

Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad

CAPÍTULO II

EL CAPITULO VI DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

TEMA DE ESTE CAPÍTULO

Como adelanté en la Introducción (1), va dedicado este capítulo II al estudio de algunos problemas que los arts. 47 a 55 de la vigente L. A. U. plantean en relación con los principios hipotecarios y con el Registro de la Propiedad. Aunque los principales se centran en torno al art. 55, cuya glosa por ello omití en el capítulo primero, existen otros varios puntos importantes de conexión entre la publicidad hipotecaria y los preceptos del cap. VI de la L. A.U. Por ello, después de tratar la cuestión del tanteo y

(1) La Introducción y el capítulo primero de este trabajo se publicaron en el número de noviembre-diciembre de 1957 (354-355). Era entonces mi intención que siguiese el segundo capítulo lo más inmediatamente posible; pero mi compasión por los lectores de esta revista, primero, y mi deseo de recoger en él alguna referencia a la ley de 24 de abril de 1958 y al texto refundido de la Ley de Préstamos a los inquilinos, después, han concedido un más dilatado respiro a ustedes.

retracto haciendo la crítica del art. 55, nos referiremos a las falsas prohibiciones de disponer de los arts. 49, 51, 52 y 54.

Habré de salirme un poco del tema, entrando en el de los retractos legales en general. Es posible que vierta algunos conceptos heterodoxos y poco meditados sobre éstos, llevado de mis profesionales simpatías por el tercero hipotecario. Mi convencimiento de que una limitación dominical tan importante y una traba tan molesta del tráfico inmobiliario, como los retractos, debe reglamentarse clara y parcamente, es mi única disculpa. Desde ahora aconsejo recibir con gran reserva cuantos juicios emita en contra de las opiniones más autorizadas y de la doctrina jurisprudencial.

SECCION PRIMERA

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD (GLOSA DEL ART. 55 DE LA L. A. U.)

Sintetizando Roca Sastre la variedad de direcciones de la publicidad inmobiliaria, por su finalidad, valor y trascendencia, separa la de tipo meramente publicitario, de noticia (que abre plazos para ejercitar acciones), de la publicidad en vista o con miras a la protección de terceros adquirentes.

Esta separación, que si se la exagera puede ser perniciosa para llegar a una clara, completa y unitaria concepción de la publicidad, como elemento cardinal del derecho real, tiene un gran valor para distinguir dos aspectos perfectamente delimitados en las relaciones y contactos entre los retractos y el Registro, que son:

- La inscripción a favor del adquirente como momento inicial del plazo de caducidad de la acción de retracto (efectos meramente publicitarios de la inscripción).
- La inscripción a favor del subadquirente como posible momento final y extintivo de la acción de retracto (protección al tercero hipotecario frente a los retractos que no resulten del Registro).

Estos dos aspectos tienen un juego perfectamente independiente. Sin embargo, los autores frecuentemente los confunden o sólo se preocupan del primero, partiendo en cuanto al segundo de un *a priori*, que estiman indiscutible e intangible: el de que la acción de retracto debe perjudicar siempre al tercero.

Los más conspicuos defensores de la publicidad registral y de los principios hipotecarios agotan día a día sus esfuerzos en defender la tesis de que la inscripción abra el plazo de caducidad del retracto. Con la mitad de esos esfuerzos aplicados a la tarea de derrocar el tópico de los absolutos efectos *erga omnes* de los retractos, se haría más en favor de la institución registral.

No obstante los dos expresados aspectos de la relación entre Registro y retractos, corren en estrecha relación e interdependencia. Teóricamente distintos, no pueden ser estudiados por separado, pues ambos unidos forman el tema de la colisión de intereses entre retrayentes y terceros.

LA HISTORIA DE LOS RETRACTOS LEGALES

Los retractos legales tienen una historia muy accidentada; con notables altibajos. En lo escasamente que sobre ella me he documentado he creido observar que se trata de una institución que obedece a finalidades permanentes y eternas, y que tan improcedente es considerarla periclitada, como el querer prodigarla sin tino.

A) El retracto gentilicio tiene una fuerte raigambre hebreaica. Son sobradamente conocidos los *textos bíblicos* en que aparecen las que acaso no sean sus primeras manifestaciones históricas:

En primer lugar, el cap. 23 del *Génesis*. En la compra que Abraham hace a Ephron de una heredad y una cueva para dar sepultura a Sara, consiente el dueño, pero oyéndolo los hijos de su pueblo, que tendrían derecho a oponerse a la compra por el forastero.

Los versículos 23 al 34 del cap. 25 del *Levitico* son los más interesantes. Tratan del derecho de rescate y del jubileo. En ellos

aparece el distinto régimen que en cuanto a derecho de retracto y de rescate y jubileo tienen las tierras y las casas de las aldeas, las casas de las ciudades cercadas y las casas de las ciudades de los levitas. Es una arcaica manifestación de la necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano, en ésta como en tantas cuestiones.

En el cap: 4º del *Libro de Ruth* encontramos el derecho de preferencia de los propincuos en su figura de tanteo. Su lectura (2) nos demuestra cuán relativos son los progresos jurídicos a través de los milenios.

B) No es exacto que el Derecho Romano desconociese los retractos legales. Parece que fueron introducidos el gentilicio y el de comuneros por Constantino, tomándolos de la legislación hebreaica en su deseo de cristianizar la romana. Lo cierto es que una ley de Valentiniano y Teodosio (del año 391. 14-IV, 38, del *Digesto*) los derogó, conservando a título excepcional el establecido por los emperadores León y Antonino a favor de los vecinos del barrio de Metracomias. Además el Código recoge el retracto en fitéutico a favor del dueño directo (Ley 3-IV, 32).

C) En un capítulo de las Decretales se confirma el retracto gentilicio consuetudinariamente establecido en la ciudad de Perusa. No obstante, es exacta la jurisprudencia española, según la cual los textos bíblicos no forman parte del Derecho Canónico a los efectos de considerar vigentes aquéllos en las regiones en que éste es derecho supletorio.

D) En el antiguo Derecho Germánico los *Naherrechte* (derechos de los propincuos) son un residuo de la primitiva propiedad comunal o colectiva que los miembros de las familias y Municipios tenían sobre la tierra. Al surgir la propiedad individual, los derechos de señorío, de los que antes eran comuneros, se trans-

(2) Leemos en el *Libro de Rut*: Booz dice, ante diez ancianos, al pariente que tiene preferente derecho: «Noemí, vende una parte de las tierras de nuestro hermano Elimelech, y he decidido hacértelo saber delante de los ancianos, para si quieres redimir, y si no, declarármelo.» Y por fin, el pariente termina por decir: «Redíme tú usando de mi derecho, porque yo no podré.» Y descalzó su zapato, y Booz dijo a los ancianos y a todo el pueblo: «Sois testigos de que tomo todas las cosas que fueron de Elimelech, de Chelión y de Malahón de mano de Noemí.»

forman en derechos de señorío negativo o derecho de oponerse a la enajenación de la cosa, que ahora es ajena; derecho que se debilita gradualmente hasta quedar reducido a la facultad de adquirirla en caso de venta, asumiendo las obligaciones del comprador. Estos derechos de preferencia sobre los extraños para adquirir por compra se denominan con nombres diversos que indican retracto, rescate o apartamiento (*Retraktrecht, Losung, Abtriebrecht, Einstandsrecht*) (3).

Gozaban de estos derechos de preferencia: los coherederos (4), los vecinos (5), los compañeros de la marca, los comuneros, etc., etc. Además, surgen derechos de esta clase de origen convencional.

La configuración jurídica de la institución es muy diversa: algunas veces la cosa es ofrecida en venta al titular, antes de la compra por el tercero; a veces el derecho sólo puede ejercerse después de la venta al tercero; o incluso sólo después de la transmisión de la propiedad al mismo. Según algunas fuentes, puede hacerse valer frente al vendedor (como *Vorkaufrecht*, propiamente dicho); según otras, frente al tercer adquirente.

Después de la recepción del Derecho Romano sólo se conserva el derecho del señor feudal y de su sucesor en caso de venta por el vasallo, y el B. G. B. sólo ha conservado un retracto legal: el de coherederos (*Ganerbenlosung*).

Destaquemos, pues, que al empezar el siglo XX, el Derecho alemán, padre de los retractos legales, estaba en vías de acabar con ellos. El Código más progresivo en materia inmobiliaria sólo conservaba el más inocuo para el Registro, ya que la cuota hereditaria antes de la partición no está plenamente garantizada por los principios hipotecarios (6). Los retractos legales se sacrificaron en aras de la publicidad registral y de la libertad de tráfico.

(3) Contemplados en sus orígenes los retractos legales, no vemos razón para scandalizarse del nombre de retractos. Su historia justifica sobradamente una terminología de tanto abolengo, y aunque en nuestros días el retrayente no recupere, recobre ni rescate, pues la cosa no ha sido antes suya, creo muy conveniente conservar la tradicional palabra que nos esté recordando siempre el requisito típico de la institución: el vínculo de afecto quasi-dominal entre el retrayente y la cosa.

(4) «Un pariente es de mejor condición para la compra que un extraño.»

(5) «El más próximo a la linde tiene compra preferente»

(6) He aquí brevemente el régimen del *Ganerbenlosung* en los párrafos 2.033 a 2.037 del B. G. B.: Si el coheredero vende a un tercero su participación o cuota, los restantes coherederos están facultados para la *Vorkauf*. Su

Pero la historia de los retractos legales continúa. Y en la misma Alemania surgen nuevas figuras de retracto a favor del Estado, Municipios y otras personas jurídicas con finalidad de colonización interior, patrimonios familiares y reformas agrarias en general. La Constitución de Weimar considera el Vorkauf como uno de los medios para que el Estado cuide de la división del suelo en forma que impida su mal uso. Por este camino la dificultad está en detenerse. Y así, se llega en Baden y Sajonia a admitir un retracto a favor del Estado, del Municipio o del Distrito, en casi toda transmisión de inmuebles, y en Braunschweig a favor de los Municipios sobre las parcelas de más de 150 metros cuadrados. Por si esto fuera poco, estos nuevos derechos de compra preferente son más robustos que los antiguos, se llegan a extender a cualquier negocio oneroso, y a veces a los gratuitos, como en la ley del Reich de Patrimonios familiares.

Estos nuevos retractos legales no derivan de una propiedad colectiva de la tierra; pero nos recuerdan mucho la situación de los primeros tiempos de la propiedad individual, aunque en sentido inverso: entonces la propiedad colectiva y comunal se estaba transformando en individual y libre; ahora ésta tiende a transformarse en estatal. Los retractos legales que un día fueron jirones de una propiedad colectiva que se desvanecía, son ahora urdimbre de una propiedad estatal que surge por doquier. Por eso los llamados retractos administrativos deben ser cuidadosamente calibrados, y sólo la ley debe establecerlos, después de ponderar mucho el interés social o público que se pretende satisfacer.

E) En España aparecen los retractos legales con marcado sabor germánico. El gentilicio, como resto debilitado del derecho de expectativa hereditaria de la primitiva propiedad familiar germánica: derecho de consentimiento de los parientes de los diplomas

plazo de ejercicio es de dos meses, y este Vorkaufrecht es transmisible a los herederos.

Con la transmisión de la cuota al comprador se extingue el Vorkauf contra el vendedor y se ejercita contra el comprador. El vendedor ha de notificar sin demora la transmisión a los coherederos.

El comprador, transmitiendo la cuota a los coherederos, queda libre de responsabilidad por negligencia.

Si el comprador transmite su cuota a otro, el Vorkauf ha de ejercitarse contra el nuevo adquirente, y los efectos son los mismos.

medievales. Y también el *ex jure incolontus*, a favor de los asociados de la Marca; el *ex jure vicinitatis*, el *ex jure condomini*, el *ex jure domini directi* y el *retractus feodal* del Derecho longobardo. Encontramos la institución en los Fueros de la familia Cuenca-Teruel, en el Fuero Viejo y en el Fuero Real. En todos estos retractos juega un papel fundamental la publicidad de la transmisión. También en la Ley XXI de las Nuevas del Rey Sabio, cuando la transmisión se hubiera hecho ocultamente, tendrá derecho el propincuo para retraer sin tener en cuenta el plazo de nueve días. Las Partidas regulan el retracto de comuneros, iniciando el confusionismo entre tanteo y retracto, que subsiste en las leyes de Toro. En nuestra Patria los retractos legales tenían una larga y rica historia; y, sin embargo, el Código Civil también, y antes que el Código alemán, supo sacrificarlos.

Cuando se redactaba el Código Civil corrían malos vientos para los retractos legales. En la sesión de Cortes de 29 de enero de 1889, sólo una voz, y no de las más autorizadas en el campo jurídico (don Alberto Bosch), se atrevió a lamentar la supresión del retracto gentilicio, aunque sin atreverse a condenar la tendencia que lo exigía.

Más adelante veremos la posición del Código en materia de retractos. Nos basta señalar su criterio, más restrictivo, extermiñador, y comparar su régimen con el actual panorama jurídico, plagado de retractos.

NOTAS CRÍTICAS SOBRE LOS RETRACTOS

No debe afirmarse que los retractos estén en trance de desaparecer en las legislaciones; pero sí que en los últimos tiempos hubieron de sacrificarse a las necesidades del tráfico, y sólo recientemente resurgen para colaborar con la corriente reformista de la propiedad inmueble.

Ya hemos visto la posición del Código Civil alemán. El moderno Derecho italiano también es muy parco en esta materia. Hay retracto de coherederos; pero no de comuneros en general. Y perdido en las monografías sobre la enfiteusis se encuentra la llamada prelación a favor del concedente (retracto del dueño directo exclu-

sivamente) (7). El régimen del Derecho suizo es muy similar al alemán (8), y ni en la doctrina francesa ni italiana encontramos la petulante figura de los derechos reales de adquisición.

Por el contrario, la lista de retracto y tanteos legales se alarga constantemente en nuestra legislación. Por todas partes surgen retractos administrativos y otros de interés privado; pero que, amparados en el interés social, se rodean de todo género de privilegios, por muy perturbadores de la libre contratación y del principio de seguridad del tráfico que resulten. Aquí hemos de colocar los dos tanteos y retractos de la legislación de arriendos urbanos y el retracto del arrendatario rústico. Más adelante defenderemos la necesidad de ordenar el caótico mundo de los retractos en nuestro Derecho. Aquí sólo queremos desear que no continúe la riada y que se medite dónde encaja el retracto y dónde no.

Lo más interesante es no perder de vista la tradicional motivación de la institución. Esta gira sobre la idea de que por ciertas circunstancias que se dan entre una persona y una cosa ajena, aquélla debe tener preferencia para la adquisición en igualdad de condiciones a cualquier otra persona; y esas circunstancias son

(7) El retracto enfitéutico del C. C. italiano, que es prelación que sólo se concede al dueño directo, y que no se reconocía en el C. C. italiano anterior, es, en opinión de Cariotta Ferrara, un derecho potestativo, en cuanto da al titular la facultad o poder de determinar un cambio en la situación jurídica preexistente independientemente de la voluntad del otro sujeto de la relación.

La prelación tiene un término de decadencia de treinta días desde la notificación del propósito de enajenación al enfitéuta (tanteo) y de un año desde el conocimiento de la venta en caso de falta de notificación (retracto).

En este segundo caso el concedente se dirige contra el tercero, y si entre tanto ha enajenado a otro el derecho de enfitéusis, se rescata frente a este otro. Cabe la transmisión voluntaria; pero si el actual enfitéuta rehusa transferir al concedente la sentencia judicial, actúa el rescate.

El tercer adquirente no puede oponer su buena fe ni el haber transscrito su adquisición (haber inscrito en el Registro); en todo caso se concede el retracto (arts. 2.643 y 2.644º del C. C. italiano).

Es interesante, como remarcá Cariotta Ferrara, esta particularidad, como dando a entender que es algo que se sale de lo normal en puras líneas jurídicas: «Quiere esto decir que quien adquiere un derecho de enfitéusis debe averiguar que el enajenante ha notificado al concedente la propuesta de enajenación, indicando el precio, y que ha transcurrido un mes sin que el concedente haya ejercitado el rescate».

(8) El Derecho suizo conoce dos figuras de derecho de adquisición: El *droit de reméré*, equivalente a nuestro retracto convencional y el *droit d'emption*, consistente en la obligación asumida por el propietario de vender a otro el inmueble si se lo exige, asumida con efectos reales, mediante su anotación en el Registro inmobiliario. Sólo, una vez anotado, subsiste este derecho contra todos los propietarios sucesivos durante diez años.

siempre derivadas de una conexión de quasi-dominio, semi-dominio o vocación sentimental al dominio de la cosa. Casi todos los derechos de preferencia aparecen construidos sobre el de comuneros; casi todos los retractos legales implican una cierta participación en el dominio de la cosa. Esta motivación aparece clara en el retracto enfítéutico, y los retractos arrendaticios tienen su inspiración inmediata en el enfítéutico. En cuanto el arrendamiento tiende a perdurar, dotándole la ley de duración mínima con tendencia a la perpetuidad, se adorna con las viejas galas de la enfiteusis, y al legislador, atendiendo más a sus parecidos prácticos que a sus teóricas diferencias de naturaleza jurídica, no le arredran las dificultades de construir un derecho real como accesorio de otro que dicen que continúa siendo meramente personal.

Ya en otro lugar nos referimos al giro al parecer iniciado por la jurisprudencia hacia una interpretación restrictiva de las normas referentes a los tanteos y retractos arrendaticios, en cuanto limitan las libres facultades del dominio (9). Esta tendencia viene impuesta por el principio de que la propiedad se presume libre; pero, ante todo y sobre todo, por exigencias mínimas de seguridad del tráfico y de protección de los terceros. Estas exigencias han llevado a todas las legislaciones a reducir, cuando no a suprimir totalmente los retractos. No es mucho pedir que entre nosotros se vaya valientemente a poner orden y prudencia en materia de retractos y se trate de encontrar las fórmulas más convenientes para salvar la colisión entre los intereses de los retraentes y los de los terceros.

Alfonso del Moral ha dicho que «acicatado sin duda por un sentimiento intuitivo, el Notariado tiene el ceño fruncido y la bayoneta calada contra el tanteo y el retracto»; pero aunque se solidariza con esa postura, se hace eco de la advertencia de Castán cuando aconseja al jurista español vacunarse contra los peligros del sentimentalismo jurídico (10). Los Registradores también sue-

(9) En la nota (6) del cap. 1.^o de este trabajo, «Rev. Crí.», nov.-dic., pág. 776.

(10) Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 9 de mayo de 1950. En ella cala hondo, y sobre todo con bella prosa, en la íntima esencia jurídica del derecho de adquisición; pero, en definitiva, nos deja con la miel en los labios, sin mostrarnos ningún camino despejado entre la floresta de los retractos legales, ni ningún método para la doma de estos desbocados corceles que amenazan con volcar el carro del tráfico jurídico inmobiliario.

len mostrar su enemiga a estas trabas del *jus disponendi*; pero es frecuente tener poco éxito en la pugna, por cierta propensión a despreciar la importancia del adversario. Para luchar contra los retractos es preciso, primero, que lleguemos a conocerlos bien (11).

BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RETRACTO LEGAL

Sobre la naturaleza jurídica de los retractos legales no encontramos una serie de teorías contrapuestas que pretendan darnos cada una la estructura jurídica de los mismos con su completo cuadro de contenido y efectos de tal estructura derivados, sino una serie de opiniones dispersas vertidas para tratar de solucionar problemas concretos y a veces no fundamentales.

a) Por ejemplo, la polémica entre los mantenedores de la tesis de la resolución a que parece conducir el art. 1.506 del Código y los defensores de la subrogación, que se fundan en la letra del 1.521¹ y en la autoridad de Pothier, es en ocasiones puramente platónica, pues ni unos ni otros llegan a consecuencias tajantes derivadas de su particular criterio, en las materias fundamentales de contra quién debe dirigirse la acción, según haya o no sucesivos adquirentes, si éstos pueden quedar indemnes del retracto y si la sentencia de retracto hace dueño sin más al retrayente o si es una mera sentencia de condena a una retransmisión del adquirente al retrayente.

(11) El que se estudien a fondo los retractos en España desde este ángulo de limar sus cortantes aristas, no quiere decir que se den alas a la categoría de los derechos reales de adquisición. No sólo es lamentable la simpatía del legislador español por los retractos, sino el entusiasmo de nuestros tratadistas por dicha categoría. El aprendiz de jurista español se llega a formar la falsa idea de que tal figura jurídica es tan básica y universal que su falta en nuestros tratadistas anteriores era poco menos que un síntoma del atraso español. Es preciso desarraigar este prejuicio, para cerciorarse de cómo los derechos reales de adquisición son desconocidos en la doctrina dominante francesa e italiana, y en la alemana tienen tan reducido ámbito, que únicamente por el exceso de rigurosidad conceptual de la mentalidad germánica se han colocado frente a los derechos reales de goce y a los de realización de valor. De lo que decimos en otros lugares se deduce que esta pomposa figura, que tanto éxito tiene entre nuestros autores modernos, no es sino el parto de los montes, incluso en la tierra del padre de la criatura.

Dar vuelos a la categoría de los derechos reales de adquisición es pernicioso, porque es animar al legislador a que siga complicando la vida jurídica con más figuras retractuales cada día.

La mayoría de los autores se dejan llevar de las palabras de Pohtier: El derecho de retracto no es otra cosa que el derecho de hacer suya la compra de otro y el de constituirse comprador en su lugar. El retracto no tiende nunca a destruir el contrato, sino a que el retrayente se subrogue en los derechos resultantes del mismo que correspondan a la persona del comprador, sobre quien el retracto se ejerce. El 1.521 se ajusta perfectamente a esta postura, pero no tiene objeto discutir si hay resolución o mera subrogación si no es para limitar los efectos del retracto a vendedor y comprador, dejando indemne al tercero adquirente si de mera subrogación se trata. Cuando en 1915 Clemente de Diego, aunque un poco a regañadientes (pues advertía que el concepto de subrogación sólo tiene aplicación en las relaciones obligatorias), admitía el carácter real del retracto y los efectos *erga omnes* y *ex tunc* de la acción, diciendo que no cabe aplicar el artículo 1.295, 2.º, dejaba sin la más importante consecuencia a la teoría de la subrogación.

b) Otras veces la discusión con pretensiones más modernistas versa sobre si estamos ante una mera facultad o un derecho subjetivo, o un derecho potestativo o de formación. Es totalmente estéril si no se hace analizando cada caso de retracto particular para observar la conexión de dependencia o independencia con una titularidad básica. En la cuestión de los retractos arrendaticios hay que comenzar por preguntarse cómo de un derecho más débil (el personal del arrendatario) puede derivarse un derecho más fuerte (el real del retrayente).

c) Más interesante para nuestro tema es el análisis y crítica de la tesis de Roca Sastre, al llevar a sus últimas consecuencias hipotecarias la idea ya antigua de que los retractos son limitaciones del dominio nacidas de un privilegio (Sánchez Román).

Es frecuente oponer el criterio de Roca a la posición de la mayoría, que ve en los retractos legales un derecho de adquisición. Sin embargo, Izquierdo hace la objeción de que aunque los retractos legales no necesiten ni deban ser inscritos, esto no quiere decir que no sean derechos reales, porque la inscribibilidad de éstos es regla general, pero no principio absoluto. Y, además, dice que mal puede pertenecer al estatuto de la propiedad un accidente

que afecta a muy pocos casos y de manera temporal y muy limitada.

A continuación pasaremos a estudiar la opinión de Roca Sastre, aunque acaso sea innecesario, por lo conocida y repetida por todos. Precisamente lo terrible de las opiniones de Roca es su virulencia de contagio. Así, vemos que Lacruz Berdejo, en reciente obra tratando de ciertos derechos publicados de otra manera que el Registro, después de referirse breve pero muy acertadamente a los derechos reales patentes (servidumbres aparentes), se limita a decir en otro apartado que la fe pública no se extiende a la configuración legal del dominio y derechos reales. Esto—añade— es completamente natural, y nada sufre por ello la seguridad del tráfico. Las limitaciones y cargas públicas afectan a todos los propietarios por igual, vienen publicadas por la ley, son cognoscibles por cualquiera y con ellas debe contar todo adquirente. Y cita los consabidos arts. 26, 1.^o, y 37, 3.^o, de la L. H.

TESIS DE ROCA SASTRE SOBRE LOS RETRACTOS LEGALES

Para Roca la fe pública registral no defiende al tercer adquirente de las limitaciones legales o estatutarias de la propiedad inscrita: en cuanto a las limitaciones de origen institucional o legal, la actuación del principio de fe pública registral está excluida. Estas limitaciones son simples restricciones de la propiedad, que por derivarse naturalmente de ella o ser establecidas por la ley, están *investidas de una publicidad que supera la que el Registro puede proporcionar*, haciendo superflua su inscripción.

Más que limitaciones de la propiedad, son delimitaciones de la misma—continúa diciendo—, por cuanto determinan hasta dónde llega el poder del titular del dominio o derecho real, ya que, en virtud del estatuto general de la propiedad, las cosas, según la posición que ocupan o las circunstancias que en ellas concurren, están sujetas a tal o cual reglamentación, de la cual pueden derivarse restricciones o limitaciones. Por ello, éstas tienen generalmente carácter absoluto e impersonal, de modo que *viven independientemente del Registro y frente a ellas no puede hablarse propiamente de terceros*; pues funcionan por simples razones ob-

jetivas e independientemente de la persona del dueño; de aquí que estén fuera del ámbito y alcance del principio de fe pública registral; de manera que ningún tercer adquirente puede eludirlas, fundándose en que el Registro no las constata.

En opinión de Roca Sastre confirman este criterio: el art. 5, 3.^º, del Reglamento Hipotecario; el 37, 3.^º, de la Ley Hipotecaria y el 26, 1.^º, de la misma: la ley permite que la acción de retracto legal pueda ejercitarse aun contra tercer adquirente; a éste le podrá ocurrir que a consecuencia de la subrogación que el retracto legal implica, se vea privado de la finca o derecho adquirido, y esto sin que el Registro le revele explícitamente las causas de la tal privación, tratándose de retractos como los de colindantes (12).

La particularidad propia de la posición de Roca Sastre consiste en entender que la doctrina derivada de los arts. citados (5, 26 y 37), y según la cual las acciones de retracto legal perjudican al tercero hipotecario, no constituye excepción al principio de fe pública, y lo entiende así porque los retractos legales son *limitaciones públicas* de la propiedad, respecto de las cuales no entran en juego los principios hipotecarios.

Sólo en un pasaje parece asustarse un poco Roca de su propia teoría: aquel en que dice que, «además, en cierto modo, puede decirse que los derechos de tanteo y retractos legales, al menos en su aspecto activo, ya están registrados cuando lo está el dominio o derecho de cuyo contenido de facultades son ampliación», y continúa poniendo el enfitéutico como ejemplo.

(12) En nota a su afirmación de que el tercer adquirente es perjudicado por la acción de retracto legal, con el pretexto de aclarar que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 denomina tercero poseedor al tercer adquirente, precisamente hablando del retracto legal, transcribe el párrafo de dicha Exposición de Motivos de que «la Comisión no se cansa de repetirlo: esto se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante.» Y no se preocupa Roca de deshacer el equívoco que produce al estudiante con esta nota, pues deja sin aclarar que lo que la Exposición de Motivos quería destacar es que contra el comprador primero no se podía paralizar la acción de retracto, que contra el que no se daba era contra el tercero poseedor. Es verdad que en otra breve nota al texto del núm. 2 del art. 37, dice que antes de la reforma de 1869 sólo se refería la ley a la acción de retracto legal en la venta o derecho de tanteo en la enfitéusis, y aun hablaba de ella en el art. 38, o sea en el precepto destinado a señalar las acciones que no afectan a tercero.

CRÍTICA DE LA TESIS DE ROCA.

Meditando sobre las afirmaciones de Roca, lo primero que se piensa es que, ante lo tajante del art. 37, 3.^º de la Ley, ha creido lo más conveniente, ya que no podía salvar al tercero hipotecario, salvar al menos el principio de fe pública. Sus esfuerzos por arrojar fuera del campo hipotecario, a la tierra de nadie del estatuto institucional del dominio, todos los retractos legales, pretenden quitar una excepción al principio de fe pública para dar más relevancia, lustre y generalidad al mismo. Parece a primera vista que si se suprime la excepción, el principio se fortalece y ensancha.

Pero creo que no podía escapar al fino sentido jurídico de Roca Sastre que era peor el remedio que la enfermedad, y que, en definitiva, su posición es fatal para el principio de publicidad registral, pues en cuanto admitamos la posibilidad de que los principios hipotecarios resulten inoperantes respecto de todas las limitaciones dominicales, más o menos remotamente inspiradas en un interés público, general o social, más o menos trascendental, estará en peligro de naufragio la institución registral, y con él un fundamentalísimo interés público: el interés en la seguridad jurídica.

Acaso la raíz de la postura de Roca Sastre haya de buscarse en dos terrenos distintos, aunque muy próximos: un cierto desprecio a la posición de la ley de 1861 ante el problema, y un desenfoque de éste, por contemplarlo solamente desde el punto de vista de los retractos tradicionales.

La manera que Roca tiene de disimular y casi ocultar el criterio de la primera Ley Hipotecaria sobre el particular, y el giro que dió la ley de 1909 en este punto, parece indicar que siente casi vergüenza de lo que entiende que fué un inexplicable despiste del legislador de 1861. Y no se ha parado a pensar que el criterio primitivo es el correcto desde el punto de vista del principio de publicidad que el legislador quería introducir, y el concorde con la naturaleza jurídica que el C. C. da a los retractos legales (13).

(13) Las opiniones de Roca, que recogemos y criticamos en el texto, son las originales, las que han causado éstas, las que han pasado a la masa de la sangre de los que han estudiado Derecho hipotecario desde 1941. Nos dirá

El giro introducido por la ley de 1909 no descansaba en principios jurídicos, sino en razones de oportunidad. La posibilidad de que, mediante fraudes y simulaciones de segundas enajenaciones se vulnerasen fácilmente los retractos, indujo al legislador, deformando y retorciendo las líneas de los retractos legales en el C. C. y en la L. H., a dar efectos *erga omnes* a la acción de retracto, y a dárselos sin necesidad de inscripción en el Registro.

Pero es importantísimo tener en cuenta, y Roca no lo tenía, que el legislador no vió obstáculo grave en hacer todo esto en 1909, porque pensaba en unos cuantos tipos de retracto, en los que es verdad que están investidos de una publicidad superior a la que el Registro puede proporcionar, y es verdad que, en cierto modo, se desprenden naturalmente de las mismas inscripciones registrales. Efectivamente, el adquirente de un dominio útil, de un dominio directo, de una cuota indivisa y de una finca de menos de una hectárea, sólo con conocer la ley (clara por otra parte) y examinar muy simplemente el folio registral de la finca, puede saber con certeza si tiene peligro de algún retracto procedente de transmisiones anteriores.

Pero desde el momento que existen retractos legales en que ésto no ocurre, desde que se admiten retractos legales no aparentes, no visibles, no fácilmente determinables, lo primero que hay que hacer es dar marcha atrás y replantear el problema, retrocediendo a 1861, aunque solo sea para saturarse del entusiasmo de los autores de la L. H. por el principio de publicidad, y comprender que las limitaciones públicas deben ser limitaciones publicadas, y que en cuanto la publicidad de la ley sea, por si sola, insuficiente para conocer la limitación dominical, es imprescindible la publicación registral para que surta efectos *erga omnes*.

Roca que ya ha puesto las cosas en su punto (por ejemplo, en las págs. 8 a 10 del tomo III de su 5.^a edición); pero creemos que está obligado a mucho más si quiere deshacer lo mal hecho. No pretendemos obligarle a que «prospugne por la vuelta a la vieja norma de la ley de 1861, pero creemos que no es lícito que se conforme con decir que «el problema no es fácil de solucionar».

RESEÑA HISTÓRICA DE LAS RELACIONES ENTRE REGISTRO
Y RETRACTO EN ESPAÑA

Sería salirnos demasiado del tema intentar hacer un análisis histórico de la publicidad registral en materia de retractos. Por otra parte, es una materia muy descuidada en la doctrina española, tanto en los tratados generales (14), como en trabajos monográficos (15). Esto es más de lamentar cuando fueron los retractos legales quienes mantuvieron el fuego sagrado de la publicidad inmobiliaria en frases históricas, en que la degeneración de la *traditio* y el confusionismo entre formas probatorias y solemnidades de publicidad amenazaron confundir lo real y lo obligacional, los derechos *inter partes* y los derechos *erga omnes* (16).

(14) Nótese, por ejemplo, la brevedad de Roca, tan exhaustivo y minucioso siempre, al referirse al cambio introducido por la Ley Hipotecaria en materia de acciones de retracto legal. No sólo deja en el aire el momento y razones de su traslado del art. 38 al 37, sino que induce, en sus primeras ediciones, al error de creer que fué en la reforma de 1869.

(15) Vemos cómo Aspiazu, sin hacer distingos entre la ley de 1861 y la de 1909, e incluso pareciendo que se quiere referir a la primera, elogia la claridad y acierto con que la L. H. y C. C. regularon las relaciones entre el Registro y los retractos, dando a éstos eficacia contra tercero dentro del plazo de ejercicio. Luego, en su trabajo dedicado a los retractos arrendaticios, no se vuelve a preocupar del tercero ni a relacionar con él la paralización de la inscripción que al parecer ordenaba ya la L. A. U. anterior, que él comentaba. Y termina pidiendo volver al sistema de la Ley Hipotecaria: que el retracto siga produciendo efectos *erga omnes*, pero que sea el Registro quien publique la apertura del plazo restractual, alargando dichos plazos y complementando esa publicidad con edictos de los Registradores (??) si se estima preciso.

Es, pues, Aspiazu un claro ejemplo de los que se esfuerzan en mantener la inscripción en el Registro como momento inicial del plazo de caducidad de los retractos, y en cambio no hacen el menor esfuerzo en volver al criterio de la primera Ley Hipotecaria, que incluso parecen desconocer; cuando esto sería la verdadera defensa de los principios hipotecarios y de la seguridad del tráfico. La solución de los edictos expedidos por los Registradores me parece un trabajo inútil. Igual de molesto es para el retrayente pasar por el Registro que pasar por el tablón de anuncios de los lugares de costumbre.

(16) Muchos puntos del régimen de los retractos son interesantes para descubrir la esencia del fenómeno traslativo del dominio, como derecho real *erga omnes* y para profundizar en la mecánica interna y en la justificación filosófica de la teoría del título y el modo. Así, por ejemplo, las disputas sobre el momento en que se actualiza el derecho de retracto. Cuando los doctores de la Universidad de Salamanca deciden por mayoría que debía nacer con la tradición y desde ésta iniciarse el término de ejercicio de la acción, estaban consagrando la tesis incontrovertible de que sin publicidad no hay eficacia *erga omnes* de los derechos: ni a favor ni en contra.

Y cuando Covarrubias defendía el texto literal de la Novísima (Libro X, tit. XIII, Leyes 1.^a y 3.^a), que siguiendo al Fuero Real, hacia nacer el derecho del retrayente desde el contrato, se colocaba en la postura española sobre el

Pero tenemos necesariamente que decir algo de la postura del C. C. y de la L. H. en materia de retractos en relación con la publicidad, y especialmente sobre el giro de la L. H. de 1909.

A) *Sobre cómo es muy dudoso que el C. C. pensase en conceder efectos contra terceros a las acciones de retracto legal.*—Ningún artículo del C. C. concede efectos *erga omnes* a los retractos legales que regula. Muy al contrario, una interpretación histórica, lógica y literal, nos conduce a negarles tales efectos.

En primer lugar, porque la L. H. entonces vigente se los negaba, y no hay el menor síntoma de que el Código pretendiese cambiar de criterio.

En segundo lugar, porque ya sabemos que su entusiasmo por los retractos legales era bien escaso. Si no llegó a suprimirlos totalmente, su regulación es tan restrictiva, que no hay que pensar en que pretendiera darles más efectos que los que de su texto resulten.

Y de su interpretación literal y sistemática se deduce:

a) Que el art. 1.521, al partir de la palabra subrogación, enmarca plenamente la figura en el ámbito de las obligaciones y de las relaciones meramente personales. Si le hubiera querido dar efectos reales, hubiera dicho que el retracto legal es el «derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago», *aunque éste la haya transmitido a otro*.

b) El art. 1.525 demuestra que no quiso conceder efectos reales a la acción de retracto legal, sino más bien quitárselos, si acaso los había tenido en la legislación anterior a la L. H. de 1861. Cuando este artículo dice que en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los arts. 1.511 y 1.518 y nada dice de los arts. 1.510 y 1.520, demuestra que solamente quiso que en cada transmisión naciese un nuevo derecho de retracto contra el nuevo comprador.

problema; en la castiza y propia de nuestra psicología jurídica, el modo, la traditio, la publicidad, la inscripción, son elementos cardinales del nacimiento del derecho *erga omnes*; pero para quien conoce el contrato, aún no publicado, el derecho ha nacido ya, porque así es justo, como justo es que para el Príncipe la ley exista antes de haberse publicado.

Esta opinión de Covarruvias parece que llegó a ser la dominante, y sólo Gómez continuó manteniendo la de la tradición.

Pensemos que incluso en el 1.510 se deja a salvo lo dispuesto en la L. H. En materia de retracto legal, consideró el Código que no tenía nada que aclarar, porque no daba efectos contra tercero civil al retracto, y mal podía dárselo contra el tercero hipotecario. No se rozaba para nada el criterio del art. 38 de la L. H.

A raíz de la publicación del Código, se formó una atmósfera rara en torno a esta materia. Tratadistas muy autorizados no sólo seguían respetando el criterio de la L. H., sino que destacaban lo intencionado de la supresión de toda referencia al 1.520 en el art. 1.525. Así, Mucius Scaevola sacó a colación la primitiva edición del Código, que declaraba aplicable al retracto legal el art. 1.520, referencia que fué suprimida en la edición definitiva, lo que demuestra que deliberadamente se quiso excluir tal aplicación. Estos tratadistas no encontraron dificultad en que el Código, igual que la L. H., no hiciese prevalecer el retracto frente al tercer propietario.

Otros, como Ramón Gayoso Arias, creyeron que la supresión de la referencia al 1.520 obedeció a creerla innecesaria, dado el carácter del retracto legal, su índole resolutoria (?) y a que de antiguo no originó su carácter real las agrias controversias que el convencional. Esta opinión es algo aventurada, pues la existencia del art. 38 de la L. H. exigía que el Código fuese más explícito si pretendían cambiar de criterio, que para terminar con discusiones doctrinales, como en materia de retracto convencional.

Otros autores empezaron a obsesionarse con lo fácil que resulta burlar los retractos si no se les concede efectos contra los subadquirentes. Y en vez de seguir el correcto camino de las presunciones de simulación o de complicidad en el fraude, se dedicaron a criticar la L. H. y a defender que el Código había cambiado de criterio.

B) *Sobre el giro dado por la L. H. en esta materia.*—Pero antes de seguir es preciso destacar lo que tan frecuentemente se quiere olvidar: que la L. H. de 1861 incluyó en la lista de acciones que no afectaban a tercero, de su art. 38, la de «retracto legal en la venta o derecho de tanteo en la enfiteusis». Y la Exposición de Motivos, con profético temor y clarividencia del confusionismo que luego habría de producirse, decía, al defender este criterio de

la ley: «La Comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante» (17).

(17) No podemos sustraernos al deseo de transcribir completos los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que a los retractos se refieren. Sólo por venirse silenciendo en los tratados de Derecho hipotecario hemos llegado a la desesperada situación actual. Dice así la Exposición:

«Tampoco podía admitir la Comisión que, pasada la cosa a un tercer poseedor, hubiera lugar al retracto en la venta. El retracto convencional no necesita esta declaración, porque si la venta está inscrita en el Registro, la condición resolutoria del contrato aparecerá también en él y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna. Si no está inscrita la condición resolutoria, será porque no se haya expresado en el contrato, tal vez por burlar la ley; pero sea la omisión efecto de descuido o de mala fe, sólo debe perjudicar a los negligentes y a los maliciosos, no al tercero que compre en la seguridad de que no existe semejante condición resolutoria.

La dificultad, pues, sólo puede existir respecto al retracto gentilicio y al de comuneros, bien lo sea en el dominio absoluto de la finca o por estar divididos entre ellos el dominio directo y útil. No corresponde a la Comisión examinar en esta Exposición las ventajas o inconvenientes de semejantes clases de retractos; no tiene por qué recordar tampoco la censura de que son objeto, la odiosidad que en sentido de sus mismos defensores tienen, la necesidad legal de interpretarlos siempre estrechamente, la opinión de uno de los Cuerpos Colegiadores, marcada muy significativamente respecto del retracto gentilicio, la omisión de éste en el proyecto del Código Civil y la restricción grande que pone al de comuneros, concediéndolo solamente en el caso de que se venda al extraño por uno de los condueños la cosa que no pueda dividirse cómodamente o sin menoscabo, tampoco le corresponde entrar en el examen de las legislaciones forales, en alguna de las cuales se da mucha mayor extensión a los retractos.

Respetando lo existente tal como se halla, sólo propone reforma en la parte que se pone a los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título; de otro modo, para ser consecuente, sería necesario admitir la regla del Derecho aragonés, en virtud de la cual el comprador de una cosa sujeta a retracto no puede vender dentro del término legal para retraer, lo que en último resultado vendría a convertir en derecho de tanto el que es de retracto, y haría indispensable en todas las adquisiciones por título universal de cosas que procedieran de padres o de abuelos la cláusula de que quedaban sujetas al retracto.

En los términos cortos y fatales en que es permitido el retracto, pocas veces se presentará el caso de haberse hecho a un tercero la enajenación de la heredad sujeta a él, y que ésta se haya inscrito en el Registro; pero cuando ocurra no debe disimular la Comisión que si se separa, ya que no del derecho escrito, de la jurisprudencia recibida por regla general, la cual, fundada en que el retracto nace inmediatamente de la ley, estima que, a imitación de las acciones reales, debe darse contra cualquier poseedor a que pase la cosa durante todo el tiempo concedido para retraer.

Al derecho de tanto en la eniteusis es extensivo lo que queda expuesto respecto al retracto legal por la venta. Pero la Comisión no se cansa de repetirlo: esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante.»

La jurisprudencia del Tribunal Supremo fué fiel al precepto hipotecario. Una sentencia de 3 de junio de 1867 decía que la acción de retracto no puede entabliarse sino contra el comprador. Por la brevedad de los plazos para retraer y por lo claro del precepto hipotecario, acaso no fuesen muchos los pleitos que llegasen al Supremo para dilucidar el punto que nos ocupa; pero lo cierto es que corría ya el siglo actual y el Tribunal Supremo continuaba diciendo que no puede prosperar la acción de retracto si dentro de los plazos y antes de ser notificado el comprador de la demanda hubiese enajenado la finca a un tercero, y éste la hubiera inscrito a su nombre (S. de 3 de enero de 1901).

Pero la corriente doctrinal a que antes nos referimos no dejaba de pensar en la fácil burla de los retractos no efficaces contra los subadquirentes. Sánchez Román, desesperado de no encontrar en los arts. 1.521 a 1.525 ningún argumento favorable a su deseo de que el C. C. hubiese derogado el art. 38 de la L. H. en este punto, se asío, como a clavo ardiendo, a la frase «en todo tiempo hasta que transcurra un año» del art. 1.639, interpretando arbitrariamente que en todo tiempo quiere decir contra cualquier adquirente. Manresa, en abierta contradicción, estimó que esta ocurrencia era pueril, diciendo que el art. 603 del Código, que ordena estar a la L. H. para determinar los efectos de la inscripción, era suficiente para impedir una derogación del art. 38, tan buscada por los pelos. Efectivamente creemos que Sánchez Román, con bonísimas intenciones, y sin percatarse de lo perturbador de la tendencia que se iniciaba, confundía los efectos de la inscripción como momento inicial del plazo de caducidad del retracto y la paralización de la acción frente al tercero protegido por la L. H. Pasaaba por alto la advertencia de la Exposición de Motivos de ésta, cuando decía que la paralización de efectos contra terceros poseedores nunca afectaba a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante.

Pero fué Oliver quien, traicionando a los principios hipotecarios e inclinándose a la misma tesis de Sánchez Román, hizo, con su autoridad como hipotecarista, que los reformadores de 1909 trasladasen las acciones de retracto legal del art. 38 al art. 37, dedicado a enumerar los casos en que se dan contra terceros las acciones rescisorias, resolutorias y subrogatorias.

Cuando vemos, después, a Valverde alabar y a Mucius Scaevola criticar el cambio introducido por la L. H., tenemos que pensar que éste es uno de los problemas en que la discusión siempre está abierta, especialmente entre los juristas teóricos y los juristas prácticos.

El Tribunal Supremo se tuvo que rendir ante lo indudable del nuevo texto legal, y, como ya vimos, Clemente de Diego, en 1915, reconocía que el retracto estaba concebido, *en los tiempos modernos*, como un derecho real. El giro legal y jurisprudencial estaba consumado. Sólo bastaba llevar a sus últimas consecuencias la paradoja de un derecho real no necesitado de inscripción para surtir sus efectos *erga omnes*, para que la tesis de Roca Sastre surgiera como ineludible. La reforma de 1909 desarmó a los paladines del tercero, que demasiado precipitadamente se dieron por vencidos (18). Empleando términos de otra luminosa Exposición de Motivos (19), podíamos decir que contra el inocente tercero se fué fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal; pero que es contraria a la realidad y subleva su conciencia, y cuando quiere defenderse no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado.

Lo cierto es que el C. C. y la L. H. de 1909 tuvieron un recíproco comportamiento caballeresco muy curioso. El C. C. no sólo mantuvo la protección del tercero frente a los retractos legales en los mismos términos que la L. H. de 1861, según opinaron acertadamente Manresa, Mucius Scaevola y el Tribunal Supremo, sino que con su perentorio plazo de nueve días, a contar de la inscripción (1.524 y 1.638), dejaba, prácticamente, libre de retractos a la propiedad inscrita (20). El Código, en aras de los principios hipote-

(18) La posición de Roca sacando las acciones de retracto legal de las excepciones al principio de fe pública, para colocarlas como limitaciones legales o estatutarias del dominio en regiones inaccesibles a dicho principio, es evidente prueba de que los defensores del tercero están en retirada. Creyendo inútil la defensa del tercero, Roca se conforma con cubrir las apariencias, evitando que surja una excepción al principio de fe pública. Pero ya dijimos que este remedio es peor que la enfermedad.

(19) Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(20) Probablemente le induciría a esto su animadversión a los retractos, lógica en un Código individualista y de tónica liberal; pero la consecuencia era que al regular los retractos de colindantes y comuneros, parecía buscar el fomento de la inscripción de la pequeña propiedad y de las fincas indivisas, más que combatir el minifundio y las proindivisiones. Y no debían olvidar

carios, sacrificaba los mismos retractos que él creaba. Para no ser menos, la ley de 1909, sacrificó a sus hijos predilectos, los terceros, en holocausto a los retractos legales, velando por los intereses de los retrayentes, con celo que el Código estaba muy lejos de sentir. Se impone, después de descubrirse ante tan magníficas cortesías, tratar de remediar las lamentables consecuencias de esas reciprocas hecatombes y encontrar una fórmula, si la hay, para coordinar la efectividad de los retractos con la protección de los terceros.

C) *Sobre cómo la Ley Hipotecaria de 1861 siguió vigente muchos años después de ser reformada por la de 1909. (La reserva autenticada de la acción de retracto enfitéutico en Cataluña).—* En el retracto enfitéutico en Cataluña se venía desde antiguo comprendiendo que su mecánica, menos obstaculizadora del tráfico, era que el dueño directo diera su consentimiento a las enajenaciones del dominio útil, si no deseaba utilizar su derecho de «fadiga». Una R. O. de 7 de noviembre de 1864 dijo que cuando por motivos atendibles no haya podido el dueño directo aprobar la escritura de enajenación, los derechos de laudemio y «fatiga» quedarán salvador, expresándose así en el documento y en el Registro, en la forma expresada por la L. H., respecto de los títulos que contienen cláusula resolutoria.

Los efectos registrales del retracto no pueden ser más perfecta y sencillamente regulados que en este viejo texto legal: o retracto desaparecido por consentimiento del retrayente o reserva autenticada en el Registro.

Este sistema es respetado por las Resoluciones de la Dirección de 16 de mayo de 1889; 20 y 22 de octubre de 1898; 16 de enero de 1905, y 24 de agosto de 1915. Así, vemos cómo la primera de ellas dice: la enajenación del dominio útil hecha sin la aprobación del señor del dominio directo adolece de un defecto subsanable; pero será inscribible si por motivos justos y valederos no se hubiese obtenido esta aprobación, siempre que en tal caso queden a salvo en el documento y en la inscripción los derechos del dueño directo.

nunca este comportamiento del Código Civil quienes en cualquier forma quieren valerse del venerable texto para menguar efectos o restar méritos al Registro de la Propiedad.

Pero pasa el tiempo. Se va olvidando lo discutible del giro dado por la reforma hipotecaria de 1909 sobre los efectos contra terceros de las acciones de retracto; se inicia la tendencia de las escrituras y los asientos registrales concisos, de que todo esté en la ley y casi nada en los títulos, y llegamos a la Ley de Censos de Cataluña de 31 de diciembre de 1945, que, despreciando el criterio de aquella R. O. y de la acertada jurisprudencia de la Dirección, que supo resistir varios años después de haberse cambiado de criterio por la L. H., dice en su art. 41: «El censatario podrá enajenar libremente la finca censada sin necesidad de manifestar que deja a salvo los derechos de los censualistas.» Desaparece así la cláusula inscribible de reserva, encaminada a percibir a los terceros, e introducido el sistema confusionista y rígido de que los retractos legales, por tener una publicidad derivada de la ley misma, muy superior a la que el Registro..., etcétera, etc.

D) *Sobre cómo la jurisprudencia no es culpable de la postergación del principio de publicidad en materia de retractos.*— No hacemos tema de este trabajo el derecho positivo sobre la eficacia contra tercero de las acciones de retracto en general. Por ello dejamos para mejor ocasión el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros sobre la materia. Pero si haremos una ligera referencia a algunas sentencias y resoluciones que han obligado a forcejear a los Tribunales en colisiones de intereses entre retrayentes y terceros.

En primer lugar, destacaremos que el Tribunal Supremo aceptó sin ninguna reserva mental el criterio de la ley de 1861 hasta su derogación por la ley de 1909. No es la última en este sentido la de 3 de enero de 1901, según la cual la acción de retracto no puede prosperar contra tercero (21).

Cuando más adelante se desorbitan las consecuencias de que se estime el derecho de retracto como un derecho real, la jurisprudencia del Tribunal Supremo inicia la protección de los subadquirentes por el único camino que el nuevo criterio legal le

(21) Así la sentencia de 11 de febrero de 1911 dijo que, expropiada legalmente la finca al comprador antes de la contestación, no cabe el retracto de aquélla.

dejaba: exigir que la demanda se amplie a los terceros o que se estable nueva demanda contra ellos, considerando inatacable su adquisición en tanto no sean vencidos en juicio.

Y aun aquellas sentencias en que los tratadistas se apoyan para afirmar la vulnerabilidad de los subadquirentes por las acciones de retracto, no demuestran que el Supremo esté tan entusiasmado como la doctrina con esa idea. Ejemplo de ello es la sentencia de 11 de noviembre de 1947, cuando habla de una subrogación del retrayente en lugar del adquirente, por lo que la acción ha de dirigirse contra este último, sin perjuicio de «que se amplie a los adquirente posteriores, *a fin de que consientan aquella subrogación*».

Muchas sentencias nos prueban que el Tribunal Supremo, en la mayor parte de los casos debatidos, destaca la acción de retracto contra los subadquirentes para salir al paso de maquinaciones fraudulentas, más que basándose en fundamentos institucionales del retracto. Así, la de 4 de julio de 1956, en que paladianamente confiesa cómo las sentencias que hacen prevalecer el retracto a toda costa responden a un designio único, que consiste en frustrar cualquier intento de crear situaciones que puedan obstar al normal ejercicio de una acción de retracto intentado y en curso por actos posteriores a la actuación judicial (22).

Es, como vemos, la obsesión de las maquinaciones fraudulentas lo que ha conducido a esta orientación; sin pensar mucho en que las maquinaciones pueden ser también de signo contrario para defraudar a un auténtico subadquirente honrado y de buena fe.

Otro punto flaco de la jurisprudencia dominante es lo poco preciso que queda el papel que juega la anotación de la demanda de retracto en relación con los efectos de la acción contra los terceros adquirentes. Así, una sentencia de 1 de junio de 1956 dice que, hecha tal anotación, queda supeditada la inscripción del comprador de la finca retraída a las consecuencias del momento de la anotación. Y la resolución de la Dirección General de

(22) Continúa diciendo esta sentencia que tales situaciones que se intentan crear, a veces se apoyan en una anómala resolución contractual, otras en el otorgamiento ulterior de una escritura de venta o en la práctica de sucesivas transmisiones con las que intenta complicarse la marcha normal y correcta del proceso.

los Registros de 29 de octubre de 1946, que se planteó, con la máxima gravedad, el problema de los efectos de la anotación de demanda de retracto, llegó a unas consecuencias acaso excesivas, pues parece prescindir de la presencia de los posteriores adquirentes en el juicio de retracto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima necesaria (23).

Repetimos que no queremos aquí entrar a analizar la jurisprudencia sobre los efectos *erga omnes* de los retractos. Nos basta con adelantar por ahora que no es un bloque granítico contra el cual habían de estrellarse todos los intentos de revisar doctrinalmente la posible defensa del tercero hipotecario contra los retractos no resultantes del Registro; sino una serie de casuísticos tanteos encaminados a encontrar la solución justa en el caso concreto, siempre con la mira de salir al paso de fraudes, maquinaciones y artimañas.

E) *La proliferación posterior de retractos.*—El giro dado por la L. H. de 1900 no era muy pernicioso, en tanto que los retractos no se prodigaban. Pero desde entonces han surgido nuevas figuras por doquier, y es preciso reflexionar en serio sobre la forma de coordinar los retractos con la publicidad inmobiliaria.

No es posible hacer aquí una síntesis clasificadora y ordenadora de la larga lista de retractos y tanteos legales que podríamos formar con riesgo de agotar la paciencia. Desperdigados por disposiciones legales y reglamentarias, hay multitud de tanteos y retractos, todos ellos con características, finalidades, requisitos y efectos diferentes.

En primer lugar, encontramos la más completa anarquía en los plazos de caducidad. Desde los nueve días hasta los diez años hay plazos para todos los gustos. Respecto a cómo y cuándo se inicia el plazo de caducidad, no sólo hay varios criterios, sino que, en la mayor parte de los tanteos y retractos, hay grandes vaguedades y dudas. Unas veces el derecho de preferencia sólo se concede como derecho de retracto; otras, solamente como tanteo; otras se conceden el tanteo y el retracto en forma indepen-

(23) Esta resolución entendió que, anotada una demanda de retracto y con posterioridad una hipoteca (otorgada antes de la demanda de retracto), procede la cancelación de la hipoteca sin más que el testimonio de la sentencia favorable al retrayente, dictada sin ser parte el acreedor hipotecario.

diente y sucesiva; otras se conceden el tanteo y el retracto en vía excluyente (el retracto, sólo cuando no se ha podido ejercitar el tanteo). En muchos casos, el mismo juego del derecho de preferencia es lo dudoso, por no estar claro si puede ejercitarse en ambas fases o no. El más desconcertante casuismo reina en materia de los actos originadores del derecho de preferencia: desde el criterio restrictivo de la venta o dación en pago hasta las recientes creaciones, en que el derecho de preferencia se convierte en derecho de adquisición, sin acto traslativo originador, como en la legislación de unidades mínimas, o en el derecho de acceso a la propiedad de las legislaciones de arrendamiento. Todo es vario, incierto, dudoso. El profesional vacila, el pueblo no sabe a qué carta quedarse.

Coyunturas económicas anormales, en connivencia con un determinado aspecto de la sorda lucha del contribuyente contra la presión fiscal, han enrarecido, además, la atmósfera en torno a los retractos, al convertir, en cierto modo, a los retrayentes en agentes del Fisco, y frente a los valores escriturados cortos, con miras de defraudación fiscal, surgen los valores declarados excesivos para alejar a los retrayentes. Se trunca la motivación de los retractos, a la que al principio nos referimos, y se transforman en instrumentos de especulación y en arma de la mala fe.

Las ventajas e inconvenientes de la multiplicación constante de los retractos no siempre son bien ponderadas por el legislador. Pueden ser muy serias las razones sociales que aconsejen la introducción de un derecho de retracto, y no obstante cualquier descuido en la manera de regularlo puede acarrear desastrosas consecuencias y conducir a injustos resultados. Ante todo, es imprescindible no olvidarse de los intereses de la seguridad del tráfico.

Clara muestra de que el legislador va comprendiendo lo delicado de la cuestión, son las vacilaciones, reformas y retoques que las leyes de arrendamientos rústicos y urbanos presentan en esta materia. La reforma de 1949 en la Ley de Arrendamientos Rústicos, desconectando retracto y Registro, hay que reconocerla lógica si se pretende conceder al arrendatario un derecho serio. Sería la ideal si no fuera por el problema de los subadquirentes y el mito de la eficacia *«erga omnes»* y de los retractos.

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946-47 inicia, entre incorrecciones técnicas y de redacción, un sistema nuevo, aunque no original: el hacer de la notificación al arrendatario un requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La nueva ley sigue por ese camino, en la forma que vamos a ver.

LOS EFECTOS CONTRA TERCERO DEL RETRACTO ARRENDATARIO.

Adolfo Reinach (24) dijo que «ha sido un ingenioso pensamiento poner los derechos absolutos al servicio de las pretensiones relativas». Innecesario aclarar que estaba pensando en la colossal contribución de los derechos reales de garantía al progreso jurídico. Y debemos observar que para la perfecta realización de este ingenioso pensamiento se sintió la necesidad de reforzar el momento publicitario del derecho real. En efecto, el derecho inmobiliario registral se llama hipotecario, porque fueron los derechos reales accesorios y de garantía de pretensiones relativas los que más imperiosamente reclamaron una publicidad efectiva.

Los creadores de los retractos arrendatarios fueron demasiado lejos en ese ingenioso pensamiento de poner los derechos reales al servicio de las relaciones meramente obligatorias. A través de una serie de razonamientos confusos, apresuradamente hechos en una coyuntura jurídica de emergencia, nos hemos encontrado de la noche a la mañana con unos derechos reales sin publicidad, completamente clandestinos y derivados de un derecho personal, cual el del arrendatario, asimismo carente de publicidad.

Nos llevaría muy lejos tratar de hacer la disección de los equívocos y confusionismos que han llevado a tal situación. Sólo apuntaremos uno de ellos, que por cierto se baraja poco cuando se filosofa sobre la naturaleza personal o real del arriendo: la subconsciente idea de que la posesión real e inmediata del arrendatario es sobrado elemento de publicidad de la relación jurídica arrendaticia y de sus facultades derivadas, cual el retracto. Pero esta idea es totalmente falsa.

Nos tenemos que limitar aquí: 1º A desear que pronto se vuelva a plantear con serenidad y sin prejuicios la cuestión de la

(24) *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, pág. 54.

inscribibilidad del arrendamiento; que no se continúe fortaleciendo dia a dia las características *erga omnes* de esta figura, al margen del régimen general de los derechos reales inmobiliarios, y que no se piense siempre que el fracaso del régimen formalista y publicitario de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 obedeció a causas fatales y permanentes de nuestro agro, ni que el art. 2.^o de la ley de 23 de julio de 1942 es un río sin retorno. 2.^o A hacer una breve síntesis de las varias soluciones posibles al problema de los efectos *erga omnes* de los retractos arrendaticios.

Estas soluciones son las siguientes:

- a) Conceder efectos contra terceros al retracto arrendaticio; pero hacer de la inscripción en el Registro el momento de iniciación del plazo de caducidad del retracto. Es el sistema del Código Civil. Su perfeccionamiento sería que, a partir de la inscripción, hubiese otro plazo más largo que el de caducidad, pasado el cual la demanda entablada no pudiese perjudicar al tercero que inscriba antes de la anotación de la demanda (25).
- b) No conceder «efectos *erga omnes*» más que a los retractos procedentes de arrendamientos inscritos o anotados en el Registro y sólo cuando en la inscripción conste la reserva autenticada de no haber consentido el arrendatario la transmisión ni haberse justificado la notificación al mismo seguida del transcurso de un plazo.
- c) Conceder efectos contra terceros al retracto, aun sin arrendamiento inscrito o anotado, pero siempre que conste la expresa reserva autenticada, que se haría siempre que, faltando dichos consentimiento o notificación, no haya manifestación jurada del transmitente de no existir arrendamiento.

(25) Todavía se ha defendido la solución del Código Civil al elaborarse la vigente L. A. U. Una enmienda del señor Laguna Azorín pedía que se hiciese expresa referencia al art. 1.524 del Código, para que no quedase *sine die* pendiente el ejercicio del retracto, con los inconvenientes subsiguientes a la inestabilidad de la propiedad». Se opuso a esto, que interesa que comience a contarse el plazo cuando efectivamente tenga el arrendatario conocimiento de la transmisión.

d) Conceder efectos contra tercero al retracto; pero suspender la inscripción de la transmisión mientras falte el consentimiento o notificación al arrendatario, seguida ésta de un plazo, salvo manifestación jurada del transmitente, de no existir arrendatario.

e) No conceder efectos contra terceros al retracto; pero suspendiendo la inscripción en los mismos términos que en el caso anterior.

Todas estas soluciones, y otras cualesquiera que pudiesen idear, tienen sus ventajas e inconvenientes. El legislador no deja de vacilar y no acierta a decidirse.

La coordinación de Registro y retractos debe partir de la separación tajante a que la Exposición de Motivos de la ley de 1861 se refería: relaciones *inter partes* (vendedor, comprador y retrayente) y relaciones frente al tercero hipotecario.

Por ello no soy partidario de centrar toda la problemática de la cuestión en la iniciación del plazo de caducidad del retracto ni de defender que en esa iniciación intervenga la inscripción registral.

El retracto legal debe estar sometido a un corto plazo de vida: el razonable para decidirse por comer las berzas o dejarlas comer. Momento de iniciación del plazo de caducidad debe ser, pues, el conocimiento de la transmisión por el retrayente, ya sea este conocimiento espontáneo o provocado por la *denuntiatio*.

Ahora bien: la prevalencia cada vez mayor del principio de seguridad jurídica sobre la justicia misma y los inconvenientes de la notificación irregular que deja las situaciones jurídicas (en nuestro caso el dominio) a merced de una incierta y difícil prueba del conocimiento, han llegado a imponer la necesidad de notificaciones auténticas.

El Código Civil, nacido en tiempos que veían en el Registro de la Propiedad una institución de publicidad inmobiliaria completa y perfecta, digna de toda protección y robustez, y confundiendo la publicidad encaminada al tercero futuro e indeterminado con la *denuntiatio* a persona determinada y con derecho a ella, llegó a la conclusión precipitada y simplista de que si el re-

trayente podía conocer por el Registro la transmisión, el plazo para retraer empezaba a correr desde la fecha de la inscripción, identificando así el poder conocer con el deber conocer, ni más ni menos que el art. 2.^o del Código en materia de publicidad de las leyes.

No ignoro la posible defensa del criterio del Código, si es que necesita alguna, pues al fin y al cabo es el de la ley civil fundamental. Sé que hay muchos, especialmente entre mis compañeros, que no se cansan de alabarle por cuanto estima y valora la misión y efectos del Registro. Es verdad que siendo el Registro medio oficial de publicidad inmobiliaria, no hay por qué darle menos valor y sonoridad que a aquellas publicaciones al toque de campanas y *robraciones* a la «colación exida de la misa», que en los antiguos Fueros avisaban a los propíncuos tronqueros para ejercitar sus retractos. Pero yo nunca me he atrevido a hacer la defensa de los arts. 1.524 y 1.638 del Código, que no dejan al que en serio piense en su derecho de retracto más solución que conseguir un empleo en el Registro, renunciando a toda vocación y enfermedad, pues con ocho días que falte puede todo haber pasado (26).

Suprimanse los retractos en buena hora si se cree que más dañan que benefician; pero concederlos en forma que sean tan fácilmente burlables y complicar en la burla a una institución que goza de seriedad y prestigio, es inaceptable. Con razón puede hablarse aquí del Registro como burladero y defensa de la argucia.

Inter partes, el Registro no tiene nada que hacer, y transmitente, adquirente y retrayente son partes en la compleja relación retractual, de la misma manera que lo son el deudor y los acreedores cedente y cesionario, aunque también aquí se haya defendido que la inscripción de la cesión pueda hacer las veces de notificación al deudor.

Si se quiere que la publicidad registral juegue entre adquirente y retrayente, habría de ser por el camino de hacer el arrendamiento acto inscribible, y la intervención del arrendatario inscrito necesaria para purificar del derecho de retracto la transmisión;

(26) Cossío dice que en este caso la publicidad del Registro es más teórica que práctica, y añade que el retrayente se encontrará siempre fuera del plazo, a no ser que tenga montado un servicio de escucha permanente, y no siempre seguro y económico, en las oficinas del Registro.

pero, puesto que se ha elegido el camino de hacer del arrendamiento un derecho suprarreal sobre la base de elementos puramente fácticos y ajenos a la publicidad registral, lo lógico es dejar el retracto, derecho filial del arrendaticio, fuera también de la mecánica del Registro y dependiendo sólo de la notificación fehaciente de la transmisión.

Pero, en definitiva, retracto y Registro tienen que ponerse frente a frente en el caso de que surja el auténtico tercero, es decir, el subadquirente, en relación con el retracto originado por la adquisición anterior. Ya sabemos que la Ley Hipotecaria de 1909 sacrificó de antemano también a este auténtico tercero, pues indudablemente se refiere a él cuando dice que las acciones de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen, se darán contra tercero. Sabemos también que el Código, con su plazo perentorio, garantizaba totalmente al subadquirente, pues nueve días pasan pronto; pero el problema no queda resuelto con soluciones imprecisas y poco rigurosas, y es necesario abordarlo en su totalidad.

Cada vez es más urgente la formación de una doctrina jurídica unificada sobre los retractos legales en relación con los terceros adquirentes; pues en la actualidad hay una porción de criterios contradictorios derivados de la frondosa variedad con que se estructuran los retractos en las relaciones *inter partes*. Los retractos de comuneros y colindantes siguen un sistema; el enfitéutico, otro parecido pero no igual; el del arrendatario rústico, otro; el neo-retracto de colindantes de la ley de unidades mínimas, otro; el retracto del Patrimonio forestal, otro; el de la propiedad horizontal, otro, y, en fin, el retracto arrendaticio urbano, otro, que, bueno o malo, quiera Dios que sea el último y el definitivo en torno del cual se pueda construir pronto la doctrina correcta y refundir todos los demás.

Esta unificación de la doctrina jurídica de los retractos y sus efectos respecto de terceros, tiene necesariamente que edificarse sobre la derogación del apartado 3.^º del art. 37 de la Ley Hipotecaria. Este apartado no ha sido excesivamente perturbador, mientras el Código Civil tenía prácticamente excluidos los retractos para la propiedad inscrita; pero no resiste la crítica tan pronto como se han establecido retractos serios y que se pretende que

sean efectivos. Para conseguir a la vez que el titular de un retracto legal esté protegido con una acción real *erga omnes*, cosa imprescindible si se quiere que sirvan para algo, y que la protección del tercero hipotecario no se nos esfume y el Registro se quede sin su fundamental «para qué», es preciso encontrar una fórmula transaccional lo más sencilla posible.

Repetimos que esta fórmula tiene que prescindir del art. 37, ap. 3.º, El subadquirente, frente a una acción de retracto, nacida no de su adquisición, sino de otra anterior, que debe gozar en principio de la protección del art. 34 de la ley. La norma instauradora de un retracto es publicidad normalmente bastante para el adquirente, y allí donde haya peligro de que por si no lo sea, ella misma debe proporcionar al adquirente la forma de conocer si existe el retracto (27), pero varía mucho la cuestión para el subadquirente; es abusivo cargar a éste con la obligación de una complicada encuesta o investigación para descubrir ignorados y remotos retractos latentes procedentes de enajenaciones anteriores, y tiene perfecto derecho a que el Registro le garantice y le proporcione, no indicios para esa complicada encuesta, sino la seguridad de que si el retracto no consta en el Registro no debe afectarle.

El caso es que la L. A. U. de 1946, aunque en forma casi ininteligible y que ocasionó numerosas dudas, se lanzó por el camino de la suspensión de la inscripción.

No vamos a hacer ninguna referencia a los problemas que planteaba la indescifrable redacción del último párrafo del art. 64 de la ley anterior en relación con el art. 69 de la misma (28). Tam-

(27) De aquí que la primera preocupación de toda norma instauradora de un retracto legal es instaurarlo con una claridad excepcional en cuanto a sus presupuestos. Los retractos de comuneros, de colindantes y enfitéutico no podían ofrecer la menor duda al adquirente, especialmente en el de comuneros, y, en el enfitéutico, con el Registro y el Código tiene bastante; pero el arrendatario, por ejemplo, es cosa más complicada, porque primero hay que saber si hay arrendatario o no, y luego si éste goza de retracto o no, y ya vimos que todo son dudas en esta materia. Algo se ha conseguido, no obstante, si triunfa el criterio restrictivo de la sentencia de 17-5-55, su materia interpretativa de que hablamos en la nota (6) del cap. 1.º de este trabajo, pág. 774 del núm. 354-355 (nov.-dic. 1957).

(28) En brevíssima síntesis, por ser materia sobradamente conocida, las opiniones que podemos llamar notariales sobre el párrafo último del art. 64 y el art. 69, donde la L. A. U anterior, se polarizaron en:

a) Interpretación literal o del doble cómputo: cómputo principal a partir de la inscripción, y cómputo subsidiario a partir del conocimiento de la trans-

poco vamos a referirnos a las soluciones que la legislación ha seguido en otras figuras de retracto.

Vamos a limitarnos al art. 55 de la nueva ley, haciendo una ligera referencia a su gestación y un breve comentario. Si al llegar aquí nos atreviésemos a decir que el art. 55 da pie para defender que la L. A. U. se ha mostrado partidaria de que el retracto arrendatario urbano no perjudique a terceros, posiblemente la mayor parte de mis lectores no seguirían adelante para evitarse leer tonterías. Por eso no nos atrevemos a ello y lo dejamos para decirlo al final, cuando ya no tenga remedio.

Lo que a continuación decimos sobre las posiciones mantenidas por los Procuradores Cortiñas y Poveda, en las discusiones en las Cortes, son meras suposiciones e imaginaciones mias. No me he atrevido a molestar a estos compañeros para tratar de sacarles sus verdaderas opiniones sobre la cuestión debatida. Solamente el contenido aproximado de la enmienda Cortiñas tiene un minimum de certeza.

LA GESTACIÓN DEL ART. 55 DE LA L. A. U. VIGENTE

Este artículo no figuraba en el texto del proyecto de Ley de Bases de reforma de la legislación de Arrendamientos Urbanos. Probablemente la postura de la Comisión fuese el seguir las líneas de orientación dadas por la legislación de arrendamientos rústicos que desconectó totalmente el retracto arrendatario del Regis-

misión; pero como actúan independientes se da la consecuencia peregrina de que la inscripción puede hacer revivir un retracto caducado e iniciar un nuevo plazo.

b) Interpretación lógica. Ambos inicios del cómputo son independientes, pero, abierto el plazo por cualquiera de ellos, ya no se vuelve a cerrar, y como la notificación debe preceder a la inscripción, será el conocimiento el verdadero y único momento inicial del plazo.

Desde otro punto de vista, las opiniones que podemos llamar registrales desembocaron en otras dos posturas:

a) La falta de notificación impide la inscripción, porque esto parece que quiere decir el art. 64.

b) La falta de notificación no impide la inscripción, porque nadie es capaz de saber lo que el art. 64 quiere decir.

Para un estudio ya afortunadamente retrospectivo del problema, ver: Ríos Mosquera, «Rev. Crit. de Der. In.», año 1950, pág. 832, y sentencia de 7 de julio de 1948.

tro de la Propiedad. Acaso pensó la Comisión que lo mejor era no considerar la inscripción como momento inicial del plazo de caducidad de la acción de retracto; pero tampoco hacer de la falta de notificación impedimento para la inscripción de la transmisión.

Pero el Procurador señor Cortiñas presentó una enmienda que fué admitida, y que con ligeros retoques, que a continuación destacaremos, pasó a formar parte de la Ley de Bases, y luego a ser el art. 55 del texto refundido.

Los razonamientos del señor Cortiñas no dejan de ser a primera vista convincentes. Decía aproximadamente en su propuesta de enmienda que si el título fuera inscribible, no habiéndose notificado al inquilino, éste, en cualquier momento y sin sujeción a plazo alguno, podría hacer uso del derecho de retrair, pudiendo pasar para ese ejercicio no sólo meses, sino años, dejando por ello a estas adquisiciones en un estado de inestabilidad contrarias a la garantía jurídica que necesitan las relaciones inmobiliarias y prestándose a la mala fe del inquilino en el caso de que, revalorizada la propiedad, pasados años ejerciese el retracto, alegando que no se le había hecho notificación fechante.

Fueron inútiles las argumentaciones contrarias del señor Poveda. La enmienda del señor Cortiñas tuvo la habilidad de escondarse contra toda argumentación, describiendo con gruesos rasgos el posible caso de mala fe y maquinación fraudulenta del inquilino si la falta de notificación no se hacía circunstancia impenitiva de la inscripción. No hacia falta más: el *leit motiv* de la legislación de arrendamientos urbanos es la persecución azarosa y por mil vericuetos de los arrendadores y arrendatarios torticeros.

Suponemos cuáles serían las argumentaciones de Poveda en contra de la enmienda: La situación del arrendatario no notificado nada mejora con paralizar la inscripción; antes bien, se le priva de un fácil medio de tener conocimiento de la transmisión oculta. La situación del adquirente respecto del retracto tampoco se altera, pues nadie mejor que él puede obtener información sobre si hay arrendatario con derecho a retracto y si ha sido o no notificado; sabiendo que la inscripción no afecta al retracto, ya procurará que se haga la notificación. Por cualquier lado que se mire es más razonable el criterio de la inscripción que el de la suspensión, ponderando bien los intereses en juego de vendedor, com-

prador y arrendatario. Basta pensar que la exigencia de la notificación fehaciente como requisito formal necesario tiene el juego de una exacción semifiscal, en el caso en que todos los interesados tengan mutua confianza en su palabra de caballeros o de hombres de bien. Pero el imaginar que todavía pueda haber casos de éstos, como el imaginar que haya casos en que los gastos de una notificación fehaciente constituyan algo no tan despreciable y un montón de circunstancias más, favorables a la tesis de la inscribibilidad sin notificación, era patrimonio exclusivo de un funcionario rural como el señor Poveda, eran ya cosas olvidadas por el señor Cortiñas y tenían que sonar a cuentos de Calleja, a quienes sólo enfocaban el problema pensando en las grandes casas de la gran urbe.

De todas maneras, el Señor Cortiñas tenía su parte da razón; pero al argumentar su enmienda parecía no darse cuenta de ello. Cuando decía que estas adquisiciones (las originantes del retracto, no notificadas) se dejaban en un estado de inestabilidad contrarias a las garantías jurídicas que las relaciones inmobiliarias necesitan; cuando después expone como argumento de Aquiles el de la posibilidad de que un arrendatario con notificación no fehaciente pueda llevar su maldad al extremo de ejercitar el retracto cuando pasados años le suponga un pingüe negocio; y cuando en su enmienda se conforma con la notificación para que la inscripción pueda practicarse, y no exige la notificación más el transcurso del plazo de retracto, nos demuestra de una manera clara que la parte de razón que su enmienda tenía había quedado en el subconsciente del señor Cortiñas.

Mucho nos tememos que en la polémica Cortiñas-Poveda no saliera a relucir el tercero hipotecario. Si no salió a relucir y no se separó de manera radical la posición del adquirente y la posición del subadquirente, tendrán que convenir conmigo ambos en que su discusión era estéril.

En resumen, la admisión de la enmienda del señor Cortiñas fué la obra del tercero hipotecario, aunque nadie se diese cuenta de su presencia.

Los retoques que se introdujeron en la enmienda de Cortiñas fueron:

— Correcciones de mero estilo y sintaxis que carecen de trascendencia.

— Una de más trascendencia consistente en lo siguiente: La enmienda decía que deberán haberse practicado «cualquiera de las notificaciones prevenidas en los párrafos 1.^o y 2.^o de esta Base, para poderse inscribir». Es decir, que era suficiente cualquiera de las dos notificaciones, o bien la para tanteo o bien la para retracto; sólo faltando ambas se suspendía la inscripción. Ello es una prueba de que Cortiñas no se planteó el problema del tercero hipotecario, ya que para que éste pueda alegar en su día que transmisión inscrita es equivalente a transmisión purificada de todo posible retracto (aun prescindiendo de los problemas del art. 49), será necesario apoyar la inscripción en la notificación para retracto, pues siempre cabe que arrendatario y Juez discrepen de la opinión del Registrador sobre la concordancia entre la notificación para tanteo y la transmisión efectuada, o sobre si la notificación contenía todos los requisitos exigidos.

El texto del art. 55, variando la redacción, exige, para inscribir, el que se justifique que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los arts. 47 y 48, con los requisitos exigidos, y al final del artículo, para convertir la anotación en inscripción, exige que se acredite «haberse practicado las notificaciones».

La redacción es menos clara que en la enmienda. En otro lugar defenderemos la conveniencia de interpretar que la notificación para retracto es imprescindible, o al menos conveniente.

Terminamos esta reseña de la génesis del art. 55 destacando cómo Poveda tenía también razón cuando defendió el criterio de la inscribibilidad, si bien con la toma de razón de no haberse notificado la transferencia. Cualquiera que fuese el mayor o menor hincapié que hiciese en separar la posición del primer adquirente y del subadquirente, dicha solución es la más correcta y conveniente en tanto que no haya manera de librarse al tercero hipotecario de los nefastos efectos *erga omnes* de las acciones de retracto legal.

GLOSAS DEL ART. 55 DE LA L. A. U.

Cualquiera que sea la regulación futura que se consiga para que los retractos legales obstaculicen lo menos posible el tráfico inmobiliario, de momento, tratándose del arrendaticio urbano, te-

nemos que conformarnos con el art. 55 (29), e incluso reconocer que con él están las cosas por lo menos más claras que con el párrafo último del antiguo 64. No podemos decir lo mismo en cuanto al párrafo 2.^o del art. 55, que se ha limitado a sustituir las palabras «vendido» y «vendedor», por las de «transmitido» y «transmitente», conservando la absurda redacción del precepto.

A) La regulación actual, por criticable que sea, no ofrece duda: la falta de justificación al Registrador de haber tenido lugar las notificaciones para tanteo y retracto es un defecto subsanable que origina la suspensión de la inscripción de la escritura translativa del piso, local o finca, y que permite al interesado solicitar la anotación preventiva del núm. 9.^o del art. 42 de la Ley Hipotecaria.

La subsanación de este defecto consistirá en justificar, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, o de la anotación preventiva o de sus prórrogas en su caso, que se han practicado dichas notificaciones en forma legal.

Si las notificaciones se han practicado y su justificación se verifica oportunamente, la inscripción se practica sin necesidad de hacer constar en el asiento ninguna circunstancia relativa al arrendamiento, al arrendatario, a la notificación ni al derecho de retracto. Esto no nos ofrece duda alguna y nos parece muy peligroso que a través de más o menos extensas referencias a tales circunstancias en los asientos, referencias que, por muy bienintencionadas e innocuas que parezcan, siempre supondrán oficiosidades presididas por el más variado y anárquico criterio, se prejuzgue la futura regulación coordinadora de retracto y Registro, y lo que es peor, se induzca con ellas a que el tercer adquirente crea que si

(29) El art. 55 de la L. A. U. dice así: «1. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de las fincas urbanas a que se refiere este capítulo, deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los arts. 47 y 48, con los requisitos exigidos. La falta de justificación constituye defecto subsanable, con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si dentro de dicho plazo de vigencia se acredite haberse practicado las notificaciones en forma legal.

2. Cuando el piso transmitido no estuviere arrendado, para que sea inscribible la adquisición, deberá el transmitente declararlo así en la escritura de venta, bajo pena de falsedad en documento público.»

faltan debe encontrarse protegido contra el retracto, aún no caducado.

Las notificaciones prevenidas en los arts. 47 y 48 de la ley, requisito para la inscripción de toda transmisión de piso, local o finca urbana originadora de tanteo y retracto arrendatario, ofrecen los siguientes puntos, dudosos en su regulación:

I.—Forma de las notificaciones. Es problema fundamentalmente notarial. Existe un destacable cambio terminológico en la nueva L. A. U. Antes se hablaba de forma auténtica en la notificación para tanteo, y por conducto notarial en la notificación para retracto. Ahora se habla de notificación en forma fehaciente en una y en otra.

Dejamos para mejor ocasión entrar en este problema, que nos llevaría muy lejos si lo enfocamos desde la distinción entre forma y prueba (30).

Estudiado en su respectivo lugar el contenido de las notificaciones para tanteo y para retracto, y desistiendo de entrar en la posible interpretación extensiva de la frase, forma fehaciente que permite considerar tales otras más que la normal de acta notarial de notificación, sólo diremos que tratándose de la notificación para retracto, disponiendo el art. 48, 2 *in fine*, que se haga mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada la transmisión, carece de interés el matizar entre condiciones esenciales y no esenciales de la misma, ya que por tal copia el arrendatario tendrá conocimiento de unas y otras.

II.—Una duda importante que nos ha planteado el art. 55, 1, es la de si para conseguir la inscripción en él Registro hacen falta en todo caso dos notificaciones, la de tanteo y la de retracto, o puede bastar con una sola.

El texto literal dice: «Deberán justificarse que han tenido lugar

(30) Es curioso que el legislador, tan reacio a imponer la forma fehaciente o notarial para la transmisión de inmuebles y derechos reales inmobiliarios, no vacile en imponerla en actos accesorios, meros presupuestos del ejercicio de derechos (accesorios a su vez a otros no reales ni constituidos en forma fehaciente) que entran en actividad por una transmisión frecuentemente no fehaciente. Estamos ante un caso más del olvido o desconocimiento de la realidad del tráfico inmobiliario de extensas zonas rurales, no por lamentable menos realidad, y ante una prueba más de que la legislación de arrendamientos se hace siempre con los ojos puestos en las grandes ciudades.

en sus respectivos casos las notificaciones prevenidas en los artículos 47 (notificación para tanteo) y 48 (notificación para retracto); y al final del apartado se vuelve a decir: «haberse practicado las notificaciones».

Parece, pues, exigir que se presenten las dos; pero las palabras «en sus respectivos casos», querrán decir algo, y viéndonos obligados a aventurar lo que quieren decir, creemos que puede ser lo siguiente:

1.º Que la notificación para retracto es por si sola suficiente en todo caso. Así se venía entendiendo incluso cuando el plazo para retraer era distinto, según hubiera habido o no preaviso para tanteo, y con mayor motivo ahora, en que no hay tal distinción de plazo, sino ausencia de retracto, si se ha despreciado el tanteo.

2.º Que la notificación para tanteo puede ser suficiente en el caso de que la transmisión se haya hecho en términos idénticos a los notificados para tanteo. El Registrador está facultado para calificar este extremo a la vista de los documentos presentados, y puede inscribir con la notificación para tanteo si la estima suficiente. Pero si el preaviso para tanteo fuese incompleto, o el precio de la trasmisión resultare inferior al notificado, o menos onerosas las restantes condiciones esenciales, o la persona del comprador fuere distinta, o cuando cualquiera de estas cosas le ofreciera duda, deberá exigir la notificación segunda para retracto.

3.º Que no es suficiente la notificación para tanteo, aunque sea coincidente en la transmisión efectuada, si ésta se ha hecho después de transcurridos los ciento ochenta días del art. 149 de la L. A. U.

El interpretar que en todo caso se precisa las dos notificaciones, conduce a restar méritos a la gran ventaja de la nueva ley, que consiste en no conceder el retracto cuando se hizo el preaviso y la transmisión en los términos avisados. Y no conducen necesariamente a esta interpretación los arts. 48, 2 y 53, 2, según los cuales la notificación segunda deberá hacerse en todo caso y es siempre obligatoria, porque, a pesar de todo, esta obligatoriedad es muy relativa, pues si la transmisión se ha realizado en los términos preavisados, el retracto no surge y la consecuencia de la falta de

notificación para retracto (el no iniciarse el plazo para retraer) no puede surgir. A los efectos de la acción impugnatoria, si tiene transcendencia la segunda notificación, pues sea o no criticable, el plazo de caducidad se inicia en todo caso con ella, siendo el preaviso indiferente; pero ya veremos los limitados efectos, que en ningún momento afectan al tercero ni tienen por qué tener transcendencia registral de la acción impugnatoria.

4º Que, sin embargo, la doctrina anteriormente expuesta, según la cual, a los efectos de la inscripción puede prescindirse en algún caso de la notificación segunda o para retracto, no es de momento aconsejable, en tanto que no se consiga del legislador o de la jurisprudencia reducir el art. 49 a sus justos límites. Mientras no sepamos cuáles sean las consecuencias de la vulneración de la prohibición de transmitir en dos años desde la primera notificación para tanteo, es preferible exigir en todo caso la notificación para retracto, pues si, como es muy posible, la consecuencia de tal vulneración es concederse el retracto no obstante haber habido una segunda notificación para tanteo y ser la transmisión coincidente con ella, el Registrador no tiene medio de apreciar si la notificación es segunda, habiendo otra primera de menos de dos años de antigüedad.

III.—Otro motivo de crítica del art. 55 es el haber centrado la posibilidad de inscripción en la notificación, sin percatarse de que no es lo mismo transmisión notificada que retracto caducado. Este descuido afecta directamente a la finalidad última del precepto, que no es otra que coordinar los intereses de retrayentes y terceros.

La ley, con criterio malthusiano, no ha sabido encontrar mejor sistema para proteger al tercer adquirente y preocuparse por él, que impedirle que nazca. La idea no es nueva (31); ni prácticamente es del todo mala, aunque teóricamente parezca excesiva.

Pero este sistema de protección del tercero no se ha formulado correctamente. Para una perfecta garantía del tercer adquirente hay que impedirle nacer; pero si se le deja nacer ya no es lícito asesinarle. Y esto es lo que permite la ley, al contentarse con

(31) Las leyes alemanas de Patrimonios familiares y de Colonización penalizaban la inscripción en tanto no se demostrase al Registrador el no ejercicio del tanteo.

la notificación, para inscribir. Esto no es suficiente, porque durante sesenta días, a contar de la notificación, está la finca gravada con una carga oculta, de la cual no hay suficiente constancia en el Registro, pues ningún precepto ordena al Registrador hacer constar nada referente al inquilino, a su notificación ni a la fecha de ésta. Si suponemos que tales constancias son necesarias, desaparecen todas las ventajas del sistema de suspender la inscripción, ya que ésta, presentada la notificación, habría de ir cargada de circunstancias orientadoras sobre el posible retracto, de todas maneras insuficientes para que el tercero tenga seguridad de que no hay ya en marcha una demanda de retracto contra su transmitente.

El tercero necesita tener certeza de si sobre la finca pesa una acción de retracto legal aún viva, de tal manera que no pueda afectarle la que no conste expresamente en el Registro. Para ello no basta con hacer de la notificación requisito previo de la inscripción, sino detener ésta durante un plazo, a contar de aquélla (plazo ligeramente superior al de caducidad del retracto), y transcurrido el cual, el tercero no resulte afectado por la acción de retracto, salvo que a su inscripción se anteponga la anotación de la demanda de retracto.

No aseguramos que de esta manera el sistema de la paralización de la inscripción registral fuese el más conveniente. En especial no queremos inclinarnos a su favor, contra el de inscripción con la reserva autenticada de un posible retracto, por no haberse justificado la notificación. Por otra parte, aunque se adopte el de inscripción con reserva, tampoco puede la calificación del Registrador descansar en la notificación para hacer la inscripción sin reserva, pues para ello haría falta también notificación y transcurso de un plazo. Y, naturalmente, intangibilidad del tercero por el retracto, salvo que se le anteponga la anotación de la demanda.

Y como la Exposición de Motivos de la ley del 61, no nos cansamos de repetir que, cuando hablamos de terceros, no nos referimos al primer comprador, cuya inscripción se paraliza, sino al que de éste adquiere y después de él inscribe.

En resumen, creemos que el mecanismo del art. 55, en cuanto se salven sus imperfecciones, puede llevar a la ansiada solución. Especialmente si llegamos a convencernos de que en cierto modo

ha venido a rectificar el precepto del art. 37, apartado 3.^º, de la Ley Hipotecaria, como vamos a ver más claramente al tratar a continuación del caso de manifestación falsa del transmitente sobre la existencia de arrendatario.

B) La crítica del segundo apartado del art. 55 debe ser desfavorable. No se han advertido los defectos de la ley anterior, de la que se ha copiado este segundo párrafo.

a) En primer lugar, es gramaticalmente incorrecto. Literalmente sanciona con la pena de la falsedad en documento público al transmitente que guarda silencio cuando el piso en la realidad no está arrendado, y acaso también al que diga que está arrendado sin estarlo. En cambio, deja sin pena al transmitente que declare que no está arrendado y al que guarde silencio cuando el piso en la realidad esté alquilado. A pesar de esta detestable redacción, hay que entender que ha querido ordenar al transmitente que declare si el piso está arrendado o no lo está. La falta de esta declaración es ya, sin más, defecto subsanable de la escritura, y la pena de falsedad queda reducida al caso de que se declare que el piso no está arrendado cuando lo esté en la realidad, en el cual no hay obstáculo para practicar la inscripción. Como caso dudoso queda el de que nada se diga, estando en realidad arrendado el piso: no creemos que pueda haber falsedad. De todas maneras la dudosa redacción del apartado 2.^º carece de importancia, pues es fácil adivinar lo que quiere decir.

b) Pero el motivo de crítica más grave de este apartado es el haber dejado sin resolver la cuestión fundamental de la contradicción de intereses entre el inquilino y el tercero. Todo el sistema de garantías para coordinar estos intereses se ha querido centrar en el Registro y en la calificación registral; pero, en definitiva, las garantías que se han querido dar al inquilino y a los terceros descansan en las manifestaciones del transmitente y en el Código Penal.

Detrás del corto e imperfecto texto del párrafo 2.^º del art. 55 hay un mar de posibilidades. Todo el art. 55 es un claro ejemplo de que la *mens legis* puede ir mucho más allá de la *mens legislatoris*. Para extraer de él todo su sentido hay que considerarle en la plenitud de su finalidad, que no es otra que resolver el conflicto

de intereses entre retrayentes y terceros. Considerado así el párrafo que glosamos, cobra una trascendencia excepcional, no por lo que dice sino por lo que cobardemente ha callado.

¿Qué ocurre cuando existiendo inquilino no notificado el transmítente declare que no lo hay? El arrendatario no notificado no debe perder su acción de retracto contra el adquirente inscrito, no tanto por la eterna cantilena de los efectos *erga omnes* del retracto, como porque no es excesivo ni injusto poner a cargo del adquirente las necesarias averiguaciones sobre la realidad de hecho del arrendamiento. Pero, ¿cuál sería la situación del tercero? ¿Pueden afectar al tercero derechos de retracto derivados de transmisiones acaso muy antiguas, vivos aún por no haberse notificado las mismas y que fueron inscribibles gracias a la falsedad?

Ya vimos que, por un descuido del apartado 1.^º del art. 55, el tercero no debe conformarse con la inscripción a favor de su transmítente para considerarse libre del retracto derivado de la adquisición anterior a la suya; pero sí debe conformarse con una averiguación y pesquisa de Registro y realidad de hecho de sesenta días atrás a lo sumo.

Pero si mantenemos, por hipótesis, que los efectos contra terceros de la acción de retracto no se cortan ni siquiera en el caso de inscripción causada por falsedad del trasmitente, el tercero nada consigue con esa relativamente fácil pesquisa o corta espera antes de comprar, sino que para adquirir sin miedo debería remontarse en sus averiguaciones hasta no sabemos cuando.

Este, al parecer insignificante, detalle de no saber cuál es la duración de los retractos derivados de transmisiones no notificadas, es, a mi entender, prueba suficiente de que al art. 55 le ha faltado decir lo mejor y más interesante para solucionar el posible conflicto entre retrayente y tercero.

Dos cosas podía haber dicho (32): 1.^º Que la inscripción registral inicia en todo caso, incluso en el de manifestación falsa, de no existir arrendamiento, el plazo de caducidad del retracto.

(32) Para ser sinceros, podía haber dicho también algo parecido a lo que dice el art. 66 del Reglamento del Patrimonio Forestal (D. de 30 mayo 1941); es decir, señalar un plazo de caducidad para los retractos en caso de falta de notificación y a contar de la fecha de la transmisión. Pero tal cosa, además de inconveniente, no cabe decirla implícitamente ni deducirla por conjeturas como las otras dos a las que en el texto nos referimos.

2.^o Que la acción de retracto no se da contra tercero protegido por el art. 34.

No dijo ninguna de los dos: pero alguna de estas dos soluciones tuvo que dar por supuestas de antemano. Todo el tratamiento registral del retracto arrendaticio urbano queda cojo y sin sentido si le privamos de ambas soluciones, y pasamos por unos efectos *erga omnes* y eternos de la acción de retracto del arrendatario no notificado.

La tesis de que es la inscripción, la que inicia el plazo de sesenta días de caducidad del retracto para el caso de falsedad del transmisor, es la más sencilla y la que parece violentar menos las doctrinas consagradas. Es la misma de los que continúan defendiendo que en el retracto arrendaticio rústico juega la inscripción como una presunción de conocimiento de la transmisión por el arrendatario, a pesar de la reforma de 1949.

Pero a mi no me resulta agradable esta solución. El Registro no es bueno para abrir plazos de caducidad de retractos serios. Sólo desprecio puede venirle de ello. Y la razón es sencilla: Que el Registro, de esta manera, defiende tanto al adquirente que conoce el derecho del arrendatario como al que no. El Registro actúa de burladero y de cómplice de la mala fe.

La tesis de que el art. 55, conjugando lógicamente sus dos párrafos, ha querido dejar indemne al tercero hipotecario, parece a primera vista aventurada, no tiene indicios claros en el texto de la ley y acaso no se defendiese valientemente por nadie en las discusiones de las Cortes. Pero es la que fluye naturalmente del régimen instaurado por la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Se haya dicho o no, incluso se haya pensado o no, el paralizar la inscripción en el Registro, en tanto que el arrendatario no conozca la transmisión, carece totalmente de sentido si no se quiere con ello que la acción de retracto no pueda ejercitarse contra el tercero hipotecario.

Ahora, como nunca, lamento mi escasa preparación y mi pobreza expresiva, que tanto necesitaría para llevar al ánimo de quienes manejan mejores plumas la conveniencia de pulir los argumentos necesarios para demostrar que el art. 55 de la L. A. U., aunque de manera confusa, implícita y retorcida, ha venido a derogar el art. 37, núm. 3.^o, de la L. H., porque de otra manera

sería insoluble el caso de no hacer el transmitente alarde del arrendamiento.

De esta manera, el inquilino y el adquirente quedan protegidos por la amenaza penal a la falsedad; pero el tercer adquirente queda, además, protegido por el principio de publicidad negativa del Registro. Que es como debe ser.

SECCION SEGUNDA

LAS PSEUDO-PROHIBICIONES DE DISPONER DEL CAPITULO VI DE LA L. A. U.

I.—LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y EL CABALÍSTICO ART. 49 DE LA L. A. U.

La interpretación que dimos al art. 49 en el capítulo primero (33) partía de dos premisas fundamentales:

1.^a Que este artículo ha sido introducido para dulcificar las consecuencias perniciosas del nuevo sistema de exclusión del retracto cuando no se haya ejercitado el tanteo habiendo sido posible ejercitarlo.

2.^a Que, por muchos esfuerzos que hagamos, no podemos encontrar ningún interés jurídico, ni individual ni social, que deba ser en este caso protegido por medio de la prohibición legal temporal de disponer, que el art. 49 a primera vista parece introducir.

El titular de un derecho de preferencia tiene la posición más cómoda cuando su *jus praelationis* está concedido solamente en fase de retracto. Entonces actúa sobre seguro, a tiro hecho. Si se le concede en fase de tanteo y además en fase de retracto, tanto si se le ha ocultado el propósito de venta como si ha despreciado ir al tanteo, su posición es entonces escandalosamente buena. Cuando se le concede el tanteo, pero no el retracto, si ha desaprovechado el tanteo, parece que entonces está la balanza en el fiel

(33) Ver «Rev. Crí.», nov.-dic. 1947, págs. 801 a 804

de la equidad. Pero la verdad es que se inclina ligeramente a favor del propietario enajenante, que puede dedicarse al bonito juego de amagar y no dar, anunciando al titular del derecho de preferencia proyectos de enajenaciones supuestas, para ver si pica o para ganarle la partida por cansancio.

Acaso estemos equivocados; pero no encontramos otra posible motivación al art. 49 *in fine* (34). Sería absurdo interpretarle como una prohibición temporal de enajenar, sin más finalidad que poner trabas al tráfico, porque sí.

Puesta en concordancia la segunda parte del artículo con la primera, se nos aparece claro su sentido: La notificación de tanteo, en cuanto requisito de la exclusión del derecho de retracto sólo tiene efectos temporales: caduca a los ciento ochenta días (apartado 1.º). De la misma manera, una segunda notificación para tanteo hecha antes de transcurridos dos años desde otra anterior despreciada por el arrendatario, no surte efecto como excluyente del retracto (apartado 2.º).

Contra esta interpretación del art. 49 (35) sólo cabe alegar que le hubiese sido más fácil al legislador añadir dos casos más a los tres del art. 48, en que se concede el retracto. Esto es verdad; pero es muy posible que haya considerado los dos casos del art. 49 más endebles, dudosos y discutibles que los del 48, y no haya querido empañar la sana doctrina de éste con los supuestos de aquél, más expuestos a retoques, variaciones y perfeccionamientos.

La interpretación que desde luego hay que desechar por absurda es que el art. 49 contenga una prohibición legal temporal de disponer que acarrea la nulidad absoluta de la transmisión efectuada. Para estimarla absurda es suficiente pensar en que de ser

(34) El art. 49 dice: «Los efectos de la notificación prevenida en el artículo 47 (*) caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma. Pasado este plazo, no podrá intentarse nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación del tanteo.

(35) Reconocemos que la tesis de Castán Calvillo es menos perturbadora del tráfico. Estos tratadistas, aunque hablan de una prohibición temporal de enajenar, a la hora de la verdad se conforman con que su vulneración origine la aplicación por analogía del art. 53. Es decir, que no hay tal prohibición de enajenar, sino un supuesto más de acción impugnatoria del inquilino; aunque reconocen que el punto es dudoso. Por mucho que sea nuestro afán en remover obstáculos al principio de libre *jus disponendi*, no nos atrevemos a mostrarnos conformes con esta opinión; pero tampoco nos atrevemos a un desigual combate contra tan autorizada tesis.

(*) La notificación para tanteo.

así, todo adquirente de la finca quedaba a merced de las maquinaciones de propietario e inquilino: una simple notificación para tanteo ocultada al adquirente sería suficiente para dejar eternamente en el aire la transmisión realizada, que podría ser en cualquier momento anulada.

Desechada la idea de la prohibición legal de disponer, parece que para nada debe preocupar al Registro de la Propiedad el artículo 49. La transmisión es perfectamente inscribible, aunque por un raro azar el Registrador tuviese conocimiento de la notificación para tanteo obstaculizadora de la transmisión (del nuevo intento de transmisión, empleando términos de la ley). Demostración de que la transmisión tiene necesariamente que ser inscribible, es que el Registrador no tiene medio ninguno para averiguar si ha habido o no aquella notificación para tanteo en los dos años anteriores a la transmisión. Tal averiguación tiene que descansar en las manifestaciones de transmitente y arrendatario.

Pero se da la circunstancia de que el arrendatario o inquilino es el protagonista de este episodio de la notificación prematuramente repetida. Al recibir la notificación para retracto, que la L. A. U. no se cansa de repetir que deberá hacerse en todo caso, inicia su pesquisa de motivos de retracto. Todos los motivos del art. 48 pueden ser vistos por el Registrador o por cualquiera sin más que examinar la escritura de transmisión y la notificación para tanteo; lo mismo ocurre con el caso del apartado 1.º del artículo 49, simplemente con comparar las fechas de una y otra; pero el caso último, el de notificación prematuramente repetida, sólo el arrendatario tiene medios para notarle.

Y aquí hay que señalar un descuido en el art. 55. Este artículo parece admitir casos en que baste para inscribir la transmisión, la notificación para tanteo. En efecto, parece innecesario exigir la notificación para retracto, además cuando del examen de la de tanteo y de la escritura de transmisión resulte claro que no procede el retracto. Pero ante el caso de retracto por notificación prematuramente reiterada (antes de dos años de hecha otra) hay que concluir que el art. 55 pudo haber prescindido de mencionar la notificación del 47 (notificación para tanteo), ya que ésta es siempre insuficiente, si como creemos hay un caso de retracto de imposible identificación a la vista de la notificación para tanteo,

ya que de esta manera es siempre necesaria, además, la notificación para retracto.

Todo esto será aclarado un día u otro; pero ante las dudas creo más conveniente por ahora hacer caso omiso de las notificaciones para tanteo a efectos registrales y exigir siempre y solamente las notificaciones para retracto. Es verdad que con ello se resta alguna ventaja al cambio de criterio introducido por la nueva ley: la ventaja de saltarse la notificación para retracto cuando evidentemente el retracto esté excluido. Por lo mismo es de desear que cuanto antes se retoque el párrafo final del art. 49, haciendo desaparecer tal motivo de retracto sin perjuicio de arbitrar protección al inquilino contra las reiteraciones de notificaciones para tanteo no seguidas de efectiva transmisión.

II.—EL PROMETIMIENTO DEL ART. 51 Y EL REGISTRO (36)

A) En el capítulo primero ya hice una breve glosa de este artículo (37) y referencia a la posición dominante de la doctrina sobre las consecuencias de la infracción de la prohibición que el mismo parece contener, opinión dominante favorable a la prohibición legal de disponer, por encontrar esta solución más eficaz, práctica, sencilla y libre de «complicaciones» registrales que cualquiera otra.

Allí mostré ya mi disconformidad con esa tesis. Creo que la *ratio legis* del art. 51 no tiene por qué ser distinta de la de los prometimientos tradicionales: Evitar que un propietario se vea coartado de vender a quien le plazca, y luego, aquél que alegó, al entablar el retracto obstativo de la venta, las consideraciones políticas y sociales implícitas en la ley, las olvide y se desprenda de

(36) El art. 51 dice así:

a1. El retrayente o el que hubiere adquirido por derecho de tanteo, así como su heredero o legatario, no podrá transmitir por actos inter vivos el piso adquirido hasta que transcurran dos años de la adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna.

2. El incumplimiento de esta prohibición producirá la resolución del contrato originario y el (sic) de la segunda transmisión, a instancia de parte perjudicada.»

(37) «Rev. Crít.», nov.-dic. 1957, pág. 793.

la finca sin atender para nada al título o causa de retroacción, por el cual se convirtió en dueño (38).

Es verdad que esta finalidad de impedir que el retrayente sea quien se salte el vínculo afectivo o económico con la finca en atención al cual se le concedió el retracto, puede conseguirse por medio de distintos caminos y variadas matizaciones; pero no hemos conseguido encontrar la razón suficiente para que en el retracto arrendatario haya de seguirse camino distinto al que siguió nuestra venerable Ley procesal (39).

Cuando la mayoría ha opinado, y acaso siga opinando, que el camino de la prohibición legal con sanción de nulidad de pleno derecho es el más breve y práctico, encuentro aventurado defender mi modesta opinión contraria con elevados argumentos en el terreno de los principios. Solamente me cabe refugiarme en el mismo texto literal de la nueva ley para, encastillado en él, afirmar rotundamente que, guste o no, la ley sigue el camino que en definitiva creo más efectivo, menos perturbador del tráfico y más jurídicamente elegante de la acción resolutoria concedida a las partes vencidas en el retracto.

Después que el párrafo 2º del citado art. de la L. A. U. habla de la resolución de la transmisión, hay que descartar la tesis de la prohibición absoluta legal. Sólo por un inexplicable afán de concordancia conserva la frase «no podrá transmitir», el párrafo 1º. Si la transmisión efectuada fuera inexistente o nula de pleno derecho, por ser contra ley, no diría el párrafo 2º, dedicado especialmente a señalar los efectos del incumplimiento de la obligación de no enajenar, que lo que se produce es la «resolución a instancia de parte perjudicada». La palabra resolución es un precepto expresamente dirigido a pronunciarse en la polémica entre los defensores de la nulidad absoluta y de la resolución, no deja lugar a dudas (40).

(38) En parecidos términos se expresa Casall Colldecarrera, quien dice también que la lógica derivación de su motivación es obligar al retrayente a adquirir el compromiso de una determinada permanencia en el dominio, compromiso que se hace condición para el ejercicio del retracto, y cuya omisión impide tal ejercicio (Caja Ss. de 13-11-94; 7-7-1903, y 11-2-1911).

(39) El art. 76 del Apéndice de Aragón mantuvo el sistema de la Ley de Enjuiciamiento: «El retrayente... quedará... obligado expresamente a conservar la finca retraída dos años por lo menos, si no sobreviene desgracia que le haga de peor fortuna y le compela a la enajenación.»

(40) Por ello hay que estimar superados los argumentos de la Ponencia

Queremos insistir en los siguientes puntos:

1.^o Sólo puede ejercitarse la acción resolutoria la parte perjudicada. El legislador ha hablado aquí con gran precisión. No dice a instancia de cualquier perjudicado, pues ha querido limitarse solamente a quienes fueron partes en la relación jurídica retractual, y concretamente al propietario primitivo vendedor y al comprador vencidos en el juicio de retracto.

2.^o ¿Cuáles son el contrato originario y la segunda transmisión que se resuelven? No es muy correcto hablar de contrato originario para referirme al tanteo o retracto, ya que estos, en su propio sentido, o sea cuando se ejercitan judicialmente, son algo diferentes de un contrato. Hubiese sido más correcto decir como la Ley de Enjuiciamiento que quedarían sin efecto el tanteo o el retracto; pero no creo que deban plantearse problemas en este punto.

3.^o Al hablar de segunda transmisión se refiere la L. A. U. a la transmisión por actos *inter vivos* vulneradora de la prohibición del párrafo 1.^o. La Ley procesal dice que la transmisión «será nula, quedando también sin efecto el retracto si el comprador lo solicitare». Aunque cabe dudar si la condicional «si el comprador lo solicitare», vale tanto para lo de quedar sin efecto el retracto como para que la enajenación sea nula; creemos que sí, y que se trata de una anulabilidad a instancia del comprador derivada de una causa explicitamente consignada en el Registro, que por ello puede afectar a terceros; pero que no produce cierre registral. Es éste el único punto oscuro de la Ley de Enjuiciamiento: si la anotación del prometimiento es de prohibición de disponer o de mera constancia de una acción de nulidad. Como la L. A. U. habla de resolución y no de nulidad, el problema desaparece. No hay, pues, cierre registral; pero la inscripción está afectada por la acción resolutoria del anotante beneficiario del prometimiento o compromiso (41).

al rechazar la enmienda de don José María Llosent, que, considerando más conveniente la tesis del compromiso que la prohibición legal, añadía a la salvaguardia de venida a peor fortuna la de que se obtuviese consentimiento del anterior propietario. Se rechazó la enmienda, alegando que se fomentaría la especulación. Pero al añadirse el párrafo segundo, queda demostrado que después se reflexionó con ánimo más sereno sobre el fantasma de la especulación:

(41) Aunque las ediciones de la L. A. U. que he manejado dicen: «la resolución del contrato originario y el de la segunda transmisión», induda-

4.^o Innecesario argumentar en contra de que por segunda transmisión se entienda la posterior a la vulneradora de la prohibición. La ley no se ha planteado el problema de los terceros adquirentes. No era preciso, no existiendo prohibición legal de disponer. Los terceros tendrán la situación ordinaria derivada de los principios hipotecarios: afectos o no a la acción resolutoria, según que la causa de la resolución resulte o no explicitamente del Registro por la toma de razón del compromiso. (Art. 37 de la L. H.)

5.^o Ahora bien, tampoco es claro el procedimiento por el que pasa al Registro la prohibición de enajenar o promesa de no enajenar.

El sistema más cercano a la tesis de la prohibición temporal legal de actuación automática y sin necesidad de reflejo registral, sería hacer la reserva de oficio el Registrador. Pero esto implica una oficiosidad si se quiere dejar en manos del retraído el dispensar del prometimiento e incluso renunciar a él desde el principio.

Otro sistema sería considerar que toda sentencia de tanteo o retracto debe contener el mandato al Registrador de que al practicar en su momento la inscripción a favor del retrayente la haga con la reserva del derecho de resolución a favor del retraído. Parece el más congruente con el criterio de que el prometimiento sea requisito necesario para la admisión de las demandas de retracto.

Otro es que la constancia registral no resulte sino de un mandamiento especialmente destinado a este efecto, el cual sólo se expediría a instancia de la parte demandada en el caso de ser vencida, y cuya presentación en el Registro corriera a cargo de ésta. Parece ser el sistema de la Ley de Enjuiciamiento y el más conforme con el principio de rogación que informa, o al menos informaba, los procedimientos judicial y registral.

Ya sabemos que en plena euforia del criterio de la prohibición absoluta, aunque temporal, de disponer, se ha afirmado por la jurisprudencia que la promesa por el retrayente no es requisito formal de la demanda de retracto, ya que la prohibición resulta de la ley, sin necesidad de recogerse en la sentencia. No obstante, aho-

blemente hay dos resoluciones: la del contrato originario y la de la segunda transmisión.

ra que la L. A. U. vuelve por el acertado camino de los tradicionales prometimientos, es preciso que la jurisprudencia nos aclare cuál es el mecanismo más conveniente para garantizar el cumplimiento de la promesa a la vista de los intereses en juego y de la protección del tráfico.

B) *Opiniones que la nueva ley obliga a revisar.*—Con criticable inmodestia hemos comenzado por exponer nuestro criterio sobre la prohibición del art. 51, que estimábamos valedero ya bajo el régimen de la ley derogada. Pero es imposible pasar por alto opiniones y criterios más autorizados y notablemente divergentes con el nuestro.

Aunque ya hicimos referencia a las diversas opiniones mantenidas por los autores en el cap. 1.^o, nos extenderemos algo más aquí, en cuanto que la interpretación que demos al artículo que nos ocupa ha de ser la base para configurar el papel que el Registro juega en el mecanismo del art. 51, y especialmente en el punto de los efectos contra tercero del prometimiento o prohibición del repetido artículo (42).

Las referencias a los tratadistas que a continuación citaremos están hechas a escritos anteriores a la nueva ley. Desconocemos ratificaciones o rectificaciones posteriores a ella que los mismos hayan podido hacer. Pido de antemano perdón por mi falta de lectura en su caso.

Comenzaremos por las opiniones y juicios del maestro de todos en cuestiones hipotecarias.

— ROCA SASTRE incluye al final de su enumeración de prohibiciones legales de disponer propiamente dichas las impuestas por la Ley de Enjuiciamiento a los retrayentes (pariente, comunero o dueño directo o útil), y por una nota añade las impuestas a los retrayentes por la Ley de Censos de Cataluña, la Ley de Arrendamientos Rústicos y la L. A. U. En la lista de prohibiciones judicia-

(42) Nos abstenemos de opinar sobre si la limitación al *ius disponendi* del retrayente está más o menos justificada. Una enmienda del señor Laguna Azorín al proyecto de L. A. U pedía la supresión de la prohibición de enajenar. En cambio, otra del señor Agustín Conde pedía que se alargara hasta diez años (o cinco, si se justificaba necesidad de traslado).

les que requieren anotación preventiva no aparece ninguna de éstas.

Reconoce que puede discutirse si se trata de una prohibición legal de disponer, ya que su regulación por la ley procesal civil parece atribuirle un carácter complejo; según su art. 1.618, se trata de un compromiso de no disponer; según el 1.628, la prohibición tiene un tono judicial, ya que impone su registración en virtud de mandamiento, que según el 1.630 da lugar a una anotación, y este precepto hace depender la prohibición de la voluntad del comprador vencido en el juicio de retracto, permitiendo que éste libere al retrayente del compromiso. Continúa diciendo que se producen aquí una serie de imprecisiones técnicas que pueden dar lugar a abundantes observaciones críticas; pero con todo cree que esta prohibición temporal ha de ser considerada como prohibición de carácter legal. Lo que no nos dice es por qué lo cree así cuando la regulación de la Ley de Enjuiciamiento es perfectamente clara en lo fundamental y no conduce de ninguna manera a la prohibición legal, sino a la prohibición judicial a través del mandamiento de anotación.

No es éste el único caso en que Roca se separa de la interpretación literal de los textos legales; pero sí es uno de los pocos en que lo hace sin argumentación bastante, y, en nuestra opinión, sin razón suficiente.

Sobre esta petición de principio, es él quien incurre en una serie de imprecisiones: así, dice que la letra del art. 1.628 parece hacer inscribible un simple compromiso de no enajenar, y que no precisa que se inscriba la adquisición a favor del retrayente; que el art. 1.630 habla de anotación de dicho compromiso, pero cabe preguntar si es una inscripción o una anotación preventiva el asiento a practicar, ya que insiste en que no se trata de una prohibición judicial de disponer ni puede compaginarse la caducidad de cuatro años con la duración de seis de la prohibición. Para solucionar todo esto cree que la prohibición sólo puede ser registrada al tiempo de inscribirse la adquisición a favor del retrayente, y como uno de los elementos de la inscripción.

Creemos que la Ley de Enjuiciamiento estableció un régimen correcto y casi perfecto para los prometimientos. El art. 1.628 no se preocupa para nada de la inscripción a favor del retrayente,

cuyo título sería la sentencia firme declarando haber lugar al retracto, comprendiendo que esto es asunto que sólo al retrayente interesa, y se limita a ordenar al Juez que expida mandamiento al Registrador para que anote el compromiso contraido por el retrayente en su demanda. Ahora bien, la voluntariedad de la inscripción y la voluntariedad de la anotación quedarían salvadas con la entrega al retrayente de su testimonio de la sentencia y al vencido en el juicio del mandamiento de anotación. Ambos documentos ingresarian libre e independientemente en el Registro.

El art. 1.630 habla de anotación del compromiso, porque quiso, en efecto, que se practicase una anotación preventiva que es el tipo de asiento que propiamente encaja para hacer constar una acción resolutoria o de nulidad de la posible enajenación futura, vulneradora del prometimiento. Y precisamente se trata de una anotación típicamente judicial.

El que no pueda compaginarse la caducidad cuatrienal de las anotaciones con el art. 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento será una prueba más de la falta de flexibilidad del art. 86 de la Ley Hipotecaria de 1946, pero nunca un motivo de crítica al legislador de 1881 (43).

La única imprecisión técnica de la Ley de Enjuiciamiento es la relativa a si se trata de una anotación de prohibición judicial de disponer que cierra el Registro, a asientos posteriores, análoga a la del art. 764 para el caso de declaración en rebeldía, o si tiene únicamente la virtud de paralizar la protección registral de los terceros frente a la acción de nulidad del retraido.

Si el maestro de hipotecaristas piensa así y se coloca tan decidida y alegramente al lado de los amigos de las prohibiciones legales de disponer, prescindiendo de una regulación tan supeditada al Registro como la de la Ley de Enjuiciamiento, no podrá extrañarnos que quienes no tienen por qué conocer y amar tanto al Registro como él, ni siquiera duden en esta cuestión.

— GARCÍA ROYO, con referencia al retracto arrendaticio urbano, dice que si se medita la naturaleza de la prohibición de enajenar

(43) Se da la circunstancia de que la caducidad cuatrienal del art. 86 de la Ley Hipotecaria puede ser obstáculo para el prometimiento en el retracto de comuneros, y en el enfitéutico; pero no en el gentilicio ni en los arrendaticios, por su plazo de actuación durante dos años solamente.

del retrayente, se ve que se trata de un ordenamiento típico de derecho imperativo que se impone a los particulares por encima de sus voluntades privadas; por ello no es necesario asumir el compromiso, ya que no consiste en una obligación que pueda asumirse o no, sino que se impone por ministerio de la ley aun no asumiéndola, resultando pueril y vano declarar explícitamente el acatamiento del mandato legal. En el régimen procesal común es comprensible este requisito, ya que los arts. 1.629 y 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento tienen carácter de derecho voluntario o dispositivo, mas en derecho social, como es el de arrendamiento, no se concede tal facultad y no cabe compromiso (44).

— IZQUIERDO, después de exponer breve, pero acertadamente, la doctrina de los prometimientos de la ley procesal, afirma que el juego de la prohibición de enajenar es completamente distinto en las modernas leyes de arrendamientos: No hace falta que el retrayente contraiga el compromiso de no enajenar, ni se precisa constancia registral para que la prohibición produzca sus efectos aun contra tercero de buena fe. Las prohibiciones del art. 17 de la L. A. R. y 65 de la L. A. U son de origen legal y no pueden ser levantadas por la voluntad del adquirente vencido en el retracto (45).

(44) Pérez Tejedor, si bien refiriéndose al art. 17 de la L. A. U., llega a las siguientes conclusiones:

La obligación de no enajenar del art. 17 tiene el carácter de prohibición legal independiente de la voluntad de las partes y del compromiso expreso o tácito que el contrayente pueda contraer, y, en su consecuencia, no será exigible que tal compromiso se formalice en momento o forma determinado.

En defensa de esta posición, reseña la sentencia de 28 de marzo de 1950.

Para suplir el vacío de la ley en cuanto a efectos de la infracción por el retrayente del art. 17, hay que acudir a los principios del derecho común y a los principios informadores del ordenamiento arrendatario. Habrá, pues, una nulidad de pleno derecho y podrán impugnar la transmisión todos cuantos tengan interés en que se declare la nulidad. Consecuencia de ello son:

— El art. 17 funciona como una condición resolutoria para la adquisición producida por el ejercicio del retracto.

— El adquirente desposeído recuperará la finca, más la indemnización de perjuicios.

— Al resolverse el retracto, otros retrayentes postergados tienen vía expedita.

— Los terceros adquirentes es incuestionable que resultan afectados por la nulidad de la transmisión, conservando naturalmente las acciones que puedan asistirles como consecuencia de la acción contra ley del trasmítente.

(45) Afirma Izquierdo que aunque el 166 de la L. A. U. declara aplicable el juicio de retracto de la ley procesal, no debe aplicarse el 1.629 de la misma, pues la remisión no debe extenderse a las normas sustantivas.

Según este tratadista, se produce la nulidad del negocio de transmisión (46), y la resolución del tanteo y retracto mismo. Lo curioso es que Izquierdo llega a esta resolución por la aplicación analógica del art. 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento cuando dice que la enajenación será nula, «quedando también sin efecto el retracto». Veo abusivo el método de Izquierdo de recurrir a la ley procesal para aplicar lo que nos guste y rechazarla en todo lo que no se ajuste a nuestras ideas preconcebidas. Eso no es jugar limpio. Según él la enajenación prohibida y nula actúa como condición resolutoria de la adquisición efectuada por el retracto, y cree que sin necesidad de que el comprador lo solicite (47).

— GARCÍA ROYO, BELLÓN y SERRANO también mantuvieron la tesis de la nulidad radical o de pleno derecho que hace la transmisión impugnable por cualquiera que tenga interés en que la nulidad se declare. Contra los efectos de esta nulidad no está protegido el tercero por el art. 34 de la L. H. por la actuación del artículo 26, 1.^º de la misma. García Royo y Serrano también mantienen la resolución del tanteo y retracto, Bellón, en cambio, mantuvo lo contrario.

C) Vimos al principio cómo todas estas opiniones son muy difficilmente mantenibles con el texto de la nueva ley, que claramente habla de una doble resolución, y precisamente en un párrafo especialmente destinado a acabar con las dudas surgidas sobre los efectos del incumplimiento de la prohibición. Realmente eran ya muy discutibles con la ley anterior, pues no había ningún motivo para dar mayor enjundia y premeditación al «no podrá transmitir» del párrafo 1.^º que a la frase «el compromiso olígará...»

Por ello ya antes nos mostrábamos partidarios de las opiniones que, encabezadas por Hijas Palacios, y ambientadas en los prometimientos de la ley procesal, creían que no se producía la nulidad

(46) Aunque se olvida de citar la fecha de una sentencia de la Sala quinta, que sancionó, con la nulidad radical del art. 4.^º del Código, la enajenación hecha.

(47) En cuanto a la excepción de venir a peor fortuna, cree que se debió exigir autorización judicial para transmitir. Y que la peor fortuna releva también al heredero.

radical del art. 4.^o del Código, sino la resolución del art. 1.124 del mismo. De esta misma opinión era Batllé.

No debe originarse la menor duda de que la nueva ley se ha decidido francamente por la tesis de la resolución. Contra ello nada quiere decir la absurda conservación de la frase «no podrá», a la que acaso se aferren los defensores de la nulidad de pleno derecho.

D) Tampoco cabe alegar que la jurisprudencia hubiera consagrado ya una doctrina reiterada que pueda obstaculizar la clara interpretación del nuevo texto legal.

Aparte de la sentencia, de cuya fecha se olvidó Izquierdo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni es clara ni es reiterada.

Una *sentencia de 11 de noviembre de 1950* estimó que la vulneración del art. 17 de la L. A. R. supone para la adquisición derivada de la acción de retracto una condición resolutoria. Y una *sentencia de 5 de febrero de 1955* consideró que el prometimiento no es requisito de la demanda de retracto, por que la ley no lo exige, y es superfluo consignarle, porque, no obstante silenciarse, ha de cumplirse por la sanción de nulidad prevista y mandada en los arts. 4.^o y 1.265 del Código (48).

Por su parte, la Dirección General de los Registros ha dado las siguientes Resoluciones sobre el particular.

La Resolución de 30 de diciembre de 1946 sienta las siguientes afirmaciones:

(48) La sentencia de 1 de marzo de 1956, después de dar por sentado que una transmisión hecha en documento privado está en plena conexión con el juicio de retracto que las partes tenían pendiente, viniendo a ser consecuencia del allanamiento en el mismo, continúa afirmando que, establecida tanto en la cláusula 8.^a de aquel documento privado, como legalmente en la sentencia (que también llegó a ser firme días después de la llamada transacción, que, aceptando la sentencia, la alteraba en cuanto al precio), la obligación por parte de los retrayentes de no enajenar las fincas retraídas durante el periodo de seis años; desde el momento en que las venden, sin transcurrir el plazo señalado, se infringió lo repetidamente expuesto, y por ello el art. 1.508 del Código Civil y 17 de la ley de 15 de marzo de 1935, produciendo, en consecuencia, la nulidad consiguiente, debiendo aplicarse lo prevenido en los artículos 4.^o del Código Civil y último párrafo del 1.630 de la LEC., que constituye derecho supletorio y conducen a conceptuar sin valor la venta al incumplir aquella condición.

Este criterio se infiere de la sentencia de 11 de noviembre 1950, máxime siendo válida la expresada estipulación 8.^a (la de prometimiento), a tenor de los arts. 1.091 1.089 y párrafo tercero de la disp. trans. 3.^a B) de la ley de 28 de junio de 1940.

Que se trata de una prohibición de enajenar; pero que no se crea un patrimonio familiar inembargable, de tal manera que la prohibición permita saltarse el art. 1.911 del Código.

Que esta prohibición del art. 17 de la L. A. R. no impide en general la práctica de una anotación preventiva de embargo, sin que esto implique privar de efectos a la prohibición, en tanto no transcurra el plazo de la vida legal de la misma.

En cambio, lo que no hizo la Resolución fué recoger en su fallo los argumentos del documentado informe del Juez de la primera instancia, que, partiendo de que el art. 17 de la L. A. R. tiene su precedente en el 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento, y después de analizar la diferencia entre las prohibiciones absolutas y relativas de disponer, y como estas últimas conducen a la categoría de la ineeficacia relativa de los negocios jurídicos, que no está ausente de nuestro Código (art. 65), se lamenta de cómo el escaso desarrollo que ha tenido en nuestro derecho y en nuestra doctrina esta figura ha permitido que se otorgue en algunas ocasiones protección legal a personas a quien la ley no ha querido beneficiar.

La Resolución de 1 de diciembre de 1949 dispuso que, a pesar de la prohibición del art. 17 de la L. A. R., el retrayente puede hipotecar la finca retraída, y la escritura será inscribible; si bien la acción del acreedor no podrá tener efectividad hasta después de transcurridos los seis años desde que el arrendatario se subrogó en los derechos del comprador, a virtud del retracto.

En verdad, la jurisprudencia era tan vacilante como la doctrina, y casi menos entusiasmada que ésta con la tesis del derecho social, las exigencias de las normas de orden público y la nulidad de pleno derecho, sin conceder beligerancia alguna a la voluntad de los interesados. Sus remisiones a la ley procesal eran un puente tendido para el regreso a la sana doctrina tradicional, y la nueva ley le ha aprovechado.

Creemos que los defensores de la tesis de la nulidad de pleno derecho habrán de revisar sus afirmaciones. Y deseamos que lo hagan, no por verse obligados a ello por el texto de la nueva ley, sino por un leal convencimiento de que su postura pecaba de tremedismo.

No es ocasión de poner de relieve los inconvenientes de pretender transformar todo el derecho en *jus cogens*, viendo por to-

das partes supuestas exigencias del derecho social (49); pero tampoco debemos conformarnos con optar por una de las dos soluciones como más práctica o más sencilla. Ello sería calar muy poco en la última raíz de la cuestión, ya que cada una de ellas se corresponde con una distinta concepción del mundo jurídico (50).

Y no se diga que es más ilegal el vulnerar un prometimiento, o sea la prohibición de enajenar lo adquirido por retracto, que cualquier otro caso de incumplimiento de un contrato. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. En los orígenes del *ius poenitendi*, recogido por el art. 1.124 del Código, está la *conductio causa data causa non secuta*, y es precisamente un presupuesto, una presuposición y una «causa dada» del retracto ese querer para si la *heredat e non para otro ome* alguno que el Fuero Viejo de Castilla exigía jurar al retrayente (51). Hecha antes de tiempo la enajenación, ya tenemos fallida la presuposición y la *causa non secuta*, y nacido el *ius poenitendi* para deshacer el retracto.

Ahora bien: el incumplimiento de la promesa ha sacado a la vez la cosa del patrimonio del retrayente. Aplicando los arts. 1.124, 1.295 y 1.298 del Código, el retraido no tendría sino la acción de indemnización de perjuicios si el adquirente no hubiese procedido de mala fe; pero afortunadamente las disposiciones de la L. H., a

(49) Sólo por encontrarnos en una época de transición en la evolución del Derecho puede explicarse la constante obsesión por el Derecho social. El Derecho es siempre, y todo él, Derecho social, puesto que para la sociedad humana existe; lo que ocurre es que la sociedad y el Derecho evolucionan, y el Derecho nuevo, al entrar en escena, pretende monopolizar la calificación de social. Despreciando cuestiones de nombre, lo importante es que el Derecho, nuevo o moderno, no sea un Derecho técnicamente mediocre.

(50) Creo que el sistema jurídico que mejor sepa garantizar la finalidad de las normas a través de un matizado sistema de acciones y derechos subjetivos de los beneficiarios de la norma, será el más perfecto. El sistema jurídico que tienda a reducir todo a órdenes y prohibiciones del Derecho objetivo, será el más elemental, primitivo y tosco. La abundancia de prohibiciones legales de disponer, es síntoma de marchar por este segundo camino. El descargar sobre el art. 4º del Código todo el peso del Derecho positivo parece que es dar prepotencia a la ley; pero en el fondo es retroceder veinticinco siglos, volver al estilo de las Doce Tablas y hacer que muchas veces el mandato o prohibición legal se transforme en palo de ciego.

(51) El Fuero Viejo de Castilla (Libro IV, Tit. I, Ley 3.º) exigía, para el ejercicio del retracto (gentilicio) que el retrayente jurase «que para si quiere la heredad e non para otro ome ninguno».

Y el Fuero Real le exige jurar «que la quiere para sí, e que no lo face por otro engaño».

las que el 1.124 se remite, son las suficientemente previsoras para que todos queden garantizados por medio de la constancia registral del compromiso. Y esto fué lo que la Ley de Enjuiciamiento vió y reguló con gran sentido jurídico.

III.—LAS ACCIONES IMPUGNATORIAS DEL INQUILINO ANTE EL REGISTRO

Si las acciones impugnatorias concedidas al inquilino por los arts. 52 al 54 de la nueva L. A. U. fuesen verdaderas acciones dirigidas a la anulación o invalidación de la transmisión, tendrían la transcendencia registral de las acciones de nulidad, anulación, rescisión o revocación de actos inscritos, conforme al juego de los principios hipotecarios. Ademáis, tendrían los preceptos de la L. A. U. el carácter de prohibiciones de practicar la inscripción de las transmisiones prohibidas, si se entendiese que era nulidad de pleno derecho la consecuencia de haberse vulnerado la prohibición.

Pero ya defendimos en el capítulo primero que la acción impugnatoria del inquilino no pretende la nulidad, ni la anulación, ni la rescisión, ni la resolución, ni la revocación de la transmisión impugnada, sino solamente conseguir una declaración judicial, por virtud de la cual el adquirente queda imposibilitado para negar la prórroga del contrato de inquilinato por necesidad propia al impugnante.

Concebida así la acción impugnatoria, parece innecesario esforzarse en demostrar que ni tal acción puede tener efectos reales *erga omnes*, ni el Registro de la Propiedad puede tener intervención ninguna en su mecanismo, ni relación alguna con sus efectos.

Sin embargo, si leemos la L. A. U. nos encontramos con un precepto que parece ser una prohibición temporal de disponer (el artículo 52); con otro que casi es una prohibición relativa de disponer (el 54), y, ademáis, la frase del art. 53 es impugnar la transmisión. Todo ello nos obliga a desvanecer las dudas que puedan plantearse, siquiera sea brevemente y sin pretensiones de infalibilidad. Intentaremos demostrar:

- a) Que la acción impugnatoria por precio excesivo (53, 1, 2.º), no puede tener efectos *erga omnes*, ni afectar registralmente a los subadquirentes.
- b) Que no son nulas las enajenaciones que vulneran la pseudo-prohibición de disponer del art. 52; y
- c) Que el art. 54 no prohíbe las ventas o donaciones en las que no se respete el orden de prelación del art. 64.

A) *La acción impugnatoria por causa de precio excesivo* (53, 1, 2.º).—No queremos incurrir en repeticiones, insistiendo en que el único efecto de la acción impugnatoria, cuando prospera, es que el adquirente no pueda negar la prórroga del inquilinato, fundándose en la causa primera del art. 62. La diferencia entre el texto de la ley y el proyecto del Gobierno es una prueba plena de que se quiso eliminar toda posible interpretación conducente a una ineeficacia relativa de la transmisión impugnada con respecto al impugnante (52). Incluso para éste la transmisión es perfectamente válida. La tara que la titularidad del adquirente lleva y la sentencia estimatoria pone en juego, se desenvuelve única y exclusivamente en el ámbito de la relación arrendaticia en la que el adquirente se subroga. El adquirente va a ser un arrendador-propietario sin derecho a denegar la prórroga por necesidad propia.

Pero esa mácula no roza la titularidad dominical como tal. Sólo ese adquirente es quien no podrá denegar la prórroga. El subadquirente sí podrá, en tanto no prospere otra acción impugnatoria, derivada de su nueva adquisición. Cada transmisión origina un derecho de tanteo o de retracto; en cada una el inquilino, ponderando el precio y la persona del adquirente, decide si le interesa ejercitar el tanteo o el retracto o si le conviene la acción impugnatoria, apreciando los peligros de denegación de prórroga que las circunstancias de cada adquirente supongan. En cada transmisión surge un arrendador-propietario nuevo, desaparecen las circunstancias que al anterior rodeaban y los supuestos para la denegación de prórroga que en él concurrian.

No cabe, pues, hablar de efectos contra tercero de la acción impugnatoria. Carece de sentido el que una acción impugnatoria contra una transmisión a precio excesivo afecte a una posterior

(52) Ver la nota (84) de nuestro cap. 1.º

transmisión ni a un adquirente sucesivo. En rigor, la acción impugnatoria, aun antes de los sesenta días, caduca con la transmisión posterior.

B) *La acción impugnatoria por causa de especulación.*—En el caso del art. 52 las dudas son mayores, por el tono prohibitivo de este artículo.

Vimos en el capítulo primero la finalidad de esta acción impugnatoria: cortar la especulación de viviendas, por considerar antisocial el negocio de comprar casas para venderlas por pisos a personas que las quieran para ocuparlas, previa denegación de la prórroga. Esta finalidad quasi-penal dió el tono de prohibición temporal de enajenar al artículo, y no creemos que su redacción obedezca a haber previsto el posible fraude de la prohibición a través de una transmisión puente a un testaferro.

A la vista de los arts. 52 y 53 es inútil intentar extraer del primero una prohibición temporal de enajenar, originadora de la nulidad de pleno derecho; pues si «cuando se hubiere infringido lo dispuesto en el art. 52», «podrá impugnar el inquilino la transmisión efectuada», y si «caso de prosperar dicha acción», la consecuencia es que «no podrá el adquirente negar la prórroga», queda demostrado por el argumento *ad absurdum* que no existe acción de nulidad absoluta, pues de existir no habría necesidad de impedir al adquirente negar la prórroga después que la declaración judicial dijese que no hubo adquisición de la propiedad por el presunto adquirente.

También es indefendible el que la acción impugnatoria tenga normalmente por único efecto el señalado en el art. 53, 3, y en caso de una segunda transmisión surja una acción corriente de nulidad absoluta que arrastrase a la segunda transmisión, pues mal puede transformarse en acción de nulidad lo que no es acción de nulidad. Tan extraña transformación tendría que resultar de alguna manera del texto legal.

Es verdad que el inquilino puede resultar fácilmente burlado a través de una enajenación puente. Realizada ésta, el inquilino ejerce su acción y obtiene sentencia favorable (53); pero el

(53) Si es que no desiste de ejercitaria al ver que las circunstancias del adquirente testaferro alejan todo peligro de desahucio, por denegación de la

testaferro no pretende denegar la prórroga, sino que enajena al que verdaderamente necesita la vivienda, y en esta segunda transmisión ya no se dan los supuestos que prevé el art. 52, que es comprar una casa para venderla por pisos. Y así, precisamente cuando la especulación se ve agravada por la intervención de un testaferro, que elevará aún más el precio, no procede este caso de acción impugnatoria. ¿Cómo solucionar esta injusticia?

Ya hemos visto que es inadmisible la interpretación de que el art. 52 introduce una prohibición absoluta de enajenar durante cuatro años, pues sería absurdo entonces que el desacato de la prohibición fuese un supuesto de acción impugnatoria, cuyo único efecto es excluir la denegación de prórroga por el adquirente al impugnante. Tampoco es admisible que lo que en principio es acción de impugnación con ese solo efecto se transforme en acción de nulidad, precisamente cuando surge un subadquirente.

Podría entenderse por el espíritu del precepto que durante los cuatro años, en cada transmisión, tanto en la primera en que se den los supuestos del art. 52, como en las sucesivas, aunque no se den, surge una nueva acción impugnatoria durante sesenta días, para excluir la nueva posible denegación de prórroga. Acaso éste hubiera sido el camino del legislador, de haber previsto como frecuente la maquinación fraudulenta; pero resulta demasiado forzada esta interpretación, sobre todo después que la ley de 24 de abril de 1958 parece haber querido seguir un camino más sencillo, renunciando a sacar partido al art. 52 de la L. A. U.

Otra solución será la de no admitir la acción de impugnación más que contra el primer adquirente, aquel en el que se den los supuestos del 52, sin perjuicio de poder ejercitar la acción contra un sucesivo adquirente, aunque no se den dichos supuestos, previa demostración de la simulación de la adquisición puente, o de la complicidad en la especulación. Esta parece ser la única interpretación lícita del art. 52.

La tesis de la prohibición de enajenar, con su cortejo de negativa notarial al otorgamiento y denegación de la inscripción por defecto insubsanable, será la más simple, la primera que se ocurre ante la lectura aislada del art. 52 y la más ajustada al tem-

prórroga por necesidad propia. Se trata, por ejemplo, de una persona jurídica.

peramento jurídico de los que sueñan con extender el estilo de los Códigos de Circulación a todo el Derecho privado. Esta tesis sería la única que haría que el art. 52 afectara al Registro, colocando al Registrador en la ardua tarea de la calificación de la venida a peor fortuna en su caso. Pero no creemos que llegue a prosperar una interpretación tan obstaculizadora del tráfico inmobiliario (54).

La segunda interpretación conduciría a una carga oculta para el tercero, pero esta carga oculta, por no afectar al contenido real de la titularidad dominical, es ajena al contenido registral, de la misma manera que lo son las limitaciones a la edificación impuestas por Ordenanzas municipales, etc.

Y la tercera interpretación, por la que nos decidimos, no plantea ningún problema registral, y hace indiferente para el Registro este tipo de acción impugnatoria del inquilino por causa de especulación. En cuanto a ella, al Registrador le bastará con que se haya dado cumplimiento al art. 55 para inscribir las enajenaciones, a las que en términos tan impropios se refiere el art. 52.

C) *La acción impugnatoria del inquilino preferente.*—En el caso del art. 54 los términos del problema están planteados en forma muy parecida a los del 52. Ya vimos en el capítulo primero las varias interpretaciones posibles del art. 54. También en él la única que carece de toda lógica es la de la prohibición relativa de enajenar. El art. 54 no es más que un complemento de los artículos 63 a 69 de la L. A. U. Su finalidad es únicamente impedir que éstos resulten vulnerados por una enajenación del piso, cuyo inquilino tendría derecho a ser el último desalojado por necesidad del dueño, y al que la enajenación podría convertir en el primer desalojado. Por eso el art. 54 no puede ir más allá que los artículos que trata de defender y ha pretendido únicamente excluir la denegación de prórroga por el adquirente.

La intención del art. 54 fué, por ello, decir que ni el primer adquirente ni los sucesivos pueden denegar la prórroga al inqui-

(54) Sobre todo, es preciso no olvidar que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley», «salvo los casos en que la misma ley ordene su validez», y todos estamos conformes en que en este ordenar su validez la misma ley puede hacerse textual o virtualmente, e incluso deducirse del espíritu y objeto de la ley.

lino de su piso, en tanto que no haya sido denegada la prórroga a los de peor rango de la casa vendida total o parcialmente por pisos. El texto literal del artículo (55) es bastante ajustado a esta intención, pues quiere decir que en las denegaciones de prórroga deberá respetarse el orden de prelación del art. 64, aunque haya ventas por pisos. El orden de las ventas es indiferente: es el orden de las denegaciones lo que importa. Entendido así el artículo, ya opinemos que hace falta o que no la previa acción impugnatoria, en los términos del 53, para que el inquilino pueda oponerse a la denegación de prórroga fuera de orden; ya opinemos que el derecho de oposición, con o sin previa acción impugnatoria, alcanza o no a sucesivos adquirentes; estamos ante un precepto que para nada roza el Registro de la Propiedad, y ni Notarios ni Registradores deben preocuparse para nada en averiguar si en las ventas se sigue el orden de preferencia del art. 64. Por otra parte, ¿qué procedimiento tendrían para averiguarlo?

IV.—LA OPCIÓN DE COMPRA DEL ARRENDATARIO Y EL REGISTRO

Las legislaciones de arriendos rústicos y de arriendos urbanos son envidiosas. Estaba ya el legislador de arrendamientos urbanos algo mohino y celoso desde el estreno del derecho de acceso del arrendatario rústico. Acaso por ello se ha lanzado a un «más difícil todavía» en sus constantes equilibrios, tratando de coordinar los intereses de inquilinos y propietarios. Y en un espectacular doble salto mortal, con ocasión de actualizar la Ley de Préstamos a los Inquilinos, crea una nueva figura jurídica: la opción legal de compra introducida por la ley de 24 de abril de 1958 y el D. de 22 de julio del mismo año, aprobando el texto refundido de la Ley de Préstamos a los Inquilinos (56).

Esta opción legal nace con un tiempo tasado de vigencia. Su crítica no debe ser, pues, demasiado violenta. Pero si la creemos necesaria para prever la eventualidad de su prórroga. Nuestra

(55) En el art. 54, afortunadamente no hay el más ligero tono prohibitivo.

(56) Para no hacer interminable este artículo, prescindimos del texto de ambas disposiciones, que llevan los números 767 y 1.436, respectivamente, del Repertorio de Legislación Aranzadi de 1958 (*BB. OO.* de 25 abril y de 25 de agosto).

crítica, por otra parte, no alcanza en ningún modo a su justificación desde el punto de vista de la política legislativa, desde el cual, probablemente, la ley de 24 de abril sea irreprochable.

En rigor, todas las deficiencias de la nueva legislación parten de no querer distinguir dos cosas perfectamente distintas: el propósito de hacer a los españoles dueños de sus viviendas y el propósito de impedir que los arrendatarios de viviendas sean desalojados de las mismas. Para el jurista, ambas cuestiones son tan diversas e independientes, que comprende mal la forma en que se embarullan en la Exposición de Motivos de la ley a que nos referimos. La primera es una cuestión que afecta al dominio, y su salida normal es el derecho de compra preferente; la segunda afecta al arrendamiento, y su salida normal será la *exceptio dolii* contra la denegación de prórroga. Violentar y desbordar estas salidas normales, o simplemente embarullar ambas cuestiones, es sencillamente caer en la expropiación forzosa, figura que en sí nada tiene de mala, pero que jamás debe introducirse de contrabando.

El confusionismo entre el propósito de «facilitar el acceso de los arrendatarios a la propiedad de la vivienda que ocupan», mediante la «concesión de préstamos estatales para el ejercicio de los derechos materiales de tanteo y retracto», y el propósito de evitar que «por el creciente incremento de la venta de pisos se viese perturbada la estabilidad familiar», «la paz social», por la perturbación pública que la denegación de la prórroga implica, ya que «el verdadero riesgo de lanzamiento se produce cuando el nuevo adquirente lo reclama para ocuparlo», etc., etc., origina los siguientes puntos criticables:

— La nueva ley es claramente restrictiva del acceso de los arrendatarios a la propiedad de su vivienda, en cuanto impide el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto al inquilino que carezca de medios económicos para ejercitarlos. Aunque el texto refundido de 22 de julio de 1958 no deroga expresamente la ley de 1952, el art. 1.^º de ésta, tanto por haber sido derogado por la ley de 24 de abril, como por no aparecer en el texto refundido de ambas leyes, ha de estimarse derogado. No hay, pues, préstamos estatales para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto. Más dudas podrían plantearse en cuanto a la derogación del ar-

tículo 13 de la ley de 1952 por el D. refundido, pues si los límites máximos de renta para la concesión del préstamo por el Banco Hipotecario son los mismos que en dicho art. 13, los límites mínimos no son los mismos. Pero tal discordancia es *peccata minuta*, si se compara con la incongruencia de que puedan acudir al Banco Hipotecario para ejercitar el tanteo o retracto determinados arrendatarios, y no puedan, en cambio, otros más modestos con renta inferior.

— No es verdad que el creciente incremento de la venta de pisos perturbe la estabilidad familiar; el verdadero riesgo de lanzamiento cuando el nuevo adquirente lo reclama, como la misma exposición dice, es lo que puede originar tal perturbación. Luego tal perturbación, como verdaderamente se evita es legislando sobre denegaciones de prórroga por adquirentes recientes, pues también hay que pensar en el inquilino para el cual sea tan mal negocio adquirir la vivienda como verse «ahora» privado de ella. Basta pensar en que los préstamos no son donativos a fondo perdido.

Si la política legislativa aconseja salir al paso de los que adquieren un piso para desalojar por necesidad propia al inquilino, parece que lo procedente es transformar transitoriamente en *exceptio doli* de la denegación de prórroga, la acción impugnatoria del art. 53 de la L. A. U., regulando con claridad los supuestos de tal excepción enervadora del derecho de denegación de prórroga (57).

— Ya es de por sí sospechoso, y hace dudar de la bondad del procedimiento jurídico elegido para cumplir la finalidad social deseada, el criterio de limitación de la nueva figura a determinados topes de cuantía de la renta. La obsesión por el inquilino modesto hace olvidar al casero modesto y al modesto comprador del

(57) Es cierto que el verdadero riesgo de lanzamiento para el arrendatario se produce cuando el nuevo adquirente del piso lo reclama denegando la prórroga. Pero la defensa natural y lógica contra este riesgo no es conceder al inquilino un derecho de adquisición del piso por precio tasado en función de su renta. Tal derecho de adquisición, completamente desconectado de toda intención y deseo de enajenar por parte del propietario, hace tránsito a figuras expropiatorias. La defensa natural contra aquel riesgo creamos que sería una especie de *exceptio doli* concedida por la ley contra la facultad de denegación de prórroga del adquirente, cuya adquisición haya tenido motivaciones y propósitos de desalojo de la vivienda.

piso. ¿Y cuándo el inquilino sea el menos pobre de los tres? Es inútil pretender legislar para el caso concreto.

— Ni el art. 1.^º de la ley ni los párrafos del preámbulo, dedicados a reducir el ámbito de la misma a los adquirentes de pisos o departamentos, son muy felices. La contraposición entre pisos y viviendas independientes e inmuebles que tienen la consideración civil y registral de finca única, sólo se comprende si previamente se sabe o se supone lo que se ha querido decir; pero, sobre todo, el párrafo que distingue entre la adquisición con propósito de inversión y la hecha con propósito de reclamar la vivienda, nos demuestra que, en definitiva, la ley se ha basado en una peligrosa presunción de propósitos e intenciones, pues es posible comprar una casa con dos viviendas con el propósito fundamental de desalojar a un inquilino (o a los dos), y es posible comprar una casa con un solo inquilino con finalidad de inversión, y después verse en la necesidad de denegar la prórroga para ocuparla por sí.

Pero nuestra crítica se ha de centrar exclusivamente en la regulación estrictamente jurídica del derecho de opción legal introducido. Y en este aspecto, la Exposición de Motivos hace una serie de afirmaciones con la que no es posible estar totalmente conforme.

— Habla el preámbulo de la limitación dominical impuesta en el art. 1.^º. Sólo en sentido muy impropio estamos ante una limitación legal del dominio. Son derechos del propietario, en cuanto arrendador, los que se limitan; es el contenido obligacional del arrendamiento el que resulta afectado; sólo las relaciones *inter partes* (arrendador arrendatario), las que se modifican. Lo *erga omnes* permanece intacto, no obstante la opción de compra.

— Esta restricción temporal se dice instituida por una norma de orden público. Y se dice esto al solo efecto de estimar fundado el derecho que se establece en favor del inquilino. Si se quiso referir el preámbulo a la irrenunciabilidad anticipada a la opción, hubiese sido mejor recogerla en el articulado.

— Se dice que las condiciones de la adquisición resultan de la literalidad de la ley, y apenas necesitan de puntualización. Esto no parece muy lógico cuando la figura creada es completamente nueva en nuestro derecho, cuando tantas dudas han existido y existen sobre la opción convencional y cuando el mismo preám-

bulo reconoce que la medida excede de las previsiones clásicas del Derecho Civil. Y, desde luego, la literalidad de la ley es insuficiente, pues se reduce a decir: «... el inquilino podrá optar por la compra..., manifestándolo al propietario...» Más adelante resulta que lo que manifiesta o notifica al propietario es su decisión de comprar, y luego ya no se habla más que de un plazo para llevar a cabo la adquisición (que varía, según se solicite o no el préstamo). Es un gran optimismo afirmar que todo esto apenas necesita de puntualización.

Desconocemos totalmente la naturaleza jurídica de esta opción. Desde luego, es una opción de compra legal, temporal, con precio tasado y condicionada a una serie de presupuestos prefijados en la ley. Pero nada más sabemos (58).

Sobre todo, no sabemos en qué momento surte efectos *erga omnes* este derecho potestativo del inquilino. Cuando se transforma lo que en principio es sólo un condicionamiento y una restricción a la facultad de denegación de prórroga, en una verdadera carga del dominio, con la que debe pechar un adquirente.

Se nos dirá que ya estamos buscándole tres pies al gato y que ya estamos con la cantilena del tercero hipotecario. Pero yo me pregunto: ¿No será vender, lo primero que se le ocurra a un arrendador propietario, que, cuando contaba con un allanamiento a su denegación de prórroga, o a lo más con una oposición más o menos fundado a la misma, se encuentra con la opción por la compra?

Y lo que es peor aún. Habiendo tan profunda laguna legal, ¿qué seguridad tendrán en adelante los adquirentes de casas con inquilino de que su adquisición no ha de derrumbarse por el ejercicio de una opción legal, acaso fraudulentamente amañada por arrendador y arrendatario?

Sin lugar a dudas, era muy importante haber puntuizado más.

Pero era imposible ser claros cuando estaba confusa la *ratio legis* del beneficio del inquilino que se creaba. Si se trata de hacer

(58) Dejamos fuera de nuestro tema muchas cuestiones y facetas de la ley y texto refundido de 1958: El ámbito de la expresión actos «inter vivos y onerosos» y su comparación con las modalidades de transmisiones que desencadenan el tanteo, retracto y derecho de impugnación de la L. A. U.; la falta de congruencia entre los dos apartados del art. 4.^º, pues mientras el primero dice que si el inquilino obtiene el préstamo pierde los derechos de tanteo, retracto e impugnación, el segundo no prevé que ocurra con éstos si no obtiene el préstamo, y entre tanto le caducan los mismos.

propietarios a los inquilinos, el derecho de compra debe desenca- denarse enérgicamente tan pronto como el pretexto surja, y la decisión de optar por la compra deberá ya paralizar el *jus diponendi* del propietario. Si es que se trata solamente de defender al inquilino contra la denegación de prórroga, entonces no hay tanta prisa, pues la venta a tercero corta por sí sola la denegación de prórroga.

Suponemos que el silencio del legislador debe interpretarse en la segunda dirección. Lo primero y fundamental es la defensa contra la denegación de prórroga; la finalidad remota y secundaria es hacer propietarios de su vivienda, y esta finalidad no se ha querido anteponer a la seguridad en el tráfico inmobiliario. No puede tener otra explicación el silencio de la ley sobre efectos *erga omnes* de la opción, ni aun después de notificada, y la ausencia de toda referencia al Registro de la Propiedad.

En consecuencia, hasta que la venta se realiza y se inscribe, todo se mueve en el ámbito de las relaciones *inter partes*. La notificación al propietario de la decisión de comprar vincula a éste y sólo a éste. Judicialmente, en un procedimiento que no sabemos cuál sería, pero que no vemos inconveniente en que sea el de tanteo y retracto de la L.A.U., el inquilino puede obtener la transmisión cuando el propietario se resista a escriturarla voluntariamente. Y esta demanda sí la creemos susceptible de anotación en Registro. Y entonces es cuando la opción legal adquiere efectos contra todos. Todo esto parece lo lógico; pero son nada más que hipótesis.

Pero con suponer que antes de la anotación de demanda no tiene efectos reales la opción legal, no quedan despejados todos los problemas que al Registro afectan. Brevemente haremos referencia a los que plantean los arts. 9.º, 11 y 12 del texto refundido.

a) El art. 9.º del texto refundido reproduce el 6.º de la ley anterior, y como él, resulta poco comprensible:

No nos dice si es que también el titular de la hipoteca o gravamen está obligado a consentir la cancelación. Los acreedores hipotecarios no siempre están dispuestos al reembolso anticipado, y ninguna norma de nuestro Derecho civil les obliga a ello (59).

(59) El art. 58 de la ley de 16 de diciembre de 1954 sólo es aplicable a los préstamos garantizados con prenda sin desplazamiento.

¿Qué extensión habrá de darse a la palabra carga, o a la palabra gravamen? ¿Qué sobre censos, servidumbres, usufructos, retractos y opciones convencionales, anotaciones de embargo, etcétera, etc.?

¿Cómo cancelar la carga, aplicando el dinero que ha de pagar el arrendatario, si éste no tiene el dinero hasta que obtenga el préstamo, y el préstamo no se concede en tanto no se cancele la carga? Se dirá que todo se resuelve con la simultaneidad notarial y su unidad de acto; pero si surge litigio, acaso derivado de la actitud del titular de la carga, al que no se ha acordado la ley de obligar a nada, ¿qué ocurre con el plazo de cuatro meses para llevar a cabo la adquisición? ¿Y cómo será el fallo de la sentencia, y contra quién? Por otra parte la simultaneidad es peligrosa para la entidad prestamista, si luego la cancelación encuentra obstáculos en el Registro (60).

b) El art. 11 obliga a constituir hipoteca sobre el piso adquirido, en garantía del préstamo, intereses y costas. El que esta hipoteca sea primera viene obligado por lo dispuesto en el art. 9º, aunque esta cualidad pueda peligrar por la simultaneidad a que acabamos de referirnos. Y el que la hipoteca sea única, viene exigido por el art. 12. En el art. 13 se obliga a reforzar la hipoteca con el seguro de la vivienda, cosa comprensible, y, además—esto es menos comprensible—, con un seguro de amortización del préstamo, cuando la entidad prestamista justificadamente estime ser dudosa la solvencia del prestatario. ¿Qué es esto de solvencia dudosa? La hipoteca se inventó hace muchos siglos para garantizarse de las solvencias dudosas. ¿Para qué, entonces, el seguro de amortización? Si es que se teme que la hipoteca del Instituto no consiga ser primera, debió buscarse un procedimiento fácil de alejar tal temor. El que la hipoteca sea insuficiente es imposible por virtud del art. 7º.

c) El art. 12 prohíbe al prestatario comprador enajenar, gravar, arrendar o ceder el uso de la vivienda en el plazo de tres años. Transcurridos los tres años, tampoco podrá hacerlo sin autorización escrita de la entidad prestamista.

(60) En realidad, la entidad debía operar sobre la certificación registral negativa de cargas y aplazar la entrega hasta la inscripción de la hipoteca como primera; pero entonces los titulares de las cargas tendrían que consentir la cancelación sin previo reembolso de su crédito.

Para comprender el sentido de estas dos diferentes prohibiciones ha de tenerse en cuenta todo lo que en este trabajo hemos dicho sobre los prometimientos de no disponer de tanteantes y retrayentes y su posible reflejo registral.

Ante todo, hay que dejar sentado que el ejercicio del derecho legal de opción hace al inquilino propietario libre, sin restricción ninguna en su facultad dispositiva. La limitación del art. 51 de la L. A. U. no actúa aquí. Creemos que ha sido un olvido del legislador, que en su alocada mudanza desde el tanteo y retracto a la opción legal de compra, se ha olvidado de la limitación de disponer del inquilino adquirente. Pero no cabe aplicación por analogía. El art. 12, al establecer tan claramente las limitaciones sólo en el caso de préstamo, nos está diciendo también claramente que no las hay si la compra se realiza sin acudir al préstamo.

Sobre el texto del art. 9.^º de la ley de 1952, decíamos en nuestro capítulo primero que de las dos diferentes prohibiciones que englobaba, la prohibición durante los tres años obedecía a las mismas razones que la general del art. 51 de la ley, y debía reconducirse a su mismo régimen; pero ahora, al quedar referida únicamente al caso de préstamo para ejercitarse la opción de compra, tanto la limitación durante los tres años, como la de mayor duración que la autorización escrita del prestamista puede salvar, están establecidas solamente en razón a la misma garantía y simplicidad de la relación de préstamo hipotecario, y una y otra deben considerarse como cláusulas obligadas de la escritura de hipoteca, que pasará al Registro, siendo el art. 12 una norma que va dirigida a la entidad prestamista, y que a la vez viene a excepcionar el principio general de la no eficacia real de los pactos de *non alienando* y de *non amplius pignorando*.

Por tanto, el Registrador, en vista de la cláusula de la hipoteca, recogiendo el art. 12, denegará las enajenaciones y gravámenes posteriores, constituidos antes de transcurrir tres años desde la adquisición, y aun después, hasta cancelada la hipoteca, si no consta la autorización del Instituto (61).

(61) Mejor sería estructurar la prohibición como condición resolutoria del préstamo y como causa automática de vencimiento. De esta manera no habría cierre del Registro, pero el adquirente o segundo acreedor hipotecario se vería afectado por la prohibición.

Pero si la adquisición se ha hecho por opción legal, sin préstamo del Instituto, no hay ninguna limitación. No nos atrevemos a opinar sobre si en los casos de préstamos del Banco Hipotecario para ejercitar tanteo y retracto, la prohibición de disponer se rige por la L. A. U. o por la ley de 1958 (texto refundido).

TIRSO CARRETERO

Registrador de la Propiedad.