la institución. Claro está, y no hace falta decirlo, que determinados retractos legales no concurrirán con el del arrendatario por razón de su propia naturaleza; - por ejemplo, el creado por la Ley de arrendamientos rústicos, el de colindantes, el que se concede en la regla 6ª del art. 1656 del Código civil al cedente y al cesionario de tierras para plantar viñas, etc.

Pero cualesquiera otros que nazcan con la transmisión, por ejemplo el enfiteútico, estarán subordinados al del arrendatario, con la única excepción del de condueño.

3. Pero la cuestión más espinosa a nuestro juicio es la de averiguar el alcance de la excepción. Expresa y exclusiva-

mente se refiere la Ley en su art.º 66 al retracto de comuneros. ¿A qué clase de retractos se refiere? ¿Sólo al del comunero ordinario que se regula en el art. 1522 del Código civil o también a otros que pueden ser considerados como especiales, como nacidos de particulares formas de copropiedad?

Porque si pasamos la atención por el articulado de nuestro primer Ordenamiento legal advertimos que, como posibles retractos nacidos de una especial manera de ser de la comunidad, se regulan también en el Código civil el de los propietarios de un edificio dividido por pisos -párrafo 5º del art. 396, conforme a la redacción dada a este precepto por la Ley de 26 de octubre de 1939- y el que se concede a todos o a cualquiera de los coherederos, en el supuesto de que alguno de ellos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición -art. 1067 del Código civil-.

4. En cuanto al derecho de retracto -damos por supuesto que el tanteo se convierte en retracto al ser incumplida la obligación de notificar formalmente a los demás propietarios del edificio y cuando la enajenación se realiza alterando el precio o las demás condiciones esenciales de la transmisión (214)- el derecho de retracto, repetimos, que otorga el párrafo 5º del art. 396 del Código civil, lo estimamos subordinado al retracto del inquilino o del arrendatario a pesar de haber sido construido y admitido por la doctrina y por la jurisprudencia en base a la comunidad existente entre todos los demás propietarios del edificio. (215).

Una sentencia de 6 de abril de 1946 ha entendido aplá-

cable también el derecho de retracto a esta especial forma de propiedad de casas por pisos, basándose en que es una forma particular del condominio, y aplicando el art. 1532 del Código civil. No desconocemos que está bien hecha la aplicación del retracto a favor de los demás propietarios del edificio cuando el dueño de uno de los pisos se decide a enajenarlo; pero lo creemos así, no por la especial manera de ser de la propiedad horizontal, sino porque concedido el tanteo debe entenderse también concedido el derecho de retracto. La palabra tanteo en nuestro Derecho comprende también genéricamente al retracto, porque uno y otro derecho tienen igual finalidad y porque el fin perseguido por aquél podría fácilmente eludirse por el obligado al aviso y quedaría sin eficacia la preferencia, conforme reconoció una importante sentencia de 22 de noviembre de 1901.

Si la jurisprudencia anterior a la nueva redacción del art. 396 del Código civil pudo entender aplicables las reglas de la comunidad de bienes a la propiedad horizontal y en consecuencia el derecho de retracto que la Ley concede a los condueños (sentencias de 17 de abril y de 8 de enero de 1912 y de 21 de febrero y 9 de noviembre de 1931), esta doctrina no parece sostenible después de la Ley de 26 de octubre de 1929. La redacción que esta Ley dió al art. 396 del Código civil está clara a nuestros fines..... Cada uno de los propietarios tiene un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de piso (párrafo 1º), si bien con algunas limitaciones que le impone la copropiedad indivisible - (párrafo 2º) en los elementos necesarios para su adecuado uso.

y disfrute; así, ningún propietario podrá variar esencialmente el destino o la estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los otros interesados (párrafo 7º). La copropiedad empero sólo se extiende a los elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, como son los que enumera detalladamente el mismo artículo al final de su párrafo 1º.

A juicio de Batlle sobre la casa entera no hay copropiedad; la copropiedad sólo afecta a ciertos elementos (216).

Lo principal no cabe duda que es la propiedad separada; lo accesorio, la comunidad, como muy bien observa Casado Pallarés (217).

La inclusión del art. 396 dentro del Título III del Libro II del Código civil y cuya rúbrica general es "De la comunidad de bienes", no puede alterar esta solución. Sin embargo, Serrano y Serrano, en el artículo de él citado no duda en atribuir la condición de condueño, para estos efectos, al propietario privativo de un piso, por estar, dice, el art. 396 situado en el título destinado a la "Comunidad de bienes" (218). La copropiedad que el art. 396 reconoce sobre los elementos comunes, si puede hacer aplicables algunas reglas de la copropiedad, no puede por su carácter accesorio arrastrar tras de sí aquellas consecuencias de la comunidad de bienes que pugnen con su particular naturaleza.

Digamos también que las excepciones se han de interpretar de manera restrictiva y que la Ley habla en singular de retracto de condueño, cuando muy bien pudo, si hubiera querido, referirse a las formas de copropiedad o en general de -

comunidad existentes en nuestro Derecho.

5. Otro tanto nos sucede con el derecho de retracto que el art. 1067 del Código civil otorga a los coherederos; pero hagamos la salvedad de que sólo se da la hipótesis que analizamos en el caso de que el edificio o el piso vendidos constituyan por sí todo el caudal hereditario. Si la propiedad transmitida forma parte del caudal hereditario, pero no absorbe toda la herencia, el heredero enajenará su cuota indivisa sobre todos los bienes que compongan el total patrimonio, y lo corriente será que dicha enajenación la realice por precio alzado sin especificación de la cantidad que haya de corresponder a la cuota que le pertenece en el piso o local.

La comunidad hereditaria tiene entre otras la nota de ser universal, como señala Fernando de la Cámara (219). Tiene por objeto, pues, una universalidad constituida por los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguieran por la muerte del causante (art. 659 del Código civil).

El que adquiere el derecho hereditario del heredero le sustituye en su posición de heredero y adquiere en consecuencia la misma cuota indivisa que al transmitente correspondiere en la herencia; no adquiere por tanto más que una posibilidad de que al hacer la partición hereditaria se le adjudique el piso que integraba el totum hereditario, pero no adquiere un derecho concreto sobre dicho piso, ni siquiera el derecho conjunto de la comunidad ordinaria particular. Creo que no se da en este supuesto ni siquiera nacimiento al derecho de retracto por el inquilino, en el caso de comunidad universal sobre todos los bienes de la herencia.

EL DERECHO DE RETRACTO

DEL ARRENDADOR

DE LOCAL DE NEGOCIO.

1. En los lugares oportunos de este trabajo ha ido quedando ya estudiado todo lo que hace referencia a lo que podríamos llamar parte general o principios generales de los retratos. Así vimos, al estudiar la naturaleza en particular de los retratos que concede la Ley de arrendamientos urbanos, cuál es la que corresponde a cada uno de los dos tipos que esta legislación crea. Estudiamos también el fundamento del que la Ley reconoce a los arrendadores y analizamos las particularidades que presenta el elemento personal activo de estos derechos y el objeto sobre que recaen.

Aunque no era nuestro originario propósito hacer el análisis de estos poderes especiales que la Ley de arrendamientos concede al arrendador, nos ha parecido, no solamente oportuno, sino muy aconsejable, dedicar un Capítulo al estudio de ellos; y esto así, porque no quedaría completo nuestro trabajo si no hiciéramos siquiera una breve referencia al retrato del arrendador. Claro está, que muchas cuestiones, siendo comunes a uno y a otro retrato y habiendo ya quedado expuestas, no serán objeto de nueva presentación, aunque no sea por otra consideración que la de evitar impertinentes repeticiones.

2. La Ley prohíbe, como vimos también en su momento, la cesión o traspaso de viviendas a título oneroso o gratuito (art. 33); pero permite el traspaso de los locales de negocio con existencias o sin ellas (vid. art. 44 y párrafo 1.º del art. 53 de la Ley). Y no sólo lo permite, sino que incluso -

lo impone al arrendador: el traspaso puede hacerse no obstante la negativa del arrendador, sin consentimiento del arrendador. El subarriendo en cambio exige siempre la autorización expresa y escrita del arrendador (art. 30). El traspaso sólo puede ser impugnado por el arrendador cuando no se hayan cumplido todos los requisitos que el art. 45 señala como necesarios.

3. De lo que acabamos de decir se desprende ya una consecuencia: el derecho de retracto que la Ley concede al arrendador sólo procede en los casos de traspaso de locales de negocio, no en los de viviendas, aunque como vimos, no obstante la prohibición, puedan más o menos directamente celebrarse en ciertos supuestos y en determinadas condiciones.

Para estudiar el derecho de retracto que en los casos de traspaso de locales de negocio otorga la Ley al arrendador, vamos a proceder con arreglo al mismo método que hemos seguido al exponer el del inquilino de vivienda y el del arrendatario de esos mismos locales de negocio.

1. SUJETO DE ESTE DERECHO.- No cabe a nuestro juicio ninguna duda de que el traspaso de un local de negocio puede ser realizado cualquiera que sea el sujeto arrendador. Y celebrándose éste creo que deben producirse todas las consecuencias jurídicas que origina su existencia y entre ellas, claro está, el nacimiento de los derechos de tanteo y de retracto.- Deducimos en consecuencia que éste y aquél nacen a favor del arrendador, sin que sea posible distinguir entre arrendador-propietario y arrendador-usufructuario o cualquier otra per-

sona que tenga un poder tal sobre la cosa que le consienta cederla en arrendamiento, como piensa Condomines, por ejemplo, del enfiteuta (220). No solamente porque donde la Ley no distingue....., sino también porque en el articulado de la Sección 2ª del Capítulo IV se emplea genéricamente la palabra arrendador con una insistencia y una reiteración harto elocuente en este sentido. Por lo demás creemos que no hay razón ninguna para someter a un régimen legal distinto arrendamientos del todo iguales y en los que sólo se manifiesta como distinta la cualidad anterior de la persona que otorgó el arriendo. Aunque la Ley emplease alguna vez, lo que no hace y bien pudo hacerlo, la expresión particular propietario, debería llegarse a la misma e idéntica solución.

Es evidente que estadísticamente son mucho más numerosos los arrendadores que son propietarios que los que no lo son. Sabido de todos es cuán poco frecuente es la enfiteusis sobre edificios, dado que fuese posible que el enfiteuta tuviera poder bastante para dar en arrendamiento (vid. arts. 1632, 1633 y 1635 del Código civil, que cita Condomines), como parece serlo. Por otra parte y aunque más frecuentes tampoco son muy numerosos los arrendamientos otorgados por los usufructuarios al amparo del art. 480 del Código civil.

De todas formas hemos adelantado ya la opinión de la pertinencia de los derechos de tanteo y de retracto en estos supuestos. A mayor abundamiento ofrecemos en defensa de nuestra postura el argumento siguiente: El derecho que al arrendador asiste de participar en el precio del traspaso si dentro del término hábil no hubiese ejercitado su derecho de tan-

teo o en su caso de retracto, se concede por la Ley sin distinción alguna; y es evidente que abarca a todos los posibles arrendadores. Creemos que siendo éste un derecho que no se puede ejercitar sino cuando no se hace uso del tanteo y del retracto, un derecho que podríamos llamar supletorio de estos dos, los derechos principales deben también tenerse por concedidos sin hacer distinciones.

Ya adelantábamos esta cuestión cuando estudiamos la naturaleza en especial del derecho de retracto que otorga la Ley de arrendamientos urbanos. Veíamos que a ello no obstan las razones técnicas de la adquisición que se produce con su ejercicio.

Ejercitado con fortuna el derecho de retracto por el arrendador propietario, todas las facultades susceptibles de recaer sobre la cosa objeto de su propiedad se concentran, con excepción de las servidumbres y de cualquier otro derecho que pudiera subsistir; mientras que ejercitado por cualquier otro arrendador que no sea propietario no se produce tal concentración de facultades en el dueño; las hay, sí, pero referidas al arrendador y sólo de aquellas que hubieran sido objeto de la cesión al tiempo de constituirse el arrendamiento.

Tampoco es óbice a esta solución la finalidad que se persigue con el retracto que nos ocupa, que, si por una parte se encamina a consolidar la propiedad reuniendo en manos del propietario todas las facultades integrantes del dominio, no es ésta la única ni siquiera la más importante razón de su establecimiento. Al estudiar el fundamento de esta especie de retracto legal veíamos cómo existen otras razones poderosas de justicia y de utilidad para explicarlo, razones de justicia

y de utilidad que no son ni muchísimo menos incompatibles con la amplia solución que hemos dado al problema de ceder, derar como investido con el derecho de retracto a cualquiera que sea la persona del arrendador y su cualidad.

2. La cuestión del sujeto plantea en este caso especial de retracto una modalidad; nos referimos al supuesto posible y previsto de que sean dos o más los arrendadores de un local de negocio. El art. 49 de la Ley da solución a este problema advirtiéndole que "los coarrendadores no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto individualmente; pero si alguno de ellos no deseara usarlos, se entenderá que renuncia en beneficio del coarrendador que quiera hacer uso de ellos". Solución ésta dada por el art. 49 que nos recuerda la reforma que introdujo, en el párrafo 6º del art. 16 de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, la Ley de 16 de julio de 1949.

Es parecida la regulación, pero no del todo idéntica. En uno y otro supuesto se aborda el problema de la pluralidad de personas en el arrendamiento. La de arrendamientos rústicos prevé el caso de la venta de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, mientras que el art. 49 de la Ley de arrendamientos urbanos nos orienta en el caso de pluralidad de arrendadores. Pero también existe otra diferencia en la forma como intervienen los distintos elementos personales: en el caso del párrafo 6º del art. 16 no existe propiamente concurrencia, ni muchísimo menos cotitularidad; se trata solamente de la presencia de varios arrendatarios con distintos y separados contratos, que son tales arrendatarios en una mis-

ma finca dividida en parcelas; hay división material y física en el total objeto de transmisión, y cada contrato tiene su objeto propio constituido por una porción dividida y separada de la finca. Todos los objetos de cada uno de los contratos integran el total objeto enajenado. Por el contrario, el art. 49 que estudiamos se refiere a un solo contrato de arrendamiento de un solo local de negocio en el que conjuntamente son arrendadores dos o más personas sin formar una unidad personal distinta de cada una de ellas (221); en él existe propiamente una verdadera cotitularidad, que puede nacer de una copropiedad o de cualquier otra forma de comunidad.

En uno y en otro caso se concede a todos los arrendadores en el supuesto de arrendamientos urbanos y a todos los arrendatarios en el caso de rústicos un derecho conjunto para ejercer el retracto. En uno y en otro caso también se prevé la hipótesis de que uno o alguno de los titulares no quiera - (en el caso del párrafo 6º del art. 16, también de que no pueda) ejercitar su derecho. Entonces se entiende que renuncia - en beneficio de los demás que quieran hacerlo.

Se establece aquí una especie de derecho de acrecer - entre los titulares de un mismo derecho, análogo al que regula el Código civil entre los coherederos (vid. arts. 981 a 987; el párrafo 2º del 637, el también párrafo 2º del 908 y el 922 todos del Código civil).

Se les impone una actuación conjunta: ninguno de los coarrendadores puede hacer use del retracto sin respetar el - igual derecho de todos los demás; y solamente cuando uno o algunos no desearan usarlo se consiente a los restantes actuar

con independencia de los demás, o se le permite también a uno solo individualmente.

Clare está que como muy bien observa Gendelines (222) el sentido de la frase que emplea el art. 49 no es de una gran claridad. En efecto, la Ley concede este derecho de actuación individual cuando alguno de los coarrendadores no deseara usar el tanteo y en su caso el retracto. Y entonces se entiende que renuncia en beneficio del que quiera hacer uso de ellos.

Entendemos que cabe hacer aquí una distinción entre renuncia y no ejercicio de un derecho, y que sólo procede la actuación aislada e individual de uno de los coarrendadores cuando los otros han renunciado al derecho de retraer. En el caso de abandono del ejercicio, o sea, cuando se deja pasar el tiempo que la Ley concede para ejercitar los derechos de tanteo y de retracto no cabe el supuesto legal, porque el tiempo corre para todos los titulares y la acción caduca o se extingue simultáneamente con relación a todos ellos.

La legitimación activa del retrayente se obtiene, pues, en estos casos acreditando que los demás cotitulares han renunciado al derecho conjunto que les asistía para retraer; - prueba que por otra parte podrá practicarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

Los efectos que se siguen de esta actuación aislada e individual son los de quedar extinguido el arrendamiento en la parte que afecta al coarrendador actuante (223).

1. OBJETO DEL DERECHO DE RETRACTO CONCEDIDO AL ARRENDADOR.
El objeto del derecho de retracto que se otorga al arrendador no viene identificado con el objeto del arrendamiento. El ob-

jeto del arrendamiento es el local de negocio, o por mejor decir, el local que se cede para establecer el negocio. El objeto del retracto del arrendador sin embargo no puede ser el local, que la mayor parte de las veces y de ordinario pertenecerá ya al arrendador.

El objeto viene determinado por las facultades cedidas al constituir el arrendamiento; lo que el arrendatario del local transmite, que no es más que el goce o uso de una cosa como se dice en el art. 1543 del Código civil, es lo que el arrendador adquiere con el ejercicio de su derecho de retracto (234). A esto, pues, se reduce su adquisición; a esto, por tanto, se reduce también el objeto del derecho de retracto que nos ocupa. Lo que el arrendador cede al crearse el arrendamiento es lo que adquiere al ejercitar con éxito su derecho de retracto; por eso el ejercicio del derecho de retracto es la forma de extinción del arrendamiento.

2. Pero puede ocurrir que el arrendatario al traspasar el local de negocio que ocupa venda también al que pretenda adquirir existencias, mercaderías, enseres e instalaciones de su propiedad que en el local existieren. El art. 53 de la Ley obliga al arrendatario a consignar separadamente el precio de traspaso del local y aquel que corresponda a los restantes bienes que se transmiten (párrafo 12).

En estos casos corresponde también al arrendador el derecho de retracto, pero referido exclusivamente al local de negocio sin mercaderías. En uno y en otro caso, como vemos, el objeto de la adquisición es el mismo: las facultades de goce y de uso que se ceden al constituir el arrendamiento.

E L T R A S P A S O

ES EL UNICO NEGOCIO JURÍDICO

QUE ORIGINA

EL RETRACTO DEL ARRENDADOR.

1. La Ley reconoce este derecho en el caso de traspaso y solamente en este supuesto procede la facultad de retraer.
Las condiciones en que debe efectuarse el traspaso y los requisitos que para él se exigen vienen determinados legalmente en el art. 45 de la tan repetida Ley de arrendamientos urbanos. Entre ellos el más interesante a nuestro propósito es el que se recoge en el apartado e) del citado art. 45, esto es, que se fije por el traspaso un precio cierto. La fijación de este precio facilita notablemente el estudio y la aplicación del retracto del arrendador.

2. Asimismo se impone al arrendatario la obligación de notificar fehacientemente al arrendador, o, en su defecto, a su apoderado, administrador y en último término al que materialmente cobre la renta, su decisión de traspasar y el precio convenido -apartado d)-. A partir de esta notificación y durante un tiempo de treinta días se concede al arrendador el derecho de tanteo (párrafo 1º del art. 47). Hasta que transcurra este plazo el arrendatario no podrá concertar el traspaso con un tercero (párrafo 2º del mismo art. 47), con lo que se asegura y garantiza el derecho del arrendador.

3. Pero este traspaso puede efectuarse ya con la entrega real y efectiva del precio fijado, ya también porque mediante ese precio le sea adjudicado el local a una tercera persona - para pago de deudas o en pago de deudas. Así el párrafo 2º del art. 48 preceptúa que también corresponderá este derecho de retracto al arrendador cuando el traspaso se hiciera por da -

ción o adjudicación judicial o extrajudicial en pago de deuda

-:-:-:-:-:-:-:-

P R O C E D E N C I A

D E L

D E R E C H O D E R E T R A C T O

Q U E C O R R E S P O N D E

A L A R R E N D A D O R

Nos parece más técnica y más razonable la forma como procede el legislador en este supuesto de retracto concedido al arrendador de local de negocio, que la regulación que hace de estos derechos en los concedidos al arrendatario (225) Concede una posibilidad al arrendador de utilizar el tanteo, y si la notificación que ordena el apartado d) del art. 45 - se efectúa y la transmisión o el traspaso se hace por el precio que se notificó, no vuelve a otorgar al arrendador ninguna nueva posibilidad de adquirir por el ejercicio de esta clase de derechos el local de negocio arrendado. El retracto como vimos, se otorga al arrendatario incluso cuando habiendo podido ejercitar el derecho de tanteo no hizo uso de él -vid. art. 64, letra c)-.

La manera de proceder del legislador nos parece muy correcta. Verificada la notificación fehaciente y pudiendo - hacer uso del tanteo en virtud de dicha notificación, no hay por qué otorgar una yuxtaposición de facultades y está a nuestro juicio bien negado el derecho de retraer.

1. Por eso la Ley procede con justicia y rigor lógico al reducir la concesión del retracto a estos supuestos que recoge el párrafo 1º del art. 48:

a)- Cuando el arrendatario no hubiese hecho al arrendador la preceptiva oferta.

b)- Cuando hubiere realizado el traspaso por precio inferior al que le notificó

c)- Cuando el traspaso del local se hiciera por dación o adjudicación judicial o extrajudicial en pago de deudas (párrafo 2º del mismo art. 48).

2. Es evidente que si no se quiere abandonar el derecho que confiere la Ley al arrendador a la voluntad e incluso a la mala fe del arrendatario que traspasa, debe hacerse la concesión de este derecho cuando falte la notificación, cuando no le hubiese hecho el arrendatario la preceptiva oferta, como dice el párrafo 1º del art. 48 en su primer inciso. - Consiguiente la Ley con su finalidad y su propósito no pudo negar al arrendador este derecho, por cuanto que con anterioridad no tuvo ocasión de hacer efectiva la adquisición del local ejercitando el derecho de tanteo, que nace precisamente el día siguiente al en que se le hiciese la notificación del propósito de traspasar.

Hecha la notificación de los propósitos del arrendatario de traspasar el local, del precio por que se proyecta hacer y de las demás condiciones esenciales de la transmisión, y concedida durante un mes al arrendatario la facultad de adquirir con el uso del tanteo, no se le atribuye el retracto; pero sí, cuando aquella oferta faltase y no hubiese tenido a su disposición la mencionada oportunidad de adquirir.

Piensa el comentarista Bellón que con poca frecuencia se producirá el retracto (226) basado en esta falta de notificación, y funda su creencia en la facultad que otorga el párrafo último del art. 45 al arrendador para "no reconocer el traspaso" cuando faltare alguno de los requisitos exigidos en el mismo artículo y entre ellos, claro está, el que

se recoge en el apartado d), o sea, la notificación de su decisión de traspasar y el precio convenido. De aquí deriva el ilustre Magistrado la facultad del arrendador "a no reconocer el traspaso y, consiguientemente, obtener la recuperación del local sin dispendio alguno". Estamos de acuerdo con su conclusión, pero no lo estamos con el argumento de que la deduce. No reconocer el traspaso significa tenerlo por no hecho, no concederle validez, no quedar obligado por él, etc. Pero una cosa es esto y otra, muy otra, deducir de esta misma facultad el derecho a resolver el contrato originario de arrendamiento. Pero es que este final del art. 45 hay que ponerlo necesariamente en relación con la causa 3ª del art. 149 que autoriza al arrendador para resolver el contrato de arrendamiento urbano por haberse realizado "el traspaso de local de negocio sin dar cumplimiento a los requisitos que para su eficacia exige el capítulo IV".

Claro está, que como antes advertimos, los resultados de la resolución se obtienen invocando esta causa 3ª del art. 149, y por tanto es evidente que al arrendador le asiste la facultad a que Bellón alude. Pero nosotros lo que decimos es que una cosa es la facultad de no reconocer el traspaso cuando no se hayan cumplido los requisitos exigidos en el art. 45, y otra la que puede hacer valer el arrendador de resolver el arrendamiento. Son dos facultades distintas que nacen del mismo hecho: de la realización del traspaso sin haber cumplido los requisitos que exige el art. 45. Así le ha entendido el Tribunal Supremo en sentencia de la de julio de 1952, en la que se lee literalmente: "Que al derecho del arrendador a re-

resolver el contrato por tal causa no se abre el de retracto que, con opción entre ambos, porque a ninguno da preferencia, concede también al arrendador a falta de la preceptiva oferta, el art. 48, siendo el arrendador el único que, por ser el favorecido con ambos derechos, puede, atendiendo a su interés, decidir la opción y no el arrendatario oponer el de retracto, del que no es titular, al de resolución ejercitado por aquél".

Es más, observemos que el art. 47 empieza diciendo al conceder el tanteo: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores....."; se desprende que, aun defectuoso, - el traspaso puede originar el tanteo y en su caso el derecho de retraer.

Y el art. 50 se expresa en los siguientes términos: "El arrendador que no hubiere ejercitado su derecho de tanteo o de retracto dentro de los treinta días hábiles señalados en los artículos anteriores sobre el local de negocio traspasado, podrá reclamar del arrendatario la participación en el precio....." Nacidos el tanteo y el retracto y no ejercitados, podrá el arrendador reclamar la participación en el precio.

¿Qué se desprende de lo que llevamos dicho? Pues se desprende que el arrendador en el supuesto de traspaso incompleto o defectuoso puede hacer uso de las facultades siguientes: a). No reconocer el traspaso, impugnarlo, tenerlo por no hecho, anularlo.....; b). Resolver el contrato de arrendamiento, o por mejor decir, instar su resolución; c). Ejercitar los derechos de preferente adquisición del local arrendado; y d). Participar en el precio de traspaso, según

le convenido entre arrendador y arrendatario, o en su defecto según los tantos por ciento que se fijan en el párrafo 2º del art. 50. Estas facultades no son conjuntas, claro está, sino alternativas, se excluyen entre sí y..... ejercitada - una no puede usarse ninguna de las demás; se puede elegir - cualquiera de ellas, pero elegida ya no puede ejercitarse - otra. (Vid. sobre este problema, aunque con distinta solución, Hoyo de Villameriel y Revira Mola, en Rev. de Derecho Privado de 1950 y 1951, respectivamente, citados en la Bibliografía).

3. En otro supuesto de retracto que recoge el art. 48, también párrafo 1º, y antes transcrito por nosotros bajo el epígrafe b), tiene una idéntica justificación. En este caso, el arrendador tuvo conocimiento del propósito del arrendatario, sabía que se proyectaba el traspase, tuvo conocimiento de él porque el mismo arrendatario le hizo la obligada oferta; pudo también consiguientemente ejercitar el tanteo, y sin embargo se le hace también atribución del derecho de retracto. ¿Supone esta regulación una duplicidad de idénticas facultades, una yuxtaposición de derechos, una solución que contraría la técnica misma de estas dos posibilidades de ejercicio? No, no existe yuxtaposición de facultades idénticas, porque para que se diese esta duplicidad sería preciso que el contenido de los derechos concedidos fuese absolutamente igual. En este supuesto, sin embargo, pudo ejercitarse el tanteo y después se puede ejercitar también el retracto de contenido diferente. Precisamente la Ley concede en este caso el derecho de retraer por no haberse realizado el tras-

paso por el precio notificado, por haberse "realizado el traspaso por precio inferior al que le notificó" el arrendatario; no si se realizase por precio superior al que se notificó, - porque entonces pudo ejercitar el arrendador su derecho de tanteo por precio inferior, es decir, en condiciones más ventajosas.

Pero la Ley en el art. 45 ordena al arrendatario hacer dos notificaciones al arrendador: la consignada en el apartado d), esto es, la notificación de "su decisión de traspasar y el precio convenido", y la exigida en el apartado f), es decir, la notificación de "la realización del traspaso, el precio percibido, el nombre y domicilio del adquirente y que éste ha contraído la obligación establecida en el párrafo b)", la obligación de permanecer en el local sin traspasarlo, en plazo mínimo de un año, y destinarlo durante este tiempo, por lo menos, a negocio de la misma clase que el ejercido por el arrendatario. Pues bien, siendo dos las notificaciones realizadas ¿a cuál de las dos se refiere el párrafo 2º del art. 48 que examinamos? La comparación debe hacerse entre el precio notificado como ofrecido y el que realmente haya sido objeto de la transmisión, del traspaso, precisamente por las consideraciones que hemos hecho anteriormente (227).

Puede existir también desigualdad en cuanto al precio notificado del traspaso y el verdadero, el precio efectivo de la adquisición; pero esta diferencia opera en un momento posterior, opera al tiempo de hacer el reembolso del mismo precio, o antes, en todo caso, en la consignación para ejercitar el retracto, pero en forma alguna es condición que determine

la concesión del derecho de retraer.

El párrafo 1.º del art. 48 en su inciso final, concede el derecho de retracto al arrendador sólo cuando el traspaso se hubiese realizado por precio inferior al notificado. Habla solamente del precio y no se refiere a las demás condiciones esenciales en que se haya concertado el traspaso, como lo hace el apartado b) del art. 64. ¿Se debe entender que que cambien las condiciones esenciales del traspaso, aunque unas sean las notificadas, las hechas saber al arrendador, y otras las efectivas no se podrá retraer si se celebra el traspaso por el mismo precio que se notificó? No obstante la estrecha redacción legal nos parece viable la contestación afirmativa; no solamente viable, sino imperativa, obligatoria. Se debe entender omitida, elíptica, la dicción del art. 64, porque como apunta García Royo, también esas condiciones forman parte del precio. Claro es que esta alteración de las condiciones proyectadas ha de ser relevante, de cierta importancia; ha de ser tal la diferencia entre unas y otras que pueda racionalmente entenderse que quien no ejercitó su derecho de tanteo en las condiciones proyectadas, pudo muy bien haber decidido su voluntad de adquirir si hubiese conocido aquéllas por las que el traspaso se realizó.

4. El párrafo 2.º del art. 48 dice que "este derecho -el de retracto- lo tendrá igualmente el arrendador cuando el traspaso del local se hiciera por dación o adjudicación judicial o extrajudicial en pago de deudas". No opera este precepto en las demás adjudicaciones, por ejemplo, en las que se hicieran con motivo de una partición de herencia, opera sola-

mente en las adjudicaciones en pago de deudas, ya lo sean judicial o extrajudicialmente realizadas.

Estudiadas cuando hicimos el análisis del derecho de retracto del arrendatario las características de estas figuras jurídicas, el único problema que plantea el supuesto de adjudicación en pago de deudas es el de averiguar si en ciertos casos en que se haya concedido la posibilidad de tanteo, se vuelve a otorgar también y sin embargo el derecho de retraer. La amplitud con que se concibe este derecho en el párrafo 2º del art. 48 de la Ley nos inclina a la solución afirmativa; en los casos de adjudicación en pago de deudas el arrendador tendrá igualmente este derecho de retraer; esto se desprende de la dicción literal, puramente gramatical del precepto. A pesar de esto pensamos que también en este caso, sobre todo en el caso de adjudicación extrajudicial en pago de deudas, pudo hacer el arrendatario al arrendador la oferta del traspaso. ¿Pudo ejercitar entonces el arrendador su derecho de tanteo? Creemos que sí; el precio en este supuesto vendría confundido con la cuantía líquida de la deuda que con la adjudicación se tratase de cumplir; y entonces, no obstante haber podido ejercitar el derecho de tanteo, ¿podrá el arrendador retraer después aunque se hayan respetado las condiciones de la notificación? Creemos que no. Por lo demás y si el arrendatario no hizo al arrendador la oferta, juegan de lleno estas transmisiones como generatrices del derecho de retracto.

CUANDO PUEDE EJERCITAR
.....

EL ARRENDADOR
.....

SU DERECHO DE RETRACTO.
.....

1. Con más precisión, sencillez y claridad que las utilizadas por el art. 64 al regular esta cuestión con respecto al derecho del inquilino y del arrendatario de local de negocio y que ya estudiamos, aborda el párrafo último del art. 48 de la Ley este punto por lo que al derecho de retracto atribuido al arrendador concierne.

Determina este artículo un plazo único para ejercitar el arrendador su derecho de retraer y fija el plazo en treinta días en el párrafo último de su apartado 1.º "Dentro de los treinta días siguientes a contar de aquél en que le fuere notificada por el arrendatario la realización del traspaso";- precisamente dentro de este término habrá de ejercitar el arrendador su acción de retraer.

Así, pues, el plazo de treinta días que concede la Ley al arrendador para ejercitar su derecho de retracto es el mismo para todos los supuestos en que este derecho le es concedido.

2. También este término de treinta días para retraer es de caducidad, como es de caducidad el que se concede al inquilino y al arrendatario de local de negocio y por las mismas e idénticas razones, ya estudiadas en su lugar oportuno. (228).

3. Hay que estudiar ahora el momento o momentos en que debe empezar a contarse el plazo de treinta días que dura la acción de retracto. Bien sencilla es también la regulación que el mismo párrafo último del art. 48 de la Ley hace de es-

ta cuestión relativa al cómputo de los treinta días.

Señala la Ley dos momentos iniciales del plazo para ejercitar el retracto, dos momentos que se determinan con arreglo a dos supuestos distintos de hecho; distingue el caso en que se haya hecho la notificación de la realización del traspaso que ordena el ya citado párrafo f) del art. 45, de aquél otro en que no se haya hecho la mencionada notificación.

En el primer caso, el plazo de treinta días se empezará a contar a partir de aquél en que fuere notificada al arrendador la realización del traspaso; a pesar de la indicación que en este sentido contiene la Ley, creemos que se debe empezar a contar dicho plazo según la regla general, esto es, desde el día siguiente a aquél en que se hubiere hecho la notificación.

Esta notificación debe ser detallada y completa en cuanto a las condiciones esenciales del traspaso, el precio señalado por él, forma de pago convenida, garantías que se establezcan, etc.

Si la notificación es incompleta o defectuosa, si se limita por ejemplo a hacer saber el propósito de traspasar sin más, habrá que asimilarla a la falta de notificación.

En el caso de que no se haya hecho la notificación a que se refiere el mencionado párrafo f) del art. 45, el plazo de treinta días se empezará a contar desde que el arrendador tenga conocimiento de la transmisión y de sus condiciones esenciales. Obsérvese la adición que en este artículo 48 se hace in fine al conocimiento de la transmisión: el re-

trayente ha de conocer algo más que la mera transmisión, que el hecho de la transmisión, ha de conocer las condiciones esenciales en que se ha llevado a efecto. Esto no quiere decir más de lo que nosotros con insistencia hemos hecho resaltar: que el conocimiento de la transmisión ha de ser completo, detallado, perfecto, cabal, exacte.....

4. Pero conviene que nos refiramos al supuesto que nos presenta el autor García Royo y que se puede en efecto presentar en la práctica. Si el arrendador obtiene conocimiento cabal, exacto, íntegro de la realización del traspaso antes de que se le haya hecho saber dicha realización, el precio recibido y las demás circunstancias que se señalan en el apartado f) del art. 45 de la Ley, y después conoce la transmisión porque le haya sido hecha la notificación exigida, ¿desde cuándo se empieza a contar el tiempo para retraer, el plazo de treinta días en que puede ejercitarse el retracto? El problema adquiere más realidad porque el párrafo f) del art. 45 manda hacer la notificación de la transmisión, pero la manda hacer dentro de los ocho días siguientes al otorgamiento de la escritura, y durante ese intervalo no puede decirse que falte la notificación, no estamos en el supuesto que prevé el párrafo final del art. 48, que tiene en cuenta el conocimiento de la transmisión "si la notificación no le hubiere sido hecha". Mientras la notificación pueda legalmente hacerse no puede decirse que falta en absoluto.

García Royo cree que teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el párrafo final del art. 48, a meno

dice, de aceptar que sus ordenamientos lleven implícita la facultad de enervar los mandatos que formulan; y a menos también de proteger indebidamente al arrendatario infractor de uno de estos mandatos..... es evidente que el aludido "conocimiento" anterior a la terminación del plazo fijado para efectuar la notificación, no puede servir como iniciador del de retraer, cuando menos hasta que aquí transcurra (229).

Nos parecen muy razonables los argumentos de García Royo, aunque no se pueda decir que el arrendatario infringe el deber de notificar mientras no haya transcurrido por completo el plazo de ocho días que se le concede para cumplirlos.

También puede admitirse que el plazo se empieza a contar desde que el arrendador tuvo conocimiento de la transmisión antes de que ésta le haya sido notificada. Hallaríamos argumentos en este sentido en la finalidad misma de la notificación y en la concesión de un plazo para retraer. ¿Qué es lo que quiso el legislador, qué es lo que pretendió al exigir que se haga la notificación al arrendador de haberse realizado el traspaso? Precisamente que tenga conocimiento de la existencia del traspaso y de las condiciones en que se ha concertado. Creo yo por esto que la finalidad de la Ley se cumple con este conocimiento, que habría en todo caso de probar el demandado.

Lo que no creemos es que deba suponerse que el arrendador tuvo o pudo tener conocimiento de la transmisión desde el otorgamiento de la escritura pública, como pretenden Gallardo y Reyes (230).

Exige en efecto el art. 45 en su apartado e), como -

uno de los requisitos del traspaso, que se haga éste por escritura pública; necesariamente ha de hacerse en escritura pública; pero esta circunstancia no creo que traslade la carga de la prueba al arrendador: el que tiene que alegar y probar que el arrendador tuvo conocimiento de la transmisión con anterioridad al momento que él señala como inicial del término para retraer es el demandado, porque el conocimiento anterior puede suponer por el transcurso del tiempo un hecho extintivo de la acción o del derecho, según queramos, de retracto (véase el art. 1214 del Código civil).

5. La Ley supone que en los casos de dación o adjudicación en pago no se hace la notificación del traspaso, acaso porque son negocios jurídicos distintos el traspaso puro y simple y la adjudicación en pago que opera también el traspaso. Por eso se equipara en el mismo art. 48, párrafo último, a los efectos del cómputo del plazo, la falta de notificación con los supuestos de adjudicación en pago de deudas. Según el párrafo indicado, pues, "en los casos de dación o adjudicación en pago" habrá de contarse el plazo para retraer "desde que tenga" el arrendador "conocimiento de la transmisión y de sus condiciones esenciales". El mandato legal está en este sentido bien claro y no necesita de ningún comentario.

CUMPLIMIENTO

DEL ARTICULO 1.518

DEL CÓDIGO CIVIL

Para evitar enojosas e innecesarias repeticiones, -
tégase por reproducido aquí cuanto dijimos a este respec -
to bajo el título CONSIGNACION DEL PRECIO (ELEMENTO FORMAL),
al estudiar los derechos de retrasto que corresponden al -
inquilino de vivienda y al arrendatario de local de negocio.

-:-:-:-:-:-:-:-:-:-

O B L I G A C I Ó N

D E E J E R C E R I N D U S T R I A O C O M E R C I O

P O R E L P L A Z O M I N I M O D E U N A Ñ O

1. El art. 52 de la Ley especial de arrendamientos urbanos impone al arrendador que haya adquirido a virtud de los derechos de tanteo o retracto la obligación de ejercer industria o comercio, precisamente en el local adquirido, por el plazo mínimo de un año. Esta obligación viene impuesta de una forma indirecta por el citado precepto; lo que en él se dice es que su adquisición "quedará sometida a la condición de que ejerza industria o comercio". Claro es, que la obligación impuesta no es una obligación propiamente dicha: no se le puede constreñir a que ejerza precisamente esa misma actividad; es decir, no se puede exigir al deudor, en este caso al arrendador, un comportamiento determinado a la manera como puede exigírsele en las obligaciones de hacer; en las obligaciones de hacer, si el obligado no hiciere se mandará ejecutar a su costa (art. 1098, párrafo 1º, del Código civil), sin perjuicio de quedar sujeto a la indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 del Código civil).

En este supuesto en cambio, la consecuencia única que se sigue de su incumplimiento es el de la resolución de la adquisición efectuada con el ejercicio del derecho de tanteo o en su caso de retracto. Así es que más que una propia obligación impuesta al arrendador tiene el carácter de una carga, si aceptamos la terminología de Goláchmidt (231); la carga, dice este ilustre y conocido procesalista alemán, se impone en beneficio del propio cargado, mientras que la obligación se orienta a otorgar un beneficio a quien tenga la facultad de exigir su cumplimiento. El arrendador tiene que ejercer industria o comercio durante el tiempo mínimo de un año, pero

si no los ejerce se expone a las consecuencias perniciosas de su inactividad.

Se trata de una condición resolutoria, una condición resolutoria per otra parte potestativa: si deja de ejercer industria o comercio el arrendador en el local adquirido, su adquisición se resuelve. No es que se produzca la resolución "ope legis", sino que la Ley concede la facultad de instar dicha resolución; por consiguiente habrá de pedirse y habrá de ser declarada por los Tribunales.

2. Pero ¿qué es lo que ha de hacer, la actividad que haya de desarrollar el arrendador que haya adquirido para conservar su adquisición? La Ley habla de ejercer en el mismo local industria o comercio por el plazo mínimo de un año. - ¿A qué clase de industria o de comercio se refiere la Ley? Bellón (232) y Condomines (233) creen, a nuestro juicio con gran fundamento, que el adquirente cumple con ejercer cualquier clase de industria o comercio; mas García Royo piensa que aunque la Ley no lo diga se refiere a la industria o al comercio que el arrendatario viniera ejerciendo antes de efectuar el traspaso (234).

No olvidamos que si el arrendador adquirente puede ejercer industria o comercio de clase distinta a la que existía con anterioridad al traspaso en el local, su posición es de mejor condición que la del tercero adquirente en cuyo lugar se subrogó al ejercitar el retracto; precisamente al adquirente por traspaso se le obliga "a permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de otro año, y destinarlo durante este tiempo, por lo menos, a negocio de la misma -

clase que el ejercido por el arrendatario". La subrogación no parece operarse completa, si uno pueda hacer una cosa -alterar la clase de industria o comercio en explotación- y el otro no. Con este argumento parece imponerse la equiparación de uno y otro adquirente en cuanto a sus derechos y en cuanto a las cargas de su adquisición; pero de ninguna manera se desprende la solución que deduce García Royo del artículo en que se contiene la condición analizada.

Estamos más de acuerdo con la tesis de Bellón y de Condomines según la cual se cumple con la exigencia legal permaneciendo en el local ^y ejerciendo cualquier clase de industria o de negocio durante el tiempo prescrito de un año. Además de que el precepto legal está claro en este sentido, creemos que las prohibiciones legales hay que interpretarlas de manera restrictiva, nunca tan extensivamente que se puedan tener por incluidas en el precepto que las impone limitaciones deducidas por interpretación analógica o de una supuesta finalidad del instituto. La Ley trata de evitar que el traspaso degenera en una industria lucrativa, como advierte con gran acierto a nuestro juicio el mismo García Royo, pero esta finalidad se consigue y se respeta obligando al adquirente a permanecer en el local ejerciendo industria o comercio por tiempo determinado y no consinténdole ceder por ejemplo en arrendamiento el local retráido.

3. Cualquiera que tenga interés en su declaración puede pedir que se resuelva la adquisición de los derechos sobre el local de negocio efectuada con el ejercicio del retracto, si el adquirente incumplió la obligación legal que se le im-

pone. El actor en este caso habrá de acreditar no solamente su legítimo interés en obtener la resolución, sino también el incumplimiento de la obligación de continuar ejerciendo industria o comercio por el arrendador adquirente.

4. Piensa la doctrina que esta obligación de continuar ejerciendo industria o comercio en el local adquirido no impide al adquirente constituir una sociedad para su explotación, con tal de que esta sociedad no sea un subterfugio para burlar el mandato legal. Creemos desde luego que no existe ningún inconveniente en admitir esta solución.

-:-:-:-:-:-:-:-:-:-

P R E F E R E N C I A E N T R E R E T R A Y E N T E S

(235). El legislador dedica un artículo de la Sección segunda del Capítulo tercero a ordenar obligatoriamente la prelación que debe establecerse entre los posibles concurrentes derechos de retraer que nazcan conjuntamente de la transmisión que con el traspaso se efectúa. Como a Bellón, no se nos alcanza a qué derechos similares puede referirse la Ley para entenderlos subordinados al legal de retracto que se concede al arrendador; mas lo cierto es que cualquiera que sea su carácter y su naturaleza, toda posible figura jurídica equivalente al tanteo o al retracto está sometida a estos derechos que nos ocupa, con la sola excepción de los derechos de tanteo y de retracto que corresponden al condueño del negocio.

De forma que sólo un derecho similar goza de preferencia sobre el derecho de retracto que se confiere al arrendador: el de condueño del negocio.

Nace este derecho de retracto a favor del condómino del negocio al amparo del párrafo 1.º del art. 1522 del Código civil que concede al copropietario de una cosa la facultad de retraer en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos sobre la cosa; y como el art. 392 del mismo Cuerpo legal, aunque técnicamente defectuoso, considera como objeto de la copropiedad también a los derechos cuando pertenecen pro indiviso a varias personas; en el caso de un negocio que pertenece a varios arrendatarios de esta manera indivisa, si uno de ellos enajena mediante traspaso los derechos que como tal arrendatario le corresponden en el negocio su transmisión engendra dos de-

rechos de adquisición preferente: uno a favor del arrendador del local y otro a favor del condueño del negocio. Y habiendo de regularse imperativamente en los casos de conflicto cuál de los derechos concurrentes goza de preferencia sobre los demás, el legislador en este caso se decide por el del condueño por estimar más digna de prevalecer la finalidad perseguida por el retracto de comuneros que la del arrendador.

Cualquiera que pretenda retraer excluyendo el derecho del arrendador deberá probar que el suyo es preferente y por tanto que es tal condueño del negocio transmitido.

Piensa Archanco con fundamento que esta excepción no es aplicable en el caso de que el arrendatario del local de negocio que se traspasa sea una sociedad, pues sus componentes no son condueños, sino socios y a ellos no les alcanza el retracto de comuneros y sí el de coherederos, en virtud de lo establecido en el art. 1708 en relación con el 1067 del Código civil (236).

---:---:---:---:---:---:---:---:---

N O T A S

(1).- Para un estudio de la historia de los retratos en España véanse principal y fundamentalmente las siguientes obras: Riasa, Los Retratos. Errores dominantes acerca de la materia, Madrid, Reus, 1919, págs. 21 a 71; Casals Celldeca - rretera, El Retrato en los arriendos de fincas rústicas, Bar - celona, Bosch, 1946, págs. 5 a 31; Mucius Scaevola, Código civil, tomo XXIII, págs. 750 a 753.

(2).- Metodologia del Diritto, Padova, 1939, pág. 41.

(3).- La jurisprudencia no es Ciencia. Traducción de Truyols Serra, Instituto de Estudios Políticos, 1949, pág. 43.

(4).- Arangio Huis, Historia del Derecho Romano, tra - ducción española, Madrid, Reus, 1943, pág. 11.

(5).- Vid. Pascual Marín, Los derechos sobre derechos, Rev. Gral. de L. y J., octubre de 1947, y Separata, Reus, 1947. La obra cinematográfica y sus problemas jurídicos en la misma Revista, julio-agosto de 1949, y Separata, Reus, 1949, pág. 5. Savigny, De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia, capítulo III, págs. 63 y 64, de la edición hecha en México por la Editorial de Palma.

(6).- Giuseppe Carlo. La vida del Derecho, traduo. de Giner de los Ríos, págs. 21 y sigtes.

(7).- Sobre la importancia de los estudios históricos, vid. Maldonado y Fernández del Torco, Herencias en favor del alma en el Derecho español, Madrid, 1944, principalmente pág. 18. Pascual Marín, La hipoteca de responsabilidad limitada, Rev. Gral. de L. y J., octubre de 1948 y Separata, Madrid, Reus, misma fecha, págs. 9 y 10.

(8).- Riasa, Obra citada, págs. 89 a 119; Casals Cell - decarrera, Retratos en los arriendos de fincas rústicas, ya citada, pág. 102; Roca Sastre, Instituciones de Derecho hipe - tecario, Barcelona, Bosch, tomo III, pág. 18.

(9).- Cendamines, Arrendamientos urbanos, Editorial Revista de Derecho Privado, 1947, págs. 99 y 100.

(10).- Riasa, obra citada, págs. 82 y sigtes; lo mis - mo Casals, loc. cit., pág. 102 y 103.

(11).- "Está consagrada por la tradición científica", Castán Tebeñas, Derecho civil español, común y foral, 6ª.ed., Madrid, Reus, 1948, tomo III, pág. 65, nota 1.

(12).- Vid. Pérez González y Alguer, Anotaciones a Enneccerus, Tratado de Derecho civil, Derecho de obligaciones, volumen II, tomo II, Bosch, 1936, pág. 96. Cendamines, Arrendamientos urbanos ya citados, pág. 101. Hoyo Villameriel, Rev. D. Privado, págs. 988 y sigtes. Vid. et. Sentencias de 17 de noviembre de 1931 y de 22 de noviembre de 1901.

Sobre las diferencias entre uno y otro Derecho, véanse Benito Gutiérrez Fernández, Código y Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, Madrid, 1876, tomo II, pág. 425. Falcón, Derecho civil, tomo II, pág. 305. García Martínez, Derecho civil, tomo I, págs. 288 y 289. García Rojo, Arrendamientos Urbanos, tomo I, págs. 623 y 728 y 729.

(13).- De Buen, Derecho civil común, tomo I, pág.149 de la 3ª ed. Casals, ob. cit., le configura como un derecho de conformación.

(14).- Così Seckel, Gestaltungsrechte des bürg. - Rechts in Festgabe der jurist. Gesellschaft zu Berlin für R. Cook (Berlin, 1903), Cit. por G. Messina, en Studi giuridici in onore di Carlo Fadda, vol. VI, Nápoles, 1906, pág. 281.

(15).- Von Tuhr, Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán, vol. I, pág. 203, traduc. de Ravá. - Buenos Aires, 1946.

(16).- Diritto Civile, tomo I, Parte Generale, Torino, 1919, pág. 220.

(17).- Von Tuhr, ob. cit. pág. 203 del mismo volumen.

(18).- Enneccerus, Derecho civil, tomo I, Parte General, pág. 294 de la traduc. española hecha por los Sres. Pérez González y Alguer.

(19).- Stelfi, ob. cit., ed. 1ª.

(20).- De Castro, Derecho civil de España, tomo I, Parte General, 1ª ed., Valladolid, 1942, pág. 506.

(21).- Messina, Sui cosiddetti diritti potestativi. En Studi giuridici in onore di Fadda. Nápoles, 1906, vol. VI.

(22).- Ferrara, Trattato di Diritto civile italiano, vol. I, Athenaeum, Roma, 1921, págs. 341-350.

(23).- Vid. la breve pero sustanciosa exposición que hace el eminente profesor D. José Castán, Derecho civil español, Parte general, tomo I, 7ª ed., Madrid, Reus, 1949, págs. 300-301.

- (24).- Von Tuhr, Ob. cit. págs. 204 y 205. del vol. arriba citado.
- (25).- Sentencia de 16 de mayo de 1931.
- (26).- Sentencia de 5 de febrero de 1888.
- (27).- De Diego, Instituciones de Derecho civil, tomo I, pág. 433; y Consulta en la Rev. de D. Privado de 1919, pág. 357. En el mismo sentido De Buen, loc. cit. pág. 149.
- (28).- Instituciones, tomo II, pág. 184.
- (29).- Vid. Castán, Derecho civil, 7ª ed., tomo II, pág. 33, y en otro lugar de la misma obra, edición y tomo, págs. 617 y 618.
- (30).- García Martínez, Derecho civil, tomo II, Valencia, 1947, 2ª ed., pág. 6.
Véanse también Casals Coldecarrera, ob. cit., pág. 50, en la que lo define como derecho absoluto, de naturaleza real. Pascual Serrano, Rev. de D. Privado, abril 1914, pág. 226, Concurrencia de retratos de colindantes y gentilicio en Aragón. J.M. Mengual, El retrato legal agrario, en la misma Revista, tomo XI, 1933, págs. 97 y 98. Alfonso Madrid, Constitución agraria de España, Madrid, 1933, pág. 171. Bellón, Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona sobre los retratos legales arrendaticios rústicos y publicada con posterioridad en un libro sobre Cuestiones del contrato de compra-venta.
- (31).- Roca, ob. cit., tomo III, pág. 52. Castán, critica esta postura en Derecho civil, tomo II, pág. 33, nota.
- (32).- Vid. Castán, obra, edición y tomo citados, pág. 18.
- (33).- Como ha dicho un autor respetable citado como tal per Geyena, Concordancias, tomo III, pág. 418.
- (34).- Sánchez Román, Estudios de Derecho civil, tomo III, págs. 215-218.
Vid. Teófilo Escribano, El artículo 609 del Código civil, Rev. de D. Privado, noviembre de 1914, págs. 444-449. Pérez y Alguer, Anotaciones a la obra citada de Enneccerus, Derecho de cosas, tomo I, págs. 389-394. Jerónimo González, Estudios de Derecho hipotecario y civil, tomo I, págs. 297-334, donde se recogen tres trabajos del autor publicadas en la Rev. Crítica de Derecho inmobiliario en los años 1925 y 1928. Pascual Marín, El concepto moderno de modo de adquirir y sus repercusiones registrales, en relación con la doctrina del título y el modo, Rev. Crit. de D. Inmobiliario, 1948, págs. 665-697.

- (35).- Vid. Castán, tomo II, pág. 179 de la 7ª ed.
- (36).- Vid. Bellón, Conferencia citada, pág. 228 del libro en que se recoge.
- (37).- Vid. sentencia de 7 de mayo de 1926.
- (38).- De Diego, Instituciones, tomo I, pág. 433. Antonio Berrell, Rev. de D. Privado, 1944, tomo XXVIII, páginas 338-40. Bellón, Conferencia citada, págs. 226, 227 y 232. Tiraquellus le llama *jus praelationis*.
- (39).- No prejuzgamos con esto nada a propósito de la estructura o del contenido del derecho de propiedad. Hablar de las facultades que integran el dominio no supone conformidad con la vieja teoría de base romana y formulación romanística según la cual la propiedad era una suma de facultades; para nosotros tal derecho es unitario, abstracto, diríamos que independiente de las facultades concretas que otorga a su titular. Más que suma de facultades sería una integración de esas mismas facultades. Es más, acaso su verdadera esencia resida en la independencia que confiere a su titular.
- (40).- Falón, ob. cit., tomo II, pág. 24.
- (41).- Instituciones, tomo I, página 432.
- (42).- Págs. 227 y 228.
- (43).- Castán, Derecho civil, tomo II de la 7ª ed., pág. 144 y especialmente 147 a 149 y ed. anterior, pág. 111. Condomines, ob. cit. pág. 110, habla de gravamen que afecta principalmente al derecho de disponer.
- (44).- El retracto legal y la libre contratación, Rev. Gral. de L. y J., año 1918, tomo 133, pág. 277.
- (45).- Sánchez Román, ob. cit., tomo IV, pág. 588.
- (46).- Rianza, lugar citado, pág. 191.
- (47).- Casals, ob. cit., pág. 43.
- (48).- Ascoli, *Instituzioni di Diritto civile*, pág. 67 de la 2ª ed.
- (49).- Bellón, Conferencia citada, págs. 227-228.
- (50).- Sentencia de 20 de marzo de 1929.
- (51).- Bellón, Conferencia citada, pág. 228.
- (52).- Moca, Derecho Hipotecario, tomo III, pág. 7.

(53).- Condemines habla, en la pág. 110 de su obra citada, de restricciones de la propiedad.

(54).- Benet y Ramón, Derecho civil cit., tomo II, pág. 48. Vid. resolución de 29 de octubre de 1946. Roca Sastre, Derecho hipotecario, tomo III, pág. 10, nota 1.

(55).- Sobre los derechos subjetivamente reales véanse en nuestra patria, especialmente los siguientes trabajos: Atard, Algunas de las construcciones jurídicas que exigen el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica, en Anales de la Universidad de Valencia, cuaderno 26, y Rev. de Derecho Privado de 1924, págs. 273 y sigtes. Roca, ob. cit., tomo II, pág. 252 y sigtes. De Castro, Derecho civil de España, 2ª ed., Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1949, págs. 580-581, les llama derechos con sujeto sólo mediatamente determinado.

(56).- En este mismo sentido Riasa, ob. cit., pág. 268.

(57).- Es muy diferente la naturaleza jurídica de la expropiación forzosa a la del retracto, dice J.M. Mengual en su artículo sobre el retracto legal agrario en la Revista de Derecho privado, tomo XX, 1933, pág. 100.

(58).- Riasa, loc. cit., pág. 268.

(59).- Sobre la expropiación forzosa vid. García Ovieta, El concepto moderno de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, Madrid, 1927. Alcalá Zamora, Los caracteres de la expropiación forzosa, Madrid, Imprenta del Instituto Nacional de Sordomudos y Ciegos, 1922. Alvarez Gendín, La expropiación forzosa, Madrid, Reus, 1928. Gascón y Marín, Tratado de Derecho administrativo, 9ª ed., 1946, tomo I, página 438 para una exposición de disposiciones sobre la materia. Royo Villanova, Elementos de Derecho administrativo, tomo II, Valladolid, 1944, págs. 468-488. Art. 10 de la Constitución de 1875. Art. 44 de la Constitución de 1931. Art. 32 del Fuero de los Españoles.

(60).- Vid. J.M. Mengual, Retracto legal citado, páginas 97 y siguientes del tomo XX de la Rev. de Derecho privado y 67 y siguientes del tomo XXII (año 1935) de la misma Revista. Alfonso Madrid, Constitución Agraria de España, Madrid, 1933, págs. 165 y siguientes. Pedro S. Requena, Comentario a la Ley de Reforma Agraria, págs. 38 y siguientes.

(61).- Bellón, Conferencia citada, pág. 228.

(62).- Riasa, ob. cit. pág. 191.

(63).- Ob. cit., págs. 44 y 100.

(64).- Obra citada, pág. 47.

(65).- Ibid., eod. loc.

(66).- Wilhelm Schapp, La nueva ciencia del Derecho civil, y Adolfo Reinach, Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil.

(67).- Para un estudio de la naturaleza jurídica del arrendamiento véanse primordialmente las siguientes obras generales, monografías y trabajos de revistas: Planas y Casals, Derecho civil español, común y foral, tomo II, pág. 337. De Diego, Instituciones, tomo I, págs. 433 y 434; tomo II, pág. 214. De Diego, Curso de Derecho civil, tomo VI, 1926, pág. 64. Manresa, Comentarios al Código civil, tomo X, 1908, págs. 436-444. Soaveola, Código civil, tomo XXIV, páginas 367-372. Valverde, Tratado de Derecho civil español, tomo II, 4ª ed., págs. 29 a 31 y tomo III, pág. 417. Castán, Derecho civil español, tomo II, 7ª ed., págs. 39 a 41. Puig Peña, Tratado de Derecho civil español, tomo IV, vol. II, págs. 192-195. Jerónimo González, Arrendamientos urbanos, Madrid, 1926, páginas 47 y sigtes. Morell y Terry, Comentarios a la Legislación hipotecaria, tomo I, págs. 418-421. Galindo y Escocura, Comentarios a la Legislación hipotecaria, Madrid, 1896, tomo I, págs. 504 y sigtes. Roca Sastre, Instituciones, tomo I, págs. 381 y sigtes. Rodríguez Jurado, obra citada, págs. 18 a 30 de la misma edición. Cosío y Rubio, Tratado de arrendamientos urbanos, tomo I, p. 359-365. Menchón Benítez, La inscripción de arrendamiento de inmuebles rústicos, R.C.D.I., nº 143, abril de 1940. Carazon y Liconas, Los Registros de la Propiedad y especial de arrendamientos rústicos en la Ley de 23 de julio de 1942, R.C.D.I. de 1942, págs. 642 y sigtes. Vázquez Gundín, La inscripción de los arrendamientos rústicos, R.C.D.I. de 1942, págs. 773 y sigtes. Fencillas, La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad, R.C.D.I. de 1928, págs. 670-681. F. de Castro, Cesión de arrendamientos y subarriendos, Rev. Gral. de L. y J., 1930, 1º semestre, págs. 130-169. Traviezas, Arrendamientos, Rev. de Derecho Privado, tomo VI. Condomines, Arrendamientos de inmuebles urbanos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 1 a 15. - Lino Rodríguez Arias, Directrices generales de la Novísima Ley de Arrendamientos urbanos, Rev. de D. Privado, abril de 1948, págs. 354-362. Moreno Mescheli, Sobre la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario, Rev. Gral. de L. y J., enero de 1948, págs. 25-56. López Palop, Arrendamiento de fincas rústicas en nuestra legislación, conferencia recogida en Cuestiones del Derecho privado de nuestra postguerra, publicado en Barcelona, 1942, págs. 192 y sigtes. Abello, Delle locazione, 1916. Fubini, Arrendamiento de cosas, traducción de Roberto Sánchez con notas de Castán, 1930, Madrid, págs. 50 a 73. - Colín y Capitant, Curso elemental de Derecho civil, tomo IV, págs. 238-248. Enneccerus, Derecho de obligaciones, vol. II, pág. 139 y nota de Pérez y Alguer, pág. 144. Pacifici-Massoni, Codice civile italiano comentato, tomo IV, págs. 23 y sigtes. Ruggiero, Instituciones de Derecho civil, vol. II, págs. 459 y

460 de la edición española. Grome, Manuale del Diritto civile francese, vol. secondo, Milano, 1907, pág. 529.

(68).- Vid. Von Tuhr, obra citada, vol. I, pág. 39.

(69).- Bellán, Conferencia citada, pág. 227. Condominios en la página 110 de la obra citada dice... "están fuera del tráfico".

(70).- Vid. Fencillas, La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad, Rev. Crítica de Derecho inmobiliaria, 1928, pág. 671-681. De Castro, Cesión de arrendamientos y subarriendo, Rev. Gral. de L. y J., 1^{er} semestre de 1930, pág. 130.

(71).- Creo que se refiere a los legítimos e ilegítimos, consanguíneos o afines, con arreglo a la interpretación amplia y hasta analógica que preceptúa el art. 13 de la misma Ley y que no es otra cosa que el reconocimiento legal de la condición que la doctrina y la jurisprudencia venían dando a las leyes de carácter social. Vid. Amalio Casas Martínez, Los hijos adulterinos y adoptivos en relación con el art. 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Rev. de Derecho Privado de septiembre de 1952, págs. 725-729.

(72).- Los funcionarios de la carrera diplomática que al ser destinados al extranjero habitaren en una vivienda en compañía de sus familiares dentro de los grados a que se refiere el art. 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conservarán los derechos previstos en el mismo para el caso de que falleciese el inquilino titular del contrato. (art. 1a del Decreto de 26 de mayo de 1950, aclaratorio del art. 71 de la Ley).

(73).- Pero el usufructuario no desaparece por entero de la relación jurídica sobre la cosa, ya que es responsable del menoscabo que sufren las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que lo sustituya.

(74).- Sobre la transmisibilidad del derecho de usufructo y las controversias en torno a este problema, vid. la exposición que hace el profesor Pascual Marín en Los derechos sobre derechos, Rev. Gral. de L. y J., octubre de 1947 y edición separata, Rous, 1947, págs. 21 y 22. Vid. Bibliografía allí citada por este joven y ya eminente profesor.

(75).- Castán, Derecho civil, 7a ed., págs. 330 y siguientes. Castán, Dogmática de la sociedad de gananciales; - efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos, Rev. Gral. de L. y J. de 1929. De Buen, Renuncia de derechos, tomo XXVII de la Enciclopedia jurídica española. Traviezas, La renuncia, Rev. Gral. de L. y J. tomo 155, diciembre de 1929. D. Jerónimo González, Rev. C. D. I., enero de 1931 y febrero y abril del mismo año. Atseri, Delle

rinunzie. Raggi, Contributio alla dottrina delle rinunzie nel Diritto publico. Lessona, Essai d'une théorie générale de la renonciation en Droit civil, 1912, tomo XI de la Revue de Droit Civil. Véase el muy interesante trabajo publicado por el eminente profesor de la Universidad Central D. Leonardo Prieto Castro en el Anuario de Derecho civil, tomo I, fascículo I, págs. 261-273, con el título de Para el estudio de los derechos irrenunciabiles. Vid. Estudios para la teoría y la práctica procesal civil, de este mismo autor, Madrid, 1950, págs. 17-34 del vol. I. Cossío y Rubio, Tratado de arrendamientos urbanos, tomo I, págs. 144-150.

(76).- Vid. Castán, tomo I, págs. 330 y 331. Enneccerus, tomo I, vol. II, pág. 36. Traviesas, La renuncia, loc. cit., pág. 554. J. González, loc. cit., pág. 18. Von Tuhr, Derecho civil citado, Editorial Palma, 1947, tomo III, pág. 293.

(77).- Para nosotros en contra de lo que entiende un gran sector de la doctrina jurídica española y extranjera, no es preciso que la manifestación de voluntad en que consiste la renuncia, o mejor, que ha de producir dicha renuncia, se haga de manera expresa; basta, a nuestro juicio, con que pueda deducirse su voluntad de la conducta seguida con respecto a la cosa o al derecho.

(78).- Sentencias de 18 de mayo de 1923 y de 19 de febrero de 1948, en la que se dice que el derecho de retraer es de suyo renunciabie.

(79).- Vid. et. sentencia de 28 de mayo de 1948 (Sala V).

(80).- Fernando Ferreiro, El arrendamiento de la propiedad urbana, Valladolid, 1948, 2ª ed., pág. 28. Archanco, Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, pág. 16. Alvarez Guerra, Comentarios a la misma Ley, pág. 18.

(81).- En este mismo sentido, vid. Condomines, loc. cit., págs. 102 y 103. Tomás Ogayar Ayllón, Exposición sistemática de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en Rev. Gral. de L. y J., mayo de 1947, pág. 607.

(82).- Vid. Ferreiro, ob. cit., sed. loc. Archanco, ibid.

(83).- Casals, ob. cit., pág. 8.

(84).- Vid. sobre esta cuestión la importante bibliografía que cita Castán en Derecho civil español, tomo II de la 7ª ed., Madrid, Reus, 1949, pág. 302, nota 1.

(85).- Mucius Scaevola, Código civil, tomo XXIII, pág. 857.

(86).- Vid. Castán, Derecho civil, tomo III de la 6ª ed., pág. 67.

(87).- "Para facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza siguiendo el ejemplo de otras naciones".(Exposición de motivos del Código civil).

(88).- Pascual Serrano, Concurrencia de retractos de colindantes y gentilicio en Aragón, Rev. de D. Privado, abril de 1914, pág. 225. Vid. etiam Manresa, Retracto de colindantes, cuando se realiza la venta sin escritura pública, Rev. Gral. de L. y J., tomo 94, pág. 446 y sigtes.

(89).- Germán Gamazo, Discurso en defensa del Código civil pronunciado en el Congreso. Vid. también sobre la finalidad las sentencias de 12 de mayo y 17 de noviembre de 1928.

(90).- Contra el retracto de colindantes, llamado también de asurcanos, vid. el párrafo citado de Pascual Serrano y Pedro Ballester, Contra el retracto de colindantes, en Rev.Gral.de L. y J., Junio de 1926, págs.626-659.

(91).- Manresa, Comentarios, tomo XI, pág. 137.

(92).- Castán, Derecho civil, 7ª ed., tomo II, pág.618

(93).- Vid. De Diego, Curso de Derecho civil, tomo III pág. 6. Bellón, Conferencia citada, pág. 227. Emilio Serrano; Retracto legal, en Enciclopedia jurídica española, tomo XXVII, pág. 551. Ríasa, Retractos, pág. 329 y sigtes.

(94).- Casals, ob. cit., pág. 57 y Capítulo III, págs. 51 a 62.

(95).- Vid. Rodríguez Jurado, Comentarios a la Ley de Arrendamientos rústicos, 2ª ed., 1943, pág. 386.

(96).- García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 727.

(99).- Archanceo, ob. cit., pág. 49. Vid. et. García Royo, tomo I de la obra citada, pág. 627.

(100).- Valsárcel, Revista de Legislación y Jurisprudencia, septiembre de 1944, pág. 254 y 255.

(101).- Sobre el estado actual de la doctrina de la propiedad, véanse especialmente: El Orden social moderno, Editorial Revista de Derecho Privado, particularmente la Conferencia pronunciada por el sutil e inteligente profesor Don Antonio Hernández Gil y que se recoge en las páginas 107 a 139 de la obra citada. Castán, tomo II, pág. 82 a 88. Pascual Marín, El Derecho privado en el pensamiento de José Antonio, págs. 16 a 24, y el valioso e interesante epísculo del mismo autor El Derecho Privado y la Revolución, págs. 19 a 25.

(102).- Vid. Jerónimo González, Estudios de Derecho hipotecario y civil, tomo II, págs. 322 y 323.

(103).- García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 763. - Ferreiro, loc. cit., pág. 124.

(104).- García Royo, ibid., pág. 763.

(105).- Vid. D. Jerónimo González, Arrendamientos urbanos, Madrid, 1926, págs. 1 y sigtes. El mismo autor, Derecho real de superficie, pág. 10.

(106).- Ferreiro, pág. 123 de la obra con tanta reiteración citada.

(107).- J. González, Estudios, tomo II, pág. 322. - Sobre el problema de la vivienda, vid. Carlomagno, La reforma de la locación y el problema de la vivienda, Buenos Aires, 1926, y Rev. de D. Privado, tomo XIV, pág. 365.

(108).- Casals, ob. cit., pág. 99.

(109).- Casals, loc. cit., págs. 109 a 111.

(110).- Fuero Viejo de Castilla, libro IV, título I, De las vendidas e de las compras.

(111).- Casals, ob. cit., pág. 20.

(112).- Fueros Reales, libro III, título X, Ley 13.

(113).- Vid. Casals, ob. cit., pág. 21.

(114).- Novísima Recopilación, libro X, título XIII, De los retractos y derechos de tanteo, Leyes 1ª, 3ª. y 4ª.

(115).- De Diego, Rev. de Derecho Privado, año 1919, pág. 342.

(116).- Vid. Antonio Gómez, Ad leges Tauri Commentarium absolutissimum. Matriti, MDCCLXVIII, Comentario a la Ley LXX, párrafo 16, págs. 666-667.

(117).- Citados todos por De Diego, loc. cit., pág. 34

(118).- Alphonse de Azevedo, Commentarii juris civilis in Hispaniae regiae constitutiones MDCCLXVIII, tomus tertius, lib. V, tit. XI, quaestio, 61, pág. 360.

(119).- Sed his non obstantibus, ego teneo sententiam contrariam.

(120).- De Diego, loc. cit., págs. 335-344.

(121).- Ya veremos más adelante si en realidad el plazo es de prescripción o más propiamente de caducidad.

(122).- Manresa, Rev. de L. y J., de 1899, pág.447.

(123).- Pérez Ardá, en la misma Revista, 1907, página 505.

Vid. sobre el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de retrato en los arrendamientos rústicos, el sugestivo trabajo del profesor Hernández Gil en Anuario de Derecho civil, tomo I, fascículo II, págs. VII y sigtes.

(124).- Vid. también sentencias de 2 de julio de 1950 y de 5 de febrero de 1952.

(125).- Se inclina por la doctrina que exige que haya habido verdadera transmisión de la propiedad y por tanto tradición, además de las sentencias citadas en el texto, las siguientes: de 21 de diciembre de 1938, de 21 de febrero de 1944, de 12 de mayo de 1945, de 16 de mayo de 1946, de 8 de julio de 1946 y de 27 de diciembre de 1947.

Sobre el comienzo del cómputo desde el momento de otorgarse la escritura pública, véanse sentencias de 31 de junio de 1867, de 13 de abril de 1896, de 10 de mayo de 1904, de 19 de junio de 1920, de 8 de julio de 1946, de 25 de junio de 1948 y de 28 de junio de 1949.

Hablan de transmisión onerosa las siguientes entre otras: 3 de agosto de 1939, y 13 de mayo de 1940.

(126).- Vid. García Royo, ob. cit., tomo I, pág.214.

(127).- Ignacio Serrano y Serrano, Los derechos de tanteo y de retrato de la Base 6a. de la Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año I, no 6, pág. 5.

(128).- García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 755.

(129).- Vid. Serrano y Serrano, trabajo citado, loc. cit. y García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 755.

(130).- El Decreto-Ley de 20 de febrero de 1948 prohíbe la venta por pisos de las casas acogidas a las Leyes de 25 de junio de 1935 y 25 de noviembre de 1944, relativas a la construcción de viviendas para la clase media (art.1a).- El Decreto conjunto de los Ministerios de Justicia y de Trabajo de 25 de junio del mismo año 1948 exceptúa de la prohibición los pisos construidos en virtud de anticipos concedidos por los futuros propietarios a las Empresas de construcción, o construidos para venderse por pisos sin haber sido previamente alquilados (artículo único).

(131).- García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 752.

(132).- Antonio Vázquez, Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Madrid, Victoriano Suárez, s.f.

(133).- Ley de 16 de julio de 1949, que modifica los arts. 16 y 17 de la de 15 de marzo de 1935. Vid. párrafo 6º de la nueva redacción dada al art. 16 por dicha Ley.

(134).- Vid. contra García Royo, tomo I, pág. 737, partidario de que se permita a los inquilinos arrendatarios actuar conjuntamente. Vid. también sentencia de 8 de julio de 1952.

(135).- García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 736.

(136).- Vid. en apoyo de la misma solución, García Royo, ob. cit. pág. 737. Bellón, ob. cit., pág. 169.

(137).- Vid. Hijas, ob. cit., pág. 151.

(138).- Vid. García Royo, ob. cit., pág. 851.

(139).- Para una interpretación de la expresión altura semejante, vid. García Royo, pág. 850. Vid. et. Bellón, pág. 182 de la misma obra tantas veces citada.

(140).- Ferreiro, ob. cit., pág. 136. Vid. et. García Royo, pág. 854 de la misma obra.

(141).- García Royo, obra y tomo citados, pág. 847. Serrano, loc. cit., pág. 9.

(142).- Condomines, ed. loc., pág. 109.

(143).- García Royo, pág. 851.

(144).- García Royo, pág. 851. Vid. Serrano, loc. cit., pág. 10.

(145).- Castán, Derecho civil español, 7ª ed., pág. 818 del tomo I y tomo II de la 6ª ed., pág. 638.

(146).- García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 852.

(147).- Serrano, loc. cit., págs. 6 y 7.

(148).- García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 221.

(149).- Tiraquellus (Tiraqueau), Commentarii de utraque retractu municipali et conventionali. Paris, 1543, Título I, glosa 2ª, párrafo 21. Rianza, loc. cit., pág. 277.

(150).- Tiraqueau, cod. loc., párrafo 5a, pág. 16.
Vid. Riassa, págs., 277 y 278 de su obra sobre los retractos.

(151).- Tiraquellus, ob. cit., título I, glosa 2a,
párrafos 57 y 58, págs. 23 y 24.

(152).- Vid. García Reyó, ob. cit., pág. 741 y 742.

(153).- Manresa, Comentarios al Código civil, tomo I,
1908, págs. 64 y 70. Scaevola, Código civil, tomo XXIII, pág.
328 y 329. Valverde y Valverde, Tratado de Derecho civil es-
pañol, tomo III, págs. 352 de la 4a ed.

(154).- Roca Sastre, Estudios de Derecho privado, -
Contrato de promesa, Editorial Revista de Derecho Privado,
tomo I, págs. 323 a 350. Hernández Gil, en sus maravillosas
explicaciones de cátedra mantiene esta posición con gran lu-
jo de ponderados y bien meditados argumentos. Vid. el mismo
sugestivo profesor en Rev. Gral. de L. y J., septiembre de
1944, comentando magistralmente la sentencia de 11 de noviem-
bre de 1943. Puig Peña, Tratado de Derecho civil español, to-
mo IV, volumen II, pág. 86.

(155).- Sobre la doctrina del precontrato, vid. Roca
Sastre, ob. cit., cod. loc. Mero Ledesma, El precontrato, -
en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, julio de 1934, págs.
481 a 494, nº 115. Alguer, Rev. de D. Privado, una serie de
cuatro artículos publicados con el título de "Para la crítica
del concepto de precontrato", en los números de octubre, no-
viembre y diciembre de 1935 y enero de 1936. El comentario -
citado a la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 11 de -
noviembre de 1943 de nuestro muy querido maestro, profesor
Hernández Gil. Vid. etiam la misma sentencia comentada de no-
viembre de 1943.

(156).- Serrano, loc. cit., pág. 7.

(157).- Castán, Derecho civil, tomo II, pág. 525 de
la 6a edición.

(158).- Castán, Ibid., cod. loc. Vid. Valverde, tomo
III, pág. 174.

(159).- Scaevola, Código civil, tomo XXIII, pág. 353.

(160).- Riassa, ob. cit., págs. 247-248; tal vez un poco exageradamente.

(161).- Sobre la naturaleza del censo reservativo y sus analogías con la compraventa, vid. Castán, tomo II, págs. 575 y 576 de la 7ª ed.

(162).- Tiraquellus, De retractu, loc. cit., párrafo 20, pág. 128.

(163).- Rodríguez Jurado, Comentarios a la legislación de arrendamientos rústicos, Madrid, Reus, 1948, págs. 387-388.

(164).- Pothier, Tratado de los retractos, traducido por Manuel Deó, anotado y concordado por Antonio Elías de Molins, tomo VIII de las obras de Pothier, Madrid, Librería de Caspar, 1888, pág. 62.

(165).- Rodríguez Jurado, ob. cit., pág. 390.

(166).- Bellón, Arrendamientos rústicos, Editora Nacional, 1942, pág. 189. Gensálex Seto, La nueva Ley de arrendamientos rústicos, Madrid, 1942, pág. 98. García Rojo, Tratado de arrendamientos rústicos, Madrid, 1945, págs. 271-272. Cuéllar, Ordenación actual de los arrendamientos rústicos, - Sevilla, 1940, pág. 60. Recogen también esta misma interpretación todos los autores citados. En contra, comentando la sentencia de 11 de junio de 1945, véase la magistral exposición de Flórez de Quiñones, Rev. de D. Privado de 1946, págs. 64 a 69.

(167).- Vid. para una exposición, comentario y crítica de esa sentencia, Flórez de Quiñones, Rev. de D. Privado, de enero de 1946, págs. 64 a 69.

(168).- También sobre la admisión o no en este supuesto vid. Casals Coldecarrera, ob. cit., págs. 107-109.

(169).- Casals, ob. cit., pág. 108.

(170).- Así, Archance, ob. cit., pág. 65. Condomines, loc. cit., pág. 105. Bellón, Comentarios citados a la Ley de Arrendamientos urbanos, págs. 169 y 170. Ferreiro, El arrendamiento de la propiedad urbana, pág. 124. Tomás Ogáyar Ay -

llón, Exposición sistemática de la Ley de arrendamientos urbanos, Rev. Gral. de L. y J., mayo de 1947, pág. 625. Serrano y Serrano, loc. cit., págs. 6 y 7. Más importancia le concede García Rojo, quien concluye que ha de rechazarse la permuta como apta para hacerlos viables, por cuanto es imposible la subrogación (ob. cit., pág. 743).

(171).- Para un estudio de algunas de estas cuestiones, vid. García Rojo, págs. 743 a 748 del tomo I de la obra citada. Vid. et. Pethier, loc. cit., págs. 56 a 62.

(172).- Para un estudio muy completo, el más completo, del caso de enajenación con contraprestación de servicios personales, vid. José Reino Casamaño, Rev. Gral. de L. y J. de 1918, tomo 133, págs. 274 a 281, que se decide por la negativa.

(173).- Condomines, ob. cit., pág. 104.

(174).- Vid. García Rojo, ob. cit., tomo I, pág. 793 y 794.

(175).- Sobre las diferencias entre una y otra institución vid. Castán, Derecho civil, tomo I, 7ª ed. pág. 860-864. Coertman, Introducción al Derecho civil, Editorial Labor, páginas 358-359. De Buen, Derecho civil, tomo I, 3ª ed., pág. 131. García Rojo, ob. cit., tomo I, págs. 547 y 795. Windscheid, - Diritte delle Pandette, tomo IV, Torino, 1924, traducción y notas de radda y Bensa, págs. 580 y sigtes. Enneccerus, tomo I, volumen II, págs. 489-491 y notas de los traductores Sres. Pérez González y Alguer, ibid. págs. 492-493. Ruggiero, Instituciones de Derecho civil, vol. I, traducción de la 4ª ed. italiana, 1929, págs. 335-357. Medica, Teoría della decadenza, Torino, 1906. Pasarelli, Prescrizione e decadenza, en Revista di Diritto civile, 1926, págs. 556-579. De Diego, Instituciones, tomo I, pág. 274 y siguientes, especialmente la 277. De Diego, Consulta, Rev. Derecho Privado, 1919, pág. 339. Vid. - etiam sentencias del Tribunal Supremo de 5 mayo 1950, de 30 de abril de 1940 y de 25 de noviembre de 1950.

(176).- Entre otras que hablan también de caducidad, véanse las sentencias de 30 de enero de 1945, de 5 de abril de 1940, de 10 de marzo de 1945, de 16 de mayo de 1946, de 8 de julio de 1946, de 17 de diciembre de 1948, de 2 de abril de 1949, de 28 de febrero y de 5 de mayo de 1950.... Y una ya muy antigua de 26 de marzo de 1912. Hablan por el contrario de prescripción las siguientes entre otras: de 13 de julio de 19 de 19 de diciembre de 1924 y de 19 de febrero de 1948.

(177).- Vid. García Rojo, ob. cit., tomo I, pág. 795.

(178).- Vid. Pérez Ardá, Del plazo en los retratos legales, Rev. de L. y J. de 1907, tomo III, págs. 502-511. Castán, Derecho civil, tomo III, pág. 70 de la 6ª ed. Valverde, Tratado de Derecho civil, tomo III, págs. 398-399 de la 4ª ed.

(179).- Vid. García Rojo, tomo I, pág. 804. También la acabada y aguda exposición en este sentido del profesor Hernández Gil en Anuario de D. civil, tomo I, fascículo II.

(180).- García Rojo, tomo I, pág. 781. Archance, ob. cit. pág. 66. Ferreiro, ob. cit., pág. 128. Bellón, ob. cit., pág. 175 y 176. Cendamines, ob. cit., pág. 104.

(181).- Vid. Serrano, loc. cit, pág. 10.

(182).- Vid. José Mosquera, Arrendamientos urbanos (interesante sentencia sobre un confuso precepto), Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, diciembre de 1950, págs. 832-838.

(183).- Hijas Palacios, Los derechos de tanteo y de retracto del inquilino y del arrendatario del local de negocio en la nueva ordenación legal, Revista General de Derecho, octubre de 1947, pág. 539.

(184).- Vid. sobre esta cuestión ya superada, Pérez Ardá, Del plazo en los retratos legales, Rev. Gral. de L. y J., año 1907, págs. 504 y 505.

(185).- Vid. García Rojo, tomo I de la ob. cit., páginas 795 y 796. Hijas Palacios, loc. cit. en la Revista General de Derecho, pág. 537. Serrano, loc. cit., pág. 10.

(186).- Sobre el cómputo de los plazos en general, vid. Savigny, Sistema del Derecho Romano actual, tomo III, págs. 193-350.

(187).- Manresa, Comentarios, tomo X, pág. 340.

(188).- Vid. García Rojo, tomo I, pág. 768.

(189).- García Rojo, ob. cit, tomo I, pág. 771.

(190).- Vid. Manresa, ob. cit., loc. cit., García Ro-
yo, loc. cit., pág. 774.

(191).- Vid. Hijas Palacios, loc. cit. en la Revis-
ta General de Derecho citada, pág. 540. García Ro-
yo, loc. cit., págs. 796-799.

(192).- Vid. Sobre las prohibiciones de disponer: -
Ríos Mosquera, Las prohibiciones de enajenar en el Registro,
R.O. de D.I., 1925, págs. 241 y siguientes. Jerónimo González,
Prohibiciones de disponer, Revista Crítica de Derecho Inmo-
biliar, 1925, págs. 658 y sigtes; Estudios, tomo I, págs.
480 y sigtes. Ceres, Valor de las prohibiciones de disponer
en el Derecho español, Revista de Derecho Privado, 1946, pá-
ginas 179 y sigtes. Azurza, Capacidad y poder de disposición,
Rev. Gral. de L. y J., 1948, 2a semestre, págs. 699 y sigtes.-
Ventura Traveset, La prohibición de disponer en la práctica
jurídica, Valencia, 1947; Fernández de Villavicencios, La fa-
cultad de disposición, en Anuario de D. Civil, 1950, na 4a. -
Vid. también la resolución de la Dirección General de los Re-
gistros de 15 de enero de 1918.

(193).- En contra, Hijas Palacios, Rev. Gral. de Dere-
cho, 1947, pág. 541.

(194).- Vid. García Ro-
yo, tomo I de la ob. cit., pági-
na 811.

(195).- Vid. Obansa, Comentarios a la nueva Ley de -
arrendamientos urbanos, pág. 61

(196).- Bellón, ob. cit., pág. 176. Arturo Gallardo y
Roberto Reyes, Información Jurídica, Febrero de 1948, na 57,
pág. 21.

(197).- Casals, ob. cit., pág. 138. Vid. Bellón, loc.
cit., pág. 176.

(198).- Hijas, loc. cit., eodem.

(199).- Vid. a este respecto la enumeración que hace
García Ro-
yo en la obra citada, pág. 814.

(200).- Vid. García Ro-
yo, loc. cit., págs. 819 y 820.

(201).- Véanse las dudas que sobre este punto expone Condomines, ob. cit., pág. 106. Vid. et. Antonio Vázquez, Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos, pág. 93.

(202).- Bellón, ob. cit., pág. 177.

(203).- García Royo, ob. cit., pág. 825.

(204).- Bellón, loc. cit., pág. 177.

(205).- Bellón, ob. cit., pág. 177. Alvarez Guerra, Comentarios, pág. 70.

(206).- García Royo, ob. cit., pág. 821. Bellón, ob. cit., pág. 177. Serrano, loc. cit., pág. 9.

(207).- Vid. García Royo, pág. 823 y 824. Serrano, loc. cit., pág. 9.

(208).- Vid. sobre la nulidad de los actos contra ley, Castro, Derecho civil de España, págs. 450 y 451 de la 1ª ed.

(209).- Vid. García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 823. Serrano y Serrano, loc. cit., pág. 9.

(210).- Vid. Jevencio Escribano, El retrato en la Ley de arrendamientos rústicos. Su concurrencia con otros retratos legales, Rev. Gral. de L. y J., marzo de 1946, págs. 330 a 335.

(211).- Vid. Castán, Derecho Civil, 7ª ed., pág. 315.

(212).- Véase lo que dijimos sobre la finalidad perseguida por cada uno de los retratos.

(213).- Vid. García Royo, tomo I, págs. 650, 830, 831 y 832.

(214).- Gómez Reino, Algo sobre el párrafo 5º del nuevo art. 296 del Código civil, Rev. de Derecho Privado, junio de 1947, pág. 467.

(215).- Vid. Ferreiro, ob. cit., pág. 131. Antonio Vázquez, ob. cit., pág. 93; en contra, Archanco, ob. cit., pág. 67.

(216).- Batlle, La reforma del art. 396 del Código civil por la Ley de 26 de octubre de 1939, Rev. Gral. de L. y J., 1942, marzo, pág. 249.

(217).- Casado Pallarés, La acción "communi dividundo" y la propiedad sobre pisos y habitaciones, Rev. de Derecho Privado, 1930, págs. 132-141, especialmente la pág. 140.

(218).- Serrano, loc. cit., pág. 9.

(219).- Fernando de la Cámara, El derecho hereditario "in abstracto", en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, julio de 1926, pág. 504.

(220).- Condomines, ob. cit., págs. 55 y 56.

(221).- Vid. Gallardo y Reyes, Boletín de Información Jurídica, año I, no 32, págs. 67.

(222).- Condomines, ob. cit., pág. 129.

(223).- García Rojo, ob. cit., pág. 643.

(224).- Condomines, ob. cit., pág. 129.

(225).- Vid. García Rojo, ob. cit., pág. 631.

(226).- Vid. et. Archanco, ob. cit., pág. 49.

(227).- Vid. García Rojo, ob. cit., pág. 633.

(228).- Véase lo que a este propósito dijimos al estudiar la misma cuestión en el retrato del arrendatario.

(229).- García Rojo, ob. cit., tomo I, pág. 633.

(230).- Gallardo y Reyes, Boletín de Información Jurídica, año I, no 32, pág. 66.

(231).- Vid. Goldschmidt, El proceso como situación jurídica.

(232).- Bellón, ob. cit., pág. 147.

(233).- Condomines, ob. cit., pág. 129. Gallardo y Reyes, Boletín citado, no 32, pág. 69. Archanco, loc. cit. pág. 52. Vázquez, ob. cit., pág. 79. Alvarez Guerra, ob. cit., pág. 54.

(234).- García Royo, ob. cit., tomo I, pág. 661.

(235).- Véase sobre esta cuestión lo que expusimos, en su lugar para los derechos de retracto del inquilino y del arrendatario.

(236).- Vid. Archanco, obra citada, pág. 51.

B I B L I O G R A F Í A

- AGVEDO (Alphonso de). *Comentarii juris civilis in hispaniae regias constitutiones*. MDCCLXXXVIII.
- ALCALA ZAMORA. *Los derroteros de la expropiación forzosa*, Madrid, 1922.
- ALGUER. Para la crítica del concepto de precontrato en *Rev. de D. Privado*, Octubre, noviembre y diciembre de 1935 y enero de 1936.
- ALVAREZ GONZALEZ. *La expropiación forzosa*, Madrid, Reus, 1928.
- ALVAREZ GUERRA. *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*. Cáceres (s.f.)
- ARANGIO RUIZ. *Historia del Derecho romano, trad. española*, Madrid, Reus, 1943.
- ARCHANCO. *Comentarios a la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, Madrid, Editorial Reylata de Derecho Privado (s.f.)
- ASCOLI. *Instituzioni di diritto civile*, 2ª edic. Società Anonima Editrice, Francesco Perrella, Napoli.
- ATARD. Algunas de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario y su mayor eficacia práctica, en *Anales de la Universidad de Valencia*, cuaderno 26 y *Revista de Derecho Privado*, - 1924, págs. 273 y sigtes.
- ATZERI-VACCA. *Delle rinunzie secondo il Codice Civile Italiano*, 2ª Edic., Torino, 1915.
- AZURZA. Capacidad y poder de disposición, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1948, 2ª semestre, pág. 699 y siguientes.

- BALLESTER (Pedro). Contra el retrato de colindantes, R.Gral. de L. y J., año 1926, tomo 148, págs. 625-659.
- BATLLÉ. La reforma del art. 396 del Código Civil por la Ley de 26 de octubre de 1939. Rev.Gral. de L. y J., marzo de 1942.
- BELLÓN. Régimen legal de los arrendamientos urbanos, Madrid, 1947.
- BELLÓN. Arrendamientos rústicos, Editorial Nacional, 1942.
- BELLÓN. Efectos en la compraventa de los retratos legales. Significación social de éstos. Particularidades del arrendamiento rústico. ¿Ocasionan deberes para el Notario? (Conferencia), en Estudios sobre el contrato de compraventa, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1947, págs. 225-248.
- BORRELL.(Antonio). Caso de enajenarse una finca urbana, sujeta, parte de ella, a censo enfiteútico ¿podrá el dominio directo ejercitar el retrato? Rev. de Derecho Privado, junio de 1944, págs. 537-542.
- BOZA MORENO (José). Arrendamientos urbanos, Madrid, Reus,1947.
- CALATAYUD Y SAN JUAN. Arrendamientos y desahucios. Comentarios al texto articulado de la Ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, Madrid, 1947.
- CALVO Y CAMINA. Retratos de coherederos, Rev. de Derecho Privado, 1915, nº 21, junio, págs. 175-179.
- CÁMARA (Fernando de la). El derecho hereditario "in abstracto" Revista Crítica de Derecho inmobiliario, julio de 1926, págs. 490-507 y eodem loco, agosto, págs. 556-567.
- CARLE (Giuseppe). La vida del derecho, traduc. de Giner de los Ríos, Madrid, Editorial Jorro, 1912.

- CARAZONY LICERAS. Los Registros de la Propiedad y especial de arrendamientos rústicos en la Ley de 23 de julio de 1942, R.O. de D.I., 1942, págs.642-651.
- CARLOMAGNO. La reforma de locación y el problema de vivienda, Buenos Aires, 1926.
- CARRIUTTI (Francesco). Metodologia del Diritto, Padova, 1939.
- CASADO PALLARES. La acción "communi dividundo" y la propiedad sobre pisos y habitaciones, R.D.Privado, 1930, págs.132-141.
- CASALS COLLEDCARRERA. El retrato en los arriendos de fincas rústicas, Barcelona, Bosch, 1946.
- CASTAN. Derecho civil español, común y foral, Madrid, Reus, 6ª y 7ª ediciones, la última en publicación.
- CASTAN. Dogmática de la sociedad de gananciales; efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos, Rev. Gral. de L. y J., 1929, septiembre, págs. 226-241.
- CASTEJON Y CHACON (Carlos). Legislación y jurisprudencia sobre inquilinato, Madrid, 3ª ed., 1949.
- CASTRO (Federico de). Derecho civil de España, tomo I, parte General, Valladolid, 1942, 1ª ed., y 2ª ed. del Instituto de Estudios políticos, 1949.
- CASTRO (Federico de). Cesión del arrendamiento y subarriendo, R. Gral. de L. y J., 1930, 1º semestre, págs. 130-169.
- CERES. Valor de las prohibiciones de disponer en el Derecho español. Rev. de D. Privado, 1946, págs. 179-185.
- CONDOMINES. Arrendamiento de inmuebles urbanos, Madrid, Editorial Revista de D. Privado.

- COLIN Y CAPITANT. Curso elemental de Derecho civil, 2a ed.,
revisada por Castán, Ortega Loxa y Pascual Marín, Reus,
1941-1949.
- COSE SECKEL. Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts in Fest-
gabe der jurist. Gesellschaft zu Berlin für R. Coek
(Berlin), 1908.
- COSSIO, (Alfonso) y RUBIO (Carlos). Tratado de arrendamientos
urbanos, tomo I, Madrid, Colección de Libros Jurídicos,
1949.
- CROME. Manuale del Diritto Civile Francese, Milán 1907-1909,
Cuatro volúmenes.
- CUELLAR. Ordenación actual de los arrendamientos rústicos,
Sevilla, 1940.
- CHACÓN SANCOS (Manuel). Notas sobre el denominado derecho de
retrato reconocido en el art. 19 de la Ley de Presupues-
tos de 27 de diciembre de 1947, en Anuario de Derecho Ci-
vil, tomo I, fascículo 22, págs. 528-535.
- DE BUEN (Demófilo). Derecho civil, dos volúmenes, Madrid, Reus,
1926-1940, 3a ed.
- DE BUEN. Renuncia de derechos, en Enciclopedia Jurídica Espa-
ñola, tomo XXVII, págs. 243-246.
- DE DIEGO . Consulta, en Rev. de D. Privado, 1929, no 74, págs.
335 y siguientes.
- DE DIEGO. Curso elemental de Derecho civil español, común y
foral, Madrid, Suárez, 1923-1927.
- DE DIEGO. Instituciones de Derecho civil español, Madrid,
1927-1932.
- CHAUSA. Comentarios a la nueva Ley de arrendamientos urbanos,
Madrid, Gráficas Ruimer, (s.f.)

- EMNECCERUS, KIPP y WOLF. Tratado de Derecho civil, traduc. y notas de Pérez González y Alguer, Editorial Bosch, Barcelona.
- ESCRIBANO (Teófilo). El art. 609 del Código civil, Rev. de Derecho Privado, noviembre de 1914, págs. 444-449.
- ESCRIBANO RUIPÉREZ (Jovenio). El retrato en la Ley de arrendamientos rústicos. Su concurrencia con otros retratos legales. Rev. Gral. de L. y J., Marzo de 1946, págs. 330-333.
- FALCÓN. Derecho civil español, común y foral, Madrid, Góngora, 1888-1890, cinco volúmenes.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIOS. La facultad de disposición, Anuario de Derecho civil, 1950, 4a.
- FERRARA. Trattato di Diritto civile italiano, vol. 1a, Athenaeum, Roma, 1921.
- FERREIRO. El arrendamiento de la propiedad urbana, Valladolid, 1a. ed.
- FLÓREZ DE QUIÑONES. Rev. de Derecho Privado, enero de 1946, págs. 64-69.
- FONCILLAS. La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad. Rev. Crítica de Derecho inmobiliario, 1928, págs. 671-681.
- FUBINI. El contrato de arrendamiento de cosas, traduc. de Roberto Sánchez, con notas de Castán, Madrid, Victoriano Suárez, 1930.
- GALINDO Y ESCOSURA. Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar, Madrid, 1896-1897, 3a ed.

- GALLARDO RUEDA (Arturo) y REYES (Roberto). Arrendamientos urbanos, Información jurídica, no 57, febrero de 1948.
- GALLARDO RUEDA (Arturo) y REYES (Roberto). Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año I, no 32.
- GARCIA ROYO (Amando). Tratado de arrendamientos urbanos, Madrid Gráficas Veluntas, 1947.
- GARCIA ROYO. Tratado de arrendamientos rústicos, Madrid, 1945.
- GARCIA ROYO. Estudio del retracto arrendaticio rústico, Anuario de Derecho civil, tomo II, fascículo IV, págs. 1419-1506.
- GARCIA MARTINEZ. Derecho civil, Valencia, 1947, dos tomos, 2ª ed.
- GASCÓN Y MARÍN. Tratado de Derecho administrativo, Madrid, Reus, 9ª ed., 1946, dos tomos.
- GOLSCHEMIDT (James). El proceso como situación jurídica.
- GÓMEZ (Antonio). Ad leges Tauri comentarium absolutissimum, Matriti, MDCCLXVIII.
- GARCIA OVIEDO. El concepto moderno de la expropiación forzosa, por causa de utilidad pública, Madrid, 1927.
- GONZÁLEZ (Jerónimo). Estudios de Derecho hipotecario y civil, con prólogo de Castán, Madrid, Uguina, 1948.
- GONZÁLEZ (Jerónimo). Arrendamientos urbanos, Madrid, Publicaciones jurídicas, 1926.
- GONZÁLEZ (Jerónimo). Derecho real de superficie, Madrid, Victoriano Suárez, 1922.
- GONZÁLEZ (Jerónimo). Prohibiciones de disponer, Rev. Crítica de Derecho inmobiliario, 1925, septiembre-octubre, págs. 658-680.

- GONZÁLEZ GARCÍA. Notas sobre el retracto arrendaticio rústico, Rev. de D. Privado, julio-agosto, 1949, págs. 647-656.
- GONZÁLEZ SOTO. La nueva Ley de arrendamientos rústicos, Madrid, 1942.
- GÓMEZ REINO. Algo sobre el párrafo 5a del art. 396 del Código civil, Rev. de D. Privado, junio de 1947.
- GOYENA. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Madrid, Sociedad Tipográfica Editorial, 1852.
- GUTIÉRREZ. Pacto de retro, Rev. gral. de L. y J. 1878, tomo 52, págs. 609-615.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ. Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, Madrid, Librería Sánchez, 1862-1869.
- GUTIÉRREZ RUBIO. Préstamos a inquilinos (Breve comentario a la Ley de 15 de julio de 1952), Rev. Gral. de L. y J., febrero de 1953, págs. 181-221.
- HERNÁNDEZ GIL. Explicaciones de Cátedra.
- HERNÁNDEZ GIL. Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de retracto con arreglo al art. 16 de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, Anuario de Derecho civil, tomo I, fascículo II, págs. 711 y siguientes.
- HERNÁNDEZ GIL. Comentario a la sentencia de 20 de mayo de 1943 Rev. Gral. de L. y J., septiembre de 1944, págs. 321-327.
- HIJAS PALACIOS. Comentarios, divulgación y crítica de la Ley de arrendamientos urbanos, 1947.
- HIJAS PALACIOS. Los derechos de tanteo y de retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocio en la nueva ordenación legal, Rev. Gral. de Derecho, 1947, octubre, págs. 536-546.

- HOYO VILLAMERIEL (Francisco del). El traspase de un local de negocio sin la notificación previa al arrendador, que manda el art. 45 de la Ley de arrendamientos urbanos, y el derecho de retracto del art. 48. R.D.Pr., 1950, págs. 983-990.
- KIRCHMANN (J.H.von). La jurisprudencia no es Ciencia, traduce. y prólogo de Truyol Serra, Institute de Estudios Politicos, 1949.
- LESSONA. Essai d'une théorie générale de la renonciation en Droit civil, Revue de Droit civil, tome XI, 1912.
- LEZON (Manuel). Prólogo al Tratado de los retractos de Ríasa, Reus, 1919.
- LEZON (Manuel). Incongruencias y paradojas legales del retracto, Rev.de D. Privado, 1916, págs.102-106, abril na 31.
- LÓPEZ PALOP. Arrendamientos de fincas rústicas en nuestra Legislación (Conferencia), en Cuestiones del Derecho Privado de nuestra postguerra, Barcelona, 1942, págs.192 y siguientes.
- LLANAS DE NIUBÓ Y LLANAS PÉREZ. Ley de arrendamientos urbanos, Barcelona, 1947.
- MADRID (Alfonso). Constitución agraria de España, Madrid, 1933.
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO. Herencias en favor del alma en el Derecho español, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.
- MANRESA. Comentarios al código civil, especialmente el tomo X, Madrid, Reus.
- MANRESA. Retracto de colindantes cuando se realiza la venta sin escritura pública, Rev. Gral. de L. y J., tome XCIV, págs. 446 y siguientes.

- MAÑE JANE (Antonio).** El retracto enfiteútico en Cataluña y su ejercicio, Rev. de D. Privado, noviembre de 1944, págs. 848-850.
- MARIN PEREZ (Pascual).** El Derecho privado y la Revolución (Conferencia), Imprenta Provincial, Segovia, 1950.
- MARIN PEREZ.** La hipoteca de responsabilidad limitada, Rev. Gral. de L. y J., octubre de 1948, y Separata, Reus, la misma fecha.
- MARIN PEREZ.** El Derecho privado en el pensamiento de José Antonio (Conferencia), Madrid, 1949.
- MARIN PEREZ.** Los derechos sobre derechos, Rev. Gral. de L. y J. octubre de 1947, y Separata, Reus, la misma fecha.
- MARIN PEREZ.** La obra cinematográfica y sus problemas jurídicos, Rev. Gral. de L. y J., julio-agosto de 1949, y Separata, Reus, 1949.
- MACHEN BENITEZ.** La inscripción de arrendamientos de inmuebles rústicos, Rev. Crítica de Derecho inmobiliario, no 143, abril de 1940, págs. 186-191.
- MENQUAL (J.M.).** El retracto legal agrario, Rev. de D. Privado tomo XI, año 1933, abril, págs. 97-106.
- MESSINA.** Sui cosiddetti diritti potestativi, en Studi Giuridiche in onore di Carlo Fadda, Nápoles, 1906, vol. VI.
- MODICA.** Teoria della decadenza, Torino, 1906.
- MORSINO MOCHOLI.** Sobre la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario, Rev. Gral. de L. y J., enero de 1948, págs. 25-56.
- MORELL Y FERRY.** Comentarios a la Legislación hipotecaria, Biblioteca de Autores españoles y extranjeros, seis tomos

y dos apéndices, Madrid, Reus.

- MORO LEDESMA. El precontrato. Rev. Crítica de Derecho inmobiliario, enero de 1934, y sucesivos artículos de la misma Revista.
- MOSQUERA (José). Arrendamientos urbanos (Interesante sentencia sobre un confuso precepto). Rev. Crít. de D. inmobiliario, diciembre de 1950, págs. 832-838.
- ONERTMAN. Introducción al Derecho civil, Editorial Labor, trad. de Sancho Gerral, Barcelona, 1933.
- OGAYAR Y AYLON (Tomás). Exposición sistemática de la nueva Ley de inquilinato, Rev. Gral. de L. y J., mayo de 1947, págs. 597-636.
- PACIFICI-MAZZONI. Il Codice civile italiano commentato, Torino, 1927-1930.
- PLANAS Y CASALS. Derecho civil español, común y foral, Barcelona, Bosch, 1925.
- PASSARELLI. Prescrizione e decadenza, en Revista di Diritto civile, 1926, págs. 556 y sigtes.
- PÉREZ ARDÁ. Cuestiones de retracto legales, Rev. Gral. de L. y J. 1914, tomo 124, págs. 481-490.
- PÉREZ ARDÁ. Del plazo en los retractos legales, Rev. de Leg. y Jurisprudencia, año 1907, tomo 111, págs. 502-511.
- POTHIER. Tratado de los retractos, traducido por Manuel Deó, anotado y concordado por Antonio Elías de Molins, Librería de Gaspar, Madrid, 1883.
- PRINYO CASTRO. Estudios y comentarios para la teoría y la práctica del Derecho procesal, Madrid, Sáez, 1950, dos volúmenes.

- PRIETO CASTRO. Para el estudio de los derechos irrenunciables, en Anuario de Derecho civil, tomo I, fascículo I, págs. 261-273.
- PUIG PEÑA. Tratado de Derecho civil español, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid.
- RAGGI. Contributio alla dottrina delle rinunzie nel Diritto publico.
- REINACH (Adolfo). Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil, traduo., notas y apéndice por J.L. Alvarez, Barcelona, 1934.
- REINO CAAMAÑO. Redención y retracto, Rev.Gral. de L. y J., año 1921, tomo 139, págs. 63-67.
- REINO CAAMAÑO. El retracto legal y la libre contratación, Rev.Gral.de L.y J., año 1918, tomo 133.
- REQUENA (Pedro S.) Comentarios a la Ley de reforma agraria, Barcelona, Bosch, 1933,
- REVISTA (La). De la naturaleza jurídica del retracto convencional; cuándo debe entenderse válidamente enajenado y procede inscribirlo, Rev. de D. Privado, mayo de 1916, nº 32, págs. 137-145.
- RIAZA. Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia, Madrid, Reus, 1919.
- RIOS MOSQUERA. Las prohibiciones de enajenar en el Registro. Rev.Crít. de D.Inmobiliario, 1925, págs. 241 y sigtes.
- ROCA SASTRE. Derecho hipotecario. Barcelona, Bosch, 1948.
- ROCA SASTRE. Estudios de Derecho privado, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, dos volúmenes.

- RODRIGUEZ JURADO. Comentarios a la legislación de arrendamientos rústicos, Madrid, Reus, 2ª ed., 1943.
- ROVIRA MOLA (Alberto de) La resolución del contrato de arrendamiento y el derecho de retracto de locales de negocio, Rev. de D. Privado, 1951, págs. 398 a 402.
- RUGGIERO. Instituciones de Derecho civil, traduc. española, Madrid, Editorial Reus.
- SÁNCHEZ ROMÁN. Estudios de Derecho civil español, Madrid, 1889-1911.
- SANTAMARIA (Victorino). Algo sobre los contratos de venta a retro. El Derecho positivo y el consuetudinario. Rev. Gral. de Leg. y Jurisprudencia, tomo 133, año 1906, págs. 68-76.
- SAVIGNY. Sistema del Derecho romano actual, Madrid, Góngora, 1878-1879, seis tomos.
- SAVIGNY. De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho. Madrid, La España Moderna, s.a.
- SCAEVOLA. Código civil comentado y concordado, Madrid, Reus, especialmente los tomos XXIII y XXIV.
- SCHAPP (Wilhelm). La nueva ciencia del Derecho. Traduc. del alemán por J. Pérez Bances, Madrid, Gale Sáez (s.a.)
- SHERRANO (Pasual). Concurrencia de retractos de colindantes y gentilicio en Aragón. Rev. de Derecho privado, abril 1914.
- SHERRANO (Emilio). Retracto legal; en Enciclopedia Jurídica Española, tomo XVII, págs. 551-558.
- SHERRANO Y SHERRANO (Ignacio). Los derechos de tanteo y retracto de la Base VI de la Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Boletín de Información Jurídica, año I, no 6.

- STOLFI. Diritto civile, tomo I, Parte general, Torino, 1919.
- TIRAQUELLUS (Tiraqueau). Comentarii de utraque retractu municipalis et conventionali, Paris, 1543.
- TRAVESSET (Ventura). La prohibición de disponer en la práctica jurídica, Valencia, 1947.
- TRAVIESAS. Contrato de arrendamiento, Rev. de Derecho privado, tomo VI, año 1919, enero, págs. 1-14, y febrero, págs. 34-48.
- TRAVIESAS. La renuncia, Rev. Gral. de L. y J., tomo 155, diciembre de 1929, págs. 554-584.
- TUHR. Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán, traducción de Ravá, Buenos Aires, 1946.
- URIA (Rodrigo). ¿Procede el retracto de un copartícipe contra otro adquirente del buque común en pública subasta? Anuario de Derecho civil, tomo II, fascículo III, págs. 1123-1129.
- VALCÁRCEL. El retracto legal arrendaticio, Rev. Gral. de L. y J., septiembre de 1944, págs. 239-255.
- VALVERDE Y VALVERDE (Calixto). Tratado de Derecho civil español, Valladolid, Talleres Tipográficos Océsta, 3ª y 4ª ed.
- VALLÉS Y PUJALS. ¿Rige en Cataluña el retracto de comuneros? Revista "Jus", mayo de 1944.
- VÁZQUEZ (Antonio). Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Madrid, Victoriano Suárez (s.f.)
- VÁZQUEZ GUDIN. La inscripción de los arrendamientos rústicos, Rev. Crít. de Derecho inmobiliario, 1942, págs. 773-781.

WINDSCHEID. Diritte delle Pandette, Torino, traduzione y notas de Fadda y Bensa, 1925-1926.

I N D I C E

.....

INTRODUCCIÓN.....

Importancia de los estudios históricos en la dogmática jurídica, 1.- Abusos a que se ha llegado, 2.- Elemento unificador en la evolución de las instituciones, 3.- Elemento diversificador, 4.- Por qué no hacemos el análisis histórico del retracto, 5.- El retracto convencional y el legal son verdaderos y auténticos retractos, 7.- Derivación y raíz de la palabra retracto, 8.

NATURALEZA JURIDICA DE LOS RETRACTOS.....

Tanteo y retracto, 13.- Multiplicidad de teorías que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del derecho de retracto, 13.- Necesidad de una distinción: esencia del derecho y técnica de su ejercicio, 14.....)

A) EL DERECHO DE RETRACTO COMO DERECHO POTESTATIVO, 15.- Ligera indicación doctrinal sobre esta clase de poderes jurídicos, 16. - Auge y desgracia de esta doctrina de los derechos potestativos, 20. - Alguna consideración crítica, 20. - El derecho de retracto no es un derecho potestativo, 22.....

B) EL DERECHO DE RETRACTO CONFIGURADO COMO DERECHO REAL, 25. - Autores que acojen esta opinión, 25. - Doctrina del Tribunal Supremo, 27.- Posición de Roca Sastre, 27.- Críti -

ca, 28.- El derecho de retraer no es inscribi-
ble, 28. - Dos graves reparos que pueden po-
nerse a esta teoría, 31. - Falta de poder in-
mediato y falta de modo de adquirir, 31.- Su-
peración de estas dificultades, 32.- Exposi-
ción de la primera, 33. - Análisis de la se-
gunda, 34. - Doctrina del título y del modo -
de adquirir, 35. - El párrafo segundo del ar-
tículo 609 del Código civil, 36. - El derecho
de retraste se nos ofrece como un propio de -
recho real, 37. - Particularidades: no suscep-
tibilidad de inscripción, 39. - Derecho de ad-
quisición preferente, 39. - ¿Es un derecho li-
mitativo de la propiedad?, 39.- Nuestra opi-
ni6n, 41. - Su ejercicio lo extingue, 46. - De-
recho subjetivamente real, 46.....

C) EL DERECHO DE RETRACTO COMO UNA ESPE-
CIE DE EXPROPIACIÓN FORZOSA, 49.- Crítica de -
esta teoría, 49.....

D) TEORÍA DE CASALS COLLDECARRERA, 52. -
Pretensión condicionada de contenido condi-
cionado, 53.- Nuestra postura frente a ella, 54.,

EL DERECHO DE RETRACTO EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS.-
56.- Modalidades de esta especie de retraste,
57.- Derecho real, 57.- Derecho subjetivamen-
te real, 59.- Derecho real limitado, 61. - De-

reche de adquisición preferente, 64.- Adqui -
sición traslativa constitutiva, 65.- Derecho
real transmisible, 66.- Sólo es transmisible
cuando se transmite el derecho real que le -
sirve de base, 67.- Transmisión del derecho
del inquilino: cesión de vivienda, 68.- Con -
tinuidad del arriendo a la muerte del titu -
lar, 69. - Transmisibilidad del retraste del
arrendatario de local de negocio, 70. - Trans -
misión del derecho del arrendador, 73. - Re -
nunciabilidad del derecho de retraste, 76. -
Regla general, 77.- Renunciabilidad del retras -
te del inquilino, 78. - Id. del arrendatario -
de local de negocio, 81. - Id. del arrendador,
82.....

FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETRAER, 84.....

Deble aspecto del fundamento de las institu -
ciones jurídicas, 85. - Finalidad social y -
proteccionista del retraste en general, 86. -
Fundamento del retraste concedido al propie -
tario de un piso en el supuesto de propiedad
horizontal, 86. - Id. del de comuneros, 87. -
Id. del de colindantes, 87. - Id. del enfitéu -
tico, 88. - Fundamento del concedido al arren -
datario de una finca rústica, 90. - El funda -
mento del derecho de retraste en los arrenda -

mientos urbanos: a) Fundamento del concedido al arrendador, 91.- b) Id. del otorgado al arrendatario de local de negocio, 92.- c) Id. del atribuido al inquilino de vivienda, 94.....

.NACIMIENTO DEL DERECHO DE RETRANR, 98.....

Teorías propuestas a propósito de esta cuestión, 99.- Teorías de Rianza y de Casals, 99.- Dos teorías fundamentales, 102.- Argumentos históricos en pro de una y de otra, 103.- Argumentos doctrinales, 106.- Doctrina de la perfección del contrato, 106.- Doctrina contraria de Antonio Gómez o de la consumación, 107.- Posición de Clemente de Diego, 108.- Jurisprudencia, 110.- Alguna indicación crítica sobre una y otra teoría, 114.- Argumentos técnicos y de utilidad jurídica que apoyan la teoría de la perfección, 115.-.....

EL DERECHO DE RETRACTO DEL ARRENDATARIO, 117.....

SUJETO, 118.- Determinación de los arrendamientos que originan el retracto, 119.- Regla general, 119.- Excepciones, 120.- Arrendamientos en que intervengan extranjeros: a) Como inquilinos, 123.- b) Como arrendatarios, 123.- Subrogación de ciertas personas en lugar del inquilino, 125.- Cesión de vivienda, 126.- Viviendas amuebladas, 127.- Excepciones a la prórroga obligatoria, 130.-

Primera causa de excepción, 130.- Análisis de los problemas que crea la causa segunda, 132.- Prueba del arrendamiento, 134.- OBJETO DEL RETRACTO, 136.- Ventas por pisos y cesión en pago, 137.- Significado de la palabra piso, 139.- Transmisión de una finca entera arrendada, 143.- Transmisión de una o varias plantas de un edificio - que contengan cada una varios pisos, 146.- Transmisión de un solo piso, 148.- Transmisión de una habitación que no forme por sí misma un piso, 149.

ORDEN DE PRELACION QUE SE HA DE OBSERVAR EN LAS VENTAS POR PISOS, 151.-.....
Viviendas, 151.- Locales de negocio, 154.- Fundamento de esta prelación, 155.- Carácter de la prelación, 156.- Transmisión hecha sin respetar el orden establecido, 157.- Tiempo para impugnarla, 158.-.....

TIEMPO EN QUE HA DE REALIZARSE LA TRANSMISION PARA QUE TENGA LUGAR EL RETRACTO, 159.....

NEGOCIOS JURIDICOS QUE ORIGINAN EL DERECHO DE RETRAER, 163.
Ventas, 167.- Promesa de venta, 170.- Dación en pago, 171.- Permuta, 175.- Otras transmisiones onerosas, 181.....

TIEMPO DURANTE EL CUAL PUEDE EJERCITARSE EL DERECHO DE RETRACTO, 188.....

Supuestos en que prosede, 184.- Plazos para su ejercicio, 186.- Término de caducidad, 190. - Determinación del momento en que empiecen a correr los plazos, 191.- Es un término judicial, 199.- Ha de contarse por días enteros y completos, 200.....

CONSIGNACION DEL PRECIO (ELEMENTO FORMAL), 202.....

Fundamentos de la consignación y del reembolso, 203.- Qué se ha de reembolsar, 204.- Análisis comparativo de los arts. 1518 del Código civil y 1618 de la Ley de enjuiciamiento civil, 205.- Carácter de la consignación, 207.- Se ha de consignar el precio verdadero, 209.- Cuando ha de hacerse la consignación, 210.- Pagos legítimos, 211.- Gastos necesarios y útiles, 212.....

FORMAS DE EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO, 215.....

Presentación de la demanda, 216.- Acto de conciliación, 217.-.....

PROHIBICION QUE SE IMPONE AL RETRAYENTE DE TRANSMITIR

EL PISO ADQUIRIDO, 219.....

Carácter de la prohibición, 220.- Ambito de la prohibición, 222.- Fundamento de esta limitación, 223.- Transmisión por actos inter vivos, 225.- Excepción a la prohibición, 226.- La peer fortuna del adquirente, 227.- La prohibición se

transmite al heredero y al legatario de quien adquirió, 228.- Transmisión efectuada no obstante la prohibición, 229.-.....

PREFERENCIA ENTRE RETRAYENTES, 232.....

El retracto del arrendatario como derecho preferente, 235.- Qué se entiende por derecho similar, 236.- La excepción y su alcance, 236.- El derecho de retracto en la propiedad horizontal, 237.- Retracto de coherederos, 240.....

EL DERECHO DE RETRACTO DEL ARRENDADOR DE LOCAL DE NEGOCIO, 242.....

SUJETO DE ESTE DERECHO, 244.- Arrendador propietario, arrendador usufructuario y cualquier otro arrendador, 244.- Pluralidad de arrendadores, 247
OBJETO DEL DERECHO DE RETRACTO CONCEDIDO AL ARRENDADOR, 249.....

EL TRASPASO ES EL UNICO NEGOCIO JURIDICO QUE ORIGINA EL RETRACTO DEL ARRENDADOR, 251 a 254.....

PROCEDENCIA DEL DERECHO DE RETRACTO QUE CORRESPONDE AL ARRENDADOR, 254.....

Cases en que se otorga, 255.- Fundamento de cada uno de los supuestos, 255.- Falta de notificación, 256.- Traspaso realizado por precio inferior al que se notificó, 259.- Dación en pago, 261.....

CUÁNDO PUEDE EJERCITAR EL ARRENDADOR SU DERECHO DE RE -
TRACTO, 263.....
Plazo único, 264.- Iniciación del cómputo para
retraer, 264.- Conocimiento anterior a la noti-
ficación, 266.....
CUMPLIMIENTO DEL ARTICULO 1518 DEL CÓDIGO CIVIL, 269...
OBLIGACIÓN DE EJERCER INDUSTRIA O COMERCIO POR EL PLAZO
MÍNIMO DE UN AÑO, 271.....
Naturaleza del mandato, 272.- Alcance de la obli-
gación, 273.-.....
PREFERENCIA ENTRE RETRAYENTES, 276.....
NOTAS, 279.....
BIBLIOGRAFÍA, 300.....