

Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad

INTRODUCCIÓN

El capítulo VI de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, de 22 de diciembre de 1955, presenta grandes modificaciones e indudables perfeccionamientos en materia de retracto arrendaticio y figuras conexas (1).

La crítica de las reformas introducidas debe ser favorable en general. Especialmente es digno de alabanza el haber suprimido el derecho de retracto cuando el inquilino haya desdeñado el ejercicio del tanteo y el haber reducido a sus justos límites los efectos de la acción impugnatoria.

Por el contrario, consideramos muy criticable el abuso que hace la Ley de prohibiciones de disponer, sin regular después los efectos de su vulneración. Afortunadamente, éstos suelen ser muy reducidos, por lo que no estamos ante auténticas prohibiciones legales de enajenar; pero las dudas no dejan de producirse.

Estos apuntes se proponen hacer una síntesis expositiva y ligeramente interpretativa de los arts. 47 a 55 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, especialmente contemplados desde el punto de vista del Registro de la Propiedad. El propósito lo hemos desdobra-

(1) El Texto articulado de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante L. A. U.) fué aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, publicado en el «Boletín Oficial» del día 21.

do en dos capítulos diferentes : uno, dedicado al estudio de los artículos 47 a 54 desde un punto de vista general, aunque pretendamos ante todo proporcionar un cómodo «memorandum» a Notarios y Registradores; otro, especialmente consagrado al análisis de los problemas que los mismos plantean en relación con los principios hipotecarios y el Registro de la Propiedad. En este segundo capítulo se incluirá la glosa del art. 55.

Latente en el fondo de estas deslavazadas notas hay un deseo primordial: el de que llegue a formarse una corriente de opinión que propugne la uniformidad legislativa en materia de retractos legales, acabando con la casuística y anarquía actual en una figura jurídica que debe responder a líneas directrices unitarias en todos sus casos particulares. La caótica situación presente es insostenible. Una limitación dominical y una traba del tráfico, tan importante como el retracto legal, debe regularse, al menos con claridad. En esta materia más que en ninguna otra, como ha recordado AZPIAZU, «las leyes oscuras han producido más funestas consecuencias que las leyes injustas».

Estos apuntes tienen una finalidad eminentemente práctica. Se ha excluido toda consideración teórica, especialmente en su primer capítulo. Incluso se ha reducido la extensión que originariamente tuvieron estas notas (2)

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y DE IMPUGNACIÓN DEL ARRENDATARIO URBANO

(Glosa de los arts. 47 a 54 de la L. A. U.)

El capítulo VI de la Ley de Arrendamientos Urbanos lleva el siguiente epígrafe: «Derechos de tanteo y retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocio». Sin embargo, los arts. 47 a 55,

(2) Publicado recientemente el «Tratado práctico de Arrendamientos Urbanos», de CASTRÁN y CALVILLO (Editorial Reus, dos tomos, 1957). imprescindible obra de consulta tanto por la autoridad doctrinal de sus autores como por lo al día de su contenido, pudiera parecer inútil este trabajo, al

que dicho capítulo contiene, comprenden, además de la regulación de los derechos de tanteo y retracto, otras normas auxiliares y complementarias, algunas de catalogación difícil, si bien la mayoría de ellas pueden centrarse en la figura del derecho de impugnación del arrendatario.

Aunque existen grandes puntos de coincidencia entre los derechos de tanteo y retracto y el derecho de impugnación, que permitirían hacer un apartado con las disposiciones comunes a las tres figuras, creemos preferible, en atención a los muy diversos efectos que el derecho de impugnación produce en comparación con el derecho de adquisición preferente, agotar primero el estudio del «jus praelationis», dejando para después la acción impugnatoria.

SECCION PRIMERA

EL DERECHO DE COMPRA PREFERENTE

(Tanteo y retracto del arrendatario)

Estudiaremos dentro de este apartado los arts. 47 a 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dedicados a estos derechos de tanteo y retracto.

Hace ya algún tiempo que la doctrina española va teniendo ideas claras sobre los derechos reales de adquisición y sus varias modalidades y sobre los tanteos y retractos legales como dos momentos sucesivos o dos fases diferentes de la actuación de un solo interés jurídico: el poder adquirir una cosa con preferencia a un tercero (3).

Prescindimos de toda referencia a la naturaleza (4), fundamento (5) e historia del tanteo y retracto arrendaticio. Y ya hemos di-

menos en su primer capítulo. Lo publicamos, no obstante, si bien sintetizando su exposición aún más, adicionándolo con algunas citas de jurisprudencia reciente y eliminando toda referencia a bibliografía, para la cual nos remitimos a dicho reciente Tratado.

(3) La conocida S. de 22 de noviembre de 1901 ya destacó la identidad de naturaleza y finalidad de los derechos de tanteo y retracto. Insiste en las mismas ideas la S. de 5 de diciembre de 1950.

(4) Sólo en lo imprescindible, nos referiremos a la naturaleza del derecho de retracto en el capítulo 2.º, al tratar de sus efectos «erga omnes» en relación con la protección del tercero.

(5) En cuanto al fundamento del derecho de adquisición preferente del

cho que se ha introducido una reforma fundamental. De las mil maneras caprichosas como el legislador español ha venido barajando tanteo y retracto en los demasiados casos en que ha concedido un derecho de adquisición preferente, la Ley anterior escogió el que más trabas pone al «jus disponendi» del propietario: conceder el tanteo partiendo de una primera notificación, y conceder después, y además, el retracto, partiendo de una segunda notificación.

La nueva Ley ha introducido una elogiabile novedad. Enfocando valientemente el derecho de retracto desde un punto de vista restrictivo y excepcional, muy digno de alabanza (6), centra todo el «jus praelationis» en el tanteo y en la notificación para tanteo (anuncio de la transmisión proyectada), y suprime el retracto en el caso de que el arrendatario desprecie o desaproveche su facultad de tantear, conservándolo sólo con carácter subsidiario para los casos en que se pretenda burlar el derecho de preferencia. Innecesario será insistir en las ventajas de este nuevo régimen. Adelantaremos, no obstante, que el nuevo sistema presenta aún algunos puntos oscuros y dudosos, principalmente en torno al art. 49.

Antes de seguir adelante, veamos el texto del art. 47.

Artículo 47.—1. En los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, podrá el inquilino o

inquilino, recordaremos que, para la Exp. de Motivos de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, su finalidad era protegerle contra el pretendiente adinerado de su piso, en condiciones económicas de comprarlo para desahuciar en concepto de dueño necesitado del mismo, evitando que aquél sea víctima del cupleo del dinero como instrumento de dominación. La finalidad última de facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad que la Jurisprudencia recogía (ver las SS. de 8 de julio de 1952, 4 de mayo de 1953 y 12 de marzo de 1956), no aparece hasta la Exposición de Motivos de la Ley de Préstamos a los inquilinos, de 15 de julio de 1952.

(6) Debemos destacar el interesante giro que parece haber iniciado la Jurisprudencia en torno al criterio interpretativo en materia de tanteo y retracto arrendaticio. Las SS. de 27 de noviembre de 1947, 8 de julio de 1952 y 18 de diciembre de 1954 se orientaban a una interpretación extensiva de los artículos 63 y 64 de la Ley anterior, atendiendo a su finalidad social. Se detiene en este peligroso camino la S. de 14 de enero de 1955; y, por fin, la de 17 de mayo de 1955 sostiene que dicho artículo 63, por revestir carácter excepcional, en cuanto limita las libres facultades del dominio, debe interpretarse restrictivamente. Es pronto para hacer pronósticos sobre si prevalecerá esta última tendencia; pero sí creemos que es el momento de hacer hincapié en que el criterio restrictivo en materia de retractos no viene impuesto solamente por la necesidad de respetar el libre «jus disponendi» del propietario, sino también, y en primer término, por exigencias mínimas del principio de seguridad del tráfico y de protección de terceros.

arrendatario utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o locales que ocupare, en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

2. Cuando en la finca sólo existiere una vivienda o local de negocio, su arrendatario tendrá el mismo derecho.

3. De igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuando el supuesto de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado. A tales fines, deberá consignarse en la escritura el precio asignado a cada unidad de vivienda o local de negocio.

En este artículo aparecen recogidas las principales.

A) DISPOSICIONES COMUNES AL TANTEO Y RETRACTO

I) ELEMENTOS PERSONALES.

Legitimación activa.

Titulares de los derechos de tanteo y retracto, según los términos del art. 47, 1.º, son: el inquilino de vivienda y el arrendatario de local de negocio que ocuparen los mismos.

La base y fundamento de estos derechos es un contrato de arrendamiento.

1. Tiene que tratarse de un arrendamiento sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, teniendo en cuenta los arts. 1.º al 5.º de la misma. Especialmente ha excluido la Jurisprudencia los arrendamientos llamados de temporada (7) y los de industria o negocio (8).

2. Aunque de la letra de la Ley parece requerirse que el locatario ocupe el piso o local, creemos que deberá partirse de una presunción «*juris tantum*» de que el arrendatario ocupa su vivienda o local y que, en todo caso, una desocupación transitoria no será te-

(7) Ver las SS. de 12 de julio de 1951 y 8 de junio de 1953.

(8) Ver las SS. de 8 y 15 de junio de 1953.

nida en cuenta. De todas maneras, la doctrina jurisprudencial probablemente enlazará este requisito de la ocupación con el art. 62, 3.º: pérdida del derecho a la prórroga por no ocupación durante seis meses.

3. El arrendamiento tiene que ser válido y subsistente. Es irrelevante el origen y momento constitutivo del arrendamiento (9); no importa que haya sido constituido por el usufructuario de la finca (10), y es indiferente cualquier vicio que pudiera afectar a su validez si ha quedado convalidado al momento de ejercitarse el retracto (11).

No ofrece duda que el arriendo tiene que existir al hacerse la transmisión originadora del derecho de preferencia. Lo dudoso es si debe subsistir en el momento de interponer la demanda o es bastante que subsistiera al verificarse dicha transmisión. La Jurisprudencia parece opinar ahora lo primero (12).

4. Se debe considerar inquilino no sólo al primitivo contratante, sino a su sucesor «inter vivos», conforme al art. 24, o «mortis causa», conforme a los arts. 58 y 59, y tanto durante el plazo contractual como durante la prórroga obligatoria del art. 57. También al cesionario de la vivienda, conforme al art. 26 (13).

(9) La S. de 3 de junio de 1952 declara que si bien la autorización de un Ayuntamiento para ocupar una casa no es título para una relación arrendaticia, si pendiente juicio de abintestato el administrador judicial la arrienda al interesado que satisface el alquiler durante varios años, queda con ello legitimada la posesión en que el mismo se encontraba.

La S. de 15 de noviembre de 1955 dice que, hecha la venta estando en vigor la Ley, sea cual sea la fecha de entrar en el disfrute del piso —anterior a la Ley de 1946—, alcanzará el derecho de retracto a los hijos sucesores del titular arrendatario fallecido.

(10) La S. de 8 de junio de 1953 ya reconoció el derecho de retracto en el caso de un arrendamiento constituido por un usufructuario. Si se admitió entonces, a pesar de reconocerse en la misma S. que el artículo 480 del Código, no había sido derogado por la L. A. U., creemos difícil defender lo contrario después que el artículo 114, número 12, de la nueva L. A. U. deja subsistente el arriendo después de acabado el usufructo, salvo que fuese notoriamente gravoso para la propiedad.

(11) Ver la S. de 3 de junio de 1952, citada en la nota 3.

(12) Algunos autores, aplicando por analogía Sentencias dictadas en materia de arrendamientos rústicos (3-8-39; 17-5-45), entendieron que bastaba con ser arrendatario, aun en el momento de la transmisión, aunque se haya dejado de serlo en el momento de ejercitar el retracto. Pero una S. de 8 de febrero de 1956 ha dicho que no se puede ejercitar éste por el ocupante de una vivienda, contra quien antes de ejercitar judicialmente el retracto se hubiera dictado sentencia resolutoria del contrato.

(13) Al caso de sucesión «mortis causa» se refiere la S. de 15 de noviembre de 1955.

5. Arrendatario del local de negocio será no sólo el primitivo contratante, sino el heredero que le sucedió «mortis causa» al amparo del art. 60, y el cesionario mediante traspaso realizado en forma legal.

6. No deben considerarse como titulares de los derechos de tanteo y retracto:

Los precaristas.

Los subarrendatarios (14).

Los arrendatarios de industria (15).

Los usufructuarios y habitationistas.

Los porteros, guardas ni empleados, salvo que hayan concertado con el patrono el arrendamiento de cualquier piso y prueben su titularidad arrendaticia.

Ni los convivientes del art. 27 de la Ley derogada que continúen al amparo del párrafo 2.º de la disposición transitoria 5.ª de la nueva.

7. El incumplimiento del pago de la renta por sí solo, sin S. de desahucio no desvirtuará, como es natural, el ejercicio del tanteo y retracto (16).

Tampoco el que se trate de arrendamiento de vivienda amueblado. Aunque con la Ley antigua era muy discutido, entiende CASTÁN que lo ha aclarado suficientemente el art. 43 «in fine».

8. Titular del arrendamiento podrá ser una persona (física o jurídica), o varias «pro indiviso» (17).

(14) La S. de 15 de junio de 1953 dijo que el derecho de retracto del arrendatario de local de negocio no puede extenderse al mero arrendatario de una industria ni al subarrendatario del local en que está establecido.

(15) Ver, además de la citada en la nota anterior, las SS. de 20 de marzo de 1950, 8 de junio de 1953 y 4 de noviembre de 1955.

(16) Ver la S. de 3 de junio de 1952.

(17) Consideramos innecesaria la demostración de que es posible que dos o más personas sean arrendatarias en común y en igual manera ostenten el derecho de retracto. Esta situación puede nacer desde el principio del arrendamiento o posteriormente en los casos de cesiones de viviendas autorizadas por el arrendador (art. 25) o por la Ley (art. 24), trasposos y sucesión «mortis causa» en el local de negocios (art. 60, 1 y 2); si bien la nueva Ley ha acabado (58, 2) con la sucesión «mortis causa» conjunta en las viviendas (art. 72 de la Ley anterior). La S. de 13 de junio de 1956 se refiere al caso de arrendamiento en proindivisión de quienes le adquirieron mancomunada y solidariamente, concediendo el derecho de retracto porque cada uno adquirió una cuota o porción abstracta del uso de toda la casa y no el uso excluyente de parte alguna concreta o delimitada de su espacio.

CASTÁN y CALVILLO aplican por analogía a estos casos de arrendamiento proindiviso el art. 37 de la Ley, que en materia de tanteo y retracto en

Legitimación pasiva.

Los derechos, acciones y demandas de tanteo y retracto se dirigen contra el propietario de la finca, piso o local. Propietario que lo sigue siendo en el caso de tanteo, y que ha pasado a serlo en virtud de la transmisión originante del retracto.

Es la acción de retracto la que plantea en toda su crudeza lo perturbador del tráfico jurídico, que es el carácter «erga omnes» de la misma. Al poder ejercitarse no sólo contra el adquirente de la transmisión vulneradora del derecho de preferencia, sino contra los subadquirentes o terceros, las acciones de retracto de inquilinos y arrendatarios representan un durísimo golpe para la publicidad registral y para la protección del tercero hipotecario. Este será el tema de nuestro capítulo segundo.

II) ELEMENTOS REALES.

Toda la problemática del «jus praelationis» en cuanto a su elemento real u objetivo, parece que debería ser fácilmente resuelto con el siguiente principio: Sólo precederá el tanteo y retracto del inquilino cuando se dé la ecuación $V = A = R$, siendo V el objeto de la venta, A el del arrendamiento y R el objeto del retracto.

De este principio resultarían las siguientes consecuencias:

a) El objeto del retracto deberá coincidir con el objeto del arrendamiento, y por lo tanto:

1. El retracto no puede extenderse a más de lo arrendado (18).

caso de traspaso dice que «los coarrendadores no podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto individualmente; pero si alguno de ellos no desee usarlos, se entenderá que renuncia en beneficio del coarrendador que quisiera tantear o retraer».

Ver la S. de 15 de noviembre de 1955 que resolvió la colisión entre un coinquilino que compra el piso y otro que era preferente conforme al artículo 72 de la Ley anterior.

(18) Siendo el fundamento del retracto el carácter de inquilino o arrendatario que el retrayente puede ostentar sobre el piso o casa objeto de la venta, su acción no puede comprender más cosas que las incluidas en el contrato de arrendamiento y a las cuales llegue la posesión arrendaticia, pero no a las demás que integren el inmueble, y así no se puede retraer la totalidad de una casa en la cual solamente corresponde la posesión

2. El retracto no puede limitarse a menos de lo arrendado, ni a una parte de lo arrendado (19).

b) El objeto del retracto deberá coincidir con el objeto de la transmisión originante del mismo (20). Y en consecuencia,

3. El retracto no puede reducirse a menos ni a parte de lo vendido.

4. El retracto no puede extenderse a más de lo vendido.

Pero aunque existen muchas Sentencias ajustadas a estos corolarios derivados de los principios jurídicos de la institución del retracto, hay también muchas que vienen a desvirtuarlos; el propio texto legal parece ser que no los tiene en cuenta, y los autores nos hacen largas listas de casos en los que queda desbordado el principio general y sus cuatro consecuencias expuestas, principalmente en beneficio del retracto (21).

arrendaticia de una parte (SS. de 11 de junio de 1948 y 14 de febrero de 1956).

(19) El inquilino de un piso, parte del desván y un departamento del portal, por renta única no puede, en caso de venta del piso y de la mitad indivisa de las otras dos piezas, ejercitar el retracto sólo sobre el piso (S. de 11 de febrero de 1956). En un caso en que la parte enajenada tenía escasa entidad en relación con lo arrendado, aunque se había agregado al arrendamiento, no se concedió el retracto (S. de 24 de mayo de 1953).

(20) La Sentencia de 13 de junio de 1956 dice que la facultad de retraer asiste al arrendatario cuando entre la cosa arrendada y la comprada, sea un piso solo o sea toda la casa, se dé la más perfecta identidad, por ser uno y el mismo el objeto de ambos contratos.

(21) La exposición más completa y generosa de los supuestos concretos en que el retracto procede es la de GARCÍA ROYO, el cual señala los siguientes:

- Transmisión de un piso que integre por sí solo la planta.
- Transmisión de un piso que, en unión de otros, constituya la planta, tanto si los diversos pisos están arrendados a distintas personas como a la misma.
- Transmisión integral de una planta, ya contenga un solo piso o varios, y en este caso ya estén arrendados a una sola persona o a distintas personas, porque hay venta por pisos en tanto no se enajena toda la casa.
- Transmisión de varias plantas íntegras, ya por separado, ya conjuntamente, y aunque estén en este caso arrendadas a distintas personas.
- Transmisión de un piso o planta arrendado a varios, ya en forma colectiva, ya con división entre ellos de las distintas partes integrantes del piso o planta.
- Transmisión integral de un edificio arrendado exclusivamente a una persona y en el que exista una vivienda o local de negocio.

Solamente deja excluido el derecho de retracto en dos casos:

- Transmisión conjunta y simultánea de un edificio arrendado por pisos o plantas a varias personas. Aunque duda si se ha separado el precio correspondiente a cada piso.

El desbordamiento de los principios lógico-institucionales del ámbito objetivo del retracto se produce por los siguientes puntos :

A) «*Cuando en la finca sólo existe una vivienda o local de negocio*».—En este supuesto, que es el recogido por el núm. 2.º del artículo 47, prescindiendo de que la expresión resulta un tanto incompleta, pues este párrafo debería aclarar que el arrendatario tendrá «el mismo derecho «en el caso de venta o cesión solutoria de la finca», se interfiere un concepto que no es muy pacífico: el concepto de finca urbana, lo cual se pone de relieve en los casos de discordancia en la delimitación arquitectónica, usual, catastral, registral y documental de una determinada masa de edificación (22).

Aunque se suele decir que la delimitación e individualización de la cosa inmueble urbana (finca urbana) resulta menos dificultosa que la de la rústica, pues normalmente hay coincidencia entre la finca hipotecaria, la arquitectural, la catastral, etc., no obstante la Jurisprudencia, ante el hecho de que frecuentemente no hay tal coincidencia, ha tenido que reconocer que la individualización de una finca (diagnóstico de cuando una masa de edificación es una finca o una parte de finca o una pluralidad de fincas), es una cuestión de hecho de libre estimación del Tribunal de instancia, sin que sea decisiva a estos efectos la forma de su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que el principio de legitimación, aunque se quisiera extender a estas circunstancias fácticas, constituye mera presunción «*juris tantum*» (23).

Vienen a excepcionar el sentido que, «*prima facie*», había de darse al núm. 2 del art. 47, conforme al principio general que expusimos. los siguientes casos de la Jurisprudencia :

— Y transmisión separada de una o varias habitaciones de las que componen un piso, o transmisión separada de un piso de los varios que componen una planta o edificio, cuando el piso, planta o edificio esté arrendado íntegramente a un solo arrendatario.

(22) El supuesto del art. 47, 2, plantea problemas derivados de la libertad del propietario para la individualización de la finca a través de agrupaciones, segregaciones, etc. No es necesario que detallemos los casos en que así puede quedar burlado el derecho de retracto. Una S. de 8 de julio de 1952 dió lugar al retracto entablado por el inquilino de una casa cuando el propietario la agregó a otra inmediata previamente a su enajenación. Otra S. de 18 de diciembre de 1954 también lo concedió en un caso de nueva edificación arrendada con independencia de la finca, única registralmente, a la que la edificación se agrega.

(23) Ver las SS. de 30 de diciembre de 1955, 11 de junio de 1948 y 6 de febrero de 1956.

— Aunque en la finca haya una vivienda y además un local de negocio independientemente arrendados, se concede el retracto si el arrendatario es el mismo en ambos arrendamientos (24).

— Por el contrario, no se dió el retracto, aunque había un solo arrendatario extendido a toda la casa, por entenderse que había dos locales de negocio, no obstante ser uno de ellos en razón de subarriendo del arrendatario único (25).

Se acomodan a las consecuencias del principio general institucional otros muchos fallos, y así:

— No se concedió el retracto por no extenderse el arrendamiento a la totalidad de la finca, en el caso de existir otro arrendatario (26). Claro que para no concederse tiene que tratarse de dos o más arrendatarios con partes determinadas de la casa cada uno (27). En otro lugar nos referimos al problema de los arrendatarios pro indiviso (*).

— Se dió el retracto por extenderse el arrendamiento a la totalidad, aunque una parte o dependencia estaba dejada en precario a extraños por el arrendatario (28).

B) *«En los casos de ventas por pisos»*.—No comprendemos por qué se ha mantenido esta incorrecta frase, que literalmente entendida limitaría el retracto de los inquilinos al caso de venderse todos los pisos de una casa, o al menos más de uno, por el amontonamiento de plurales que lleva.

Tampoco comprendemos la resistencia del legislador a introducir en la terminología legal el término vulgar de «cuartos», si no se prefiere recurrir al galicismo de «apartamentos» o «departamentos». La Ley reformadora del art. 396 del Código civil recurrió a la perifrasis: «partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía

(24) SS. de 3 de junio de 1952 y 4 de mayo de 1953.

(25) S. de 17 de mayo de 1955.

(26) SS. de 11 de junio de 1948 y 30 de diciembre de 1955. Tampoco en el caso de estar ocupado el resto por el propio arrendador (S. de 14 de febrero de 1956), o por otro ocupante que limite el arrendamiento (Sentencia de 14 de febrero de 1956).

(27) Este era el caso de la S. de 14 de enero de 1955, que dijo que el derecho de retracto sólo corresponde al arrendatario de la finca vendida, en el supuesto de existir en ella una sola vivienda o local de negocio, pero no cuando existen en ella dos locales de negocio y dos arrendatarios que pretenden retraer por acción conjunta.

(*) Ver A, I, 8, y nota 17.

(28) SS. de 3 de junio de 1952 y 25 de mayo de 1956.

pública». La Ley de Arrendamientos Urbanos ha preferido denominar piso, vulnerando el sentido que esta palabra tiene para la Academia, a lo que más propiamente podemos llamar departamento o cuarto: habitación o conjunto de habitaciones comunicadas entre sí y con cierto aislamiento de las demás del edificio, que constituyen una unidad de vivienda o de establecimiento. De todas maneras, su sentido es claro, cuando en el mismo artículo se habla de planta refiriéndose al piso en el sentido de la Academia

Los casos de este apartado B) fueron la razón legal del retracto arrendaticio. Desarrollada la propiedad horizontal, consagrado claramente el piso (el cuarto o departamento) como finca independiente, pudieron llegar al cuerpo a cuerpo los propietarios y los arrendatarios de pisos.

Pero aunque la Ley siga hablando de ventas por pisos, está claro que el retracto se concede en todo caso de venta o cesión solutoria de un departamento como finca independiente, si este departamento es objeto de un arrendamiento.

El principio inicial es tan claro como en el caso A), pero su casuística práctica es mucho más rica que allí, aunque derivada de la misma circunstancia: la imposibilidad de determinación clara del piso como finca independiente objeto de la venta, del arrendamiento y del retracto.

Indudablemente que es rica la gama de posibles fraudes al retracto que el propietario puede imaginar a través de su posibilidad de configurar el objeto de su venta como objeto único con un único precio a través de agrupaciones de pisos (o de no segregar), o como objeto total que no llegue a agotar el objeto del arrendamiento a través de segregaciones. Pero creemos que se le ha ido la mano a la Jurisprudencia, y especialmente a los autores, en su interpretación extensiva favorable al retracto en estos casos de ventas de pisos.

No ha ofrecido duda que el arrendatario de un piso no tiene derecho de retracto cuando se enajena la casa entera en la que hay otro u otros pisos más (29).

a) Pero la cuestión batallona ha sido el de la transmisión de toda una planta o de varias plantas simultáneamente (ya se configuran como un objeto único a través de agrupación o de no segregación de los pisos que comprende), cuando sus varios pisos estuviesen arrendados a diversas personas.

(29) Ver las SS. de 8 de julio de 1952, 4 de nov. y 30 de dic. de 1955

Se mantuvo en la correcta doctrina la Sentencia de 11 de junio de 1948. Según ella, si el fundamento del retracto es el arrendamiento del retrayente sobre el piso objeto de la venta, su acción no puede comprender más cosas que las incluídas en el arrendamiento.

Pero las Sentencias de 8 de julio de 1952 y 4 de noviembre de 1955 cambiaron de orientación, y, obsesionadas por la posibilidad de la maquinación fraudulenta, concedieron el retracto referido para cada arrendatario a su piso, y recurriendo, naturalmente, a una distribución pericial del precio entre cada piso.

Solución intermedia fué la de la Sentencia de 24 de enero de 1953, que con gran excepticismo (IZQUIERDO) dejó a los Tribunales apreciando las circunstancias de cada caso, en que lo enajenado no coincida, por exceso o por defecto, con lo arrendado, determinar en justicia si procede conceder el retracto.

La nueva Ley se ha orientado hacia la interpretación extensiva favorable al retracto, en este punto, con su frase de «ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros». Siendo así, no hay más remedio que dar la alternativa a la nueva figura: el retracto urbano por precio pericialmente determinado. Sólo nos queda como una afirmación platónica la de la Sentencia de 13 de junio de 1956 cuando exige para el retracto que entre la cosa arrendada y la comprada se dé la más perfecta identidad, por ser uno y el mismo el objeto de ambos contratos.

b) Demostración de que las cuestiones A) y B) no son sino dos secciones del mismo problema son las Resoluciones, que aplican la misma interpretación extensiva del retracto de los casos de venta de varios pisos en propiedad horizontal, al caso en que la finca se halle dividida en secciones verticales, aunque para la venta se agrupen varias. Así lo entendió la misma Sentencia citada de 8 de julio de 1952, previa la determinación pericial de la parte de precio correspondiente y con la finalidad de evitar confabulaciones dolosas.

III) TÍTULOS TRASLATIVOS ORIGINANTES DE ESTOS DERECHOS.

Es éste uno de los puntos donde requiere más esfuerzo la poda de toda consideración doctrinal y comparativa con otros retractos. Sólo diremos que la frondosa variedad de criterios sobre el

grafe, en las varias figuras de retractos y tanteos legales, creemos que por inexplicable debe desaparecer.

El art. 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos empieza por referirse solamente a las ventas en su apartado primero. Más adelante, el mismo apartado habla de vender o ceder solutoriamente; y en el apartado tercero extiende la facultad de tantear al «caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común». Por sus diferencias, separaremos los dos casos:

A) VENTAS Y CESIONES SOLUTORIAS.

a) *Ventas*.—Aunque principalmente por casos dudosos de derecho transitorio, en la antigua Ley, al exigirse que la transmisión fuera posterior a 1 de enero de 1947, surgió la discusión sobre si se precisa la consumación de la venta (art. 609 del Código civil) o basta la perfección (art. 1.450 del Código civil) para que surja el retracto. Aunque la doctrina y la Jurisprudencia han estado vacilantes, parecen orientarse hacia la tesis de la consumación (30). Por lo demás, en la mayoría de los casos la tradición escrituraria evitará cuestiones.

La doctrina y la Jurisprudencia han extendido el retracto a otros negocios onerosos o más o menos análogos a la venta. Podemos enumerar como más seguros los siguientes títulos:

- Transmisión a censo reservativo (30 bis).
- Transmisión a renta vitalicia (31).
- Transmisión por causa de transacción (32).
- Venta con pacto de retroventa (33), sin que quepa considerar excluida la acción de retracto legal en tanto no transcurra el plazo de duración del convencional.

(30) Esta discusión es ya muy antigua en materia de retractos en general. Se dió entre ANTONIO GÓMEZ y COVARRUBIAS y ACEVEDO; fué objeto de un trabajo de DE DIEGO y se trata «in extenso» en la monografía de IZQUIERDO.

Las SS. de 20 de mayo de 1943 y 27 de noviembre de 1947 han mantenido que es a la fecha de consumación de la venta y no a la simple perfección de ésta es a lo que hay que referir el conocimiento para iniciarse el plazo para retraer. Siguen también este criterio las de 5 de febrero de 1952 y 17 de febrero de 1956.

(30 bis) Asimilada a la venta por las SS. de 9 de marzo de 1893 y 11 de junio de 1902.

(31) Asimilada a la venta en materia de retractos desde POTHIER.

(32) S. de 31 de mayo de 1899.

(33) S. de 20 de mayo de 1943.

— Venta de la nuda propiedad. Esto entiende la mayoría de las Resoluciones y de la doctrina (34). La Comisión de las Cortes no aceptó una enmienda concediendo el tanteo para la adquisición del usufructo y de la nuda propiedad cuando se enajenaren separada o sucesivamente.

En cuanto a la venta aislada del usufructo, una Sentencia dada en arrendamiento rústico negó el retracto (35).

— Venta de participación indivisa. El retracto se limita a la cuota transmitida (36).

b) *Cesiones solutorias*.—Aunque en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos ha desaparecido la expresión de dación o adjudicación en pago de deudas judicial o extrajudicialmente, que la anterior relacionaba con la también desaparecida distinción de dos plazos diversos para retraer, creemos que nada se ha querido innovar.

Se ha querido dejar a la doctrina la roturación de este supuesto, pero ella no ha encontrado el tema sugestivo. El caso de la dación en pago voluntaria no ofrece dificultades; en ella encaja el retracto como anillo al dedo, pues el así pagado no pensaba, y apenas quería, cobrar de esa manera. SERRANO limita a ella la expresión legal; pero IZQUIERDO cree que en la cesión de bienes de que trata el Código civil se dará el retracto cuando el cesionario venda para hacerse cobro. CASTÁN y CALVILLO se limitan a decir que la inclusión de la cesión de bienes dependerá de la naturaleza atribuible a esta figura.

Pero más lamentable es la cautela doctrinal en enfrentarse con los problemas de las adjudicaciones judiciales. No puede pasarse por alto el art. 1.640 del Código civil (37); pero tampoco podemos es-

(34) SS. de 3 de diciembre de 1946, 22 de enero de 1947, 8 de mayo de 1951 y 21 de enero de 1954, que admiten el retracto por entender que la nuda propiedad no es sino el dominio gravado con el usufructo. En contra, la S. de 12 de febrero de 1949 negó el retracto alegando que si se concediese obtendría el retrayente un derecho de mayor extensión que el vendido, pues tendría la propiedad plena. También le negó la Sentencia de 24 de enero de 1928.

(35) La S. de 3 de marzo de 1944, fundándose en que se perjudicaría al arrendatario que al pasar a ser usufructuario ya no podría retraer la nuda propiedad; pero el argumento es discutible.

(36) Así quedó definitivamente consagrado a partir de la S. de 27 de noviembre de 1947, argumentando sobre la base de la interpretación extensiva, de que no hay obstáculo alguno para ello, de que si no sería fácil burlar la Ley, y del art. 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

(37) El art. 1.640 del Código, dice: «En las ventas judiciales de fincas enfiteúticas, el dueño directo y el útil, en sus casos respectivos, podrán

timarlo aplicable alegremente. El Código civil no considera necesario el aviso previo en las ventas judiciales ; pero consideramos pueril decir que esto es porque lo excusan los edictos para la subasta. Mas creemos que el Código pensaba en que el dueño directo o útil no dejaría de tener conocimiento de la ejecución contra el otro dueño, a pesar de que tanto antes como después del Código civil ha sido confusa la regulación de las notificaciones del procedimiento a los copartícipes en la propiedad , y además tengamos en cuenta que para el Código civil no eran los retractos cuestión tan vital como para preocuparse de su fracaso.

Ya veremos cómo uno de los sentidos en que puede entenderse la frase «en todo caso», del art. 48, y la frase «siempre obligatoria», del 53, número 2, referidas ambas a la notificación para retracto, es el de exigir ésta tanto en las ventas voluntarias como en las judiciales, sin que los edictos en éstas puedan suplir a aquélla.

c) No originan los derechos de tanteo y retracto otros títulos onerosos. En esto tienen opiniones contrarias CASTÁN y ROCA SASTRE. CASTÁN mantiene la expansiva : «siempre que se trate de una válida transmisión onerosa del dominio, cuya naturaleza no impida la sustitución o subrogación, el derecho del inquilino podrá ejercitarse». ROCA, la restrictiva : «la enunciación de la Ley manifiesta un criterio limitativo que obliga a rechazar todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa, y su único equivalente, de la adjudicación en pago de deudas».

Conforme a la opinión dominante, *no originan estos derechos* :

— La permuta. Aunque las discusiones sobre este caso vienen de antiguo (38), la Ley de Arrendamientos Rústicos, al hablar de enajenación a título oneroso, dió pie a la doctrina y a la jurisprudencia

para el remate, pagando el precio que sirva de tipo para la subasta y del de retracto dentro de los nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura. En este caso no será necesario el aviso previo que exige el artículo 1.637.»

(38) Desde TIRAQUELLUS, en 1543, y POTHIER, hasta nuestra Jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha venido rechazando el retracto en la permuta, aun en el caso del art. 1.446 del Código y prescindiendo de los supuestos de simulación. Ver SS. de 14 de mayo de 1912 y 30 de diciembre de 1927, que admitieron el retracto , pero sólo por haberse apreciado simulación, y las de 7 de junio de 1915 y 9 de mayo de 1935, que sientan de manera terminante la doctrina contraria al retracto en las permutas. Ver también la S. de 27 de febrero de 1954.

dencia para incluir la permuta (39); y algunos proponen distinguir entre las hechas por cosa genérica y por cosa específica (40).

— Las adquisiciones por expropiación forzosa. (Art. 1.636 del Código civil.)

— La promesa de venta. Por no producir efectos transmisivos.

— La donación. Imposible detenernos en analizar los casos enclavados en la zona fronteriza de los negocios onerosos y gratuitos: dotes, donación remuneratoria, donación onerosa, donación mixta, donación modal, etc. En principio, creo preferible denegar el retracto.

B) ADJUDICACIÓN POR CONSECUENCIA DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN.

Este caso del número 3 del art. 47 constituye una novedad introducida por el art. 2.º de la Ley de 8 de febrero de 1952 (y art. 3.º del Decreto-ley de 4 de agosto del mismo año). Pretende atajar un facilísimo fraude a la Ley: compra proindiviso de toda la casa, seguida de adjudicación de cada piso a cada uno de los compradores. Pero como tantas normas exclusivamente encaminadas a evitar fraudes de Ley, puede resultar injusta en muchos casos.

Como la extensión del derecho de adquisición preferente a estos casos, donde no encaja por su propia naturaleza, no tenía más finalidad que cortar dicha posibilidad de fraude, era necesario denegar el retracto y el tanteo donde no aparezca la posibilidad fraudulenta, y por eso exceptúa «el supuesto de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado».

(39) En materia de arrendamientos rústicos, todos los autores, y las Sentencias de 11 de junio de 19455 y 1 de diciembre de 1947, tuvieron que rendirse ante los términos del art. 16 de la Ley, que no solamente dice «en todo caso de transmisión a título oneroso de una finca...», sino que prevee lo que ha de hacerse cuando la enajenación no se hubiere verificado por precio en metálico. El desfavorable comentario de FLORES DE QUIÑONES a la Sentencia, y la tardía afirmación de VALLET de tener referencias ciertas de que los autores de la Ley sólo pensaron en el caso de precio no pagado en metálico, fueron incapaces de desvirtuar la senda jurisprudencial.

(40) Esta opinión de CASALS COLLDECARRERA, seguida por IZQUIERDO y recogida por CASTÁN y CALVILLO, parece la más acertada, no tanto en materia de arrendamientos urbanos, en que parece haber conformidad en la doctrina en negarse el retracto en la permuta, como en materia de arrendamientos rústicos, donde es conveniente recortar algo el extensivo criterio jurisprudencial.

Las *principales dudas* que este supuesto B) ha planteado a los autores son las siguientes :

a) Si además del inquilino de vivienda gozan de los derechos de preferencia para la adquisición los arrendatarios de locales de negocio. COSSÍO y ASPIAZU, al publicarse el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, opinaron que no. En contra, BATLLE mantuvo que también en el caso de adjudicación en división de cosa común es digno de protección el cobijo de un negocio e industria. CASTÁN y CALVILLO tampoco hacen distingo alguno, aunque acaso se hayan olvidado del problema. IZQUIERDO ni siquiera estudia este supuesto.

A mí, el texto del art. 47,3, me parece que ha acabado con toda duda. Sólo se refiere al inquilino en caso de adjudicación de vivienda. Basta comparar este apartado con el primero para percibir la diferencia. A todo lo largo de la Ley habla de inquilino, cuando de arrendatario de vivienda se trata, y añade arrendatario cuando tiene que incluir al de local de negocio. COSSÍO y ASPIAZU tenían razón.

b) Si la excepción se extiende a la división de comunidad, resultante a su vez de una adjudicación hereditaria proindiviso. Es decir, a cuando se trata de dividir materialmente una finca que en la partición se mantuvo proindiviso. Opinamos con CASTÁN y ASPIAZU que sí. COSSÍO, en contra.

c) Creemos que esta norma es de indudable interpretación restrictiva. Por ello no creemos que deba extenderse al caso de adjudicación de toda una casa (aunque en ella haya una sola vivienda), por consecuencia de una cesación de comunidad sobre varias casas.

No obstante, hacemos esta afirmación con las naturales reservas, y solamente apoyados en nuestra enemiga a los preceptos exclusivamente encaminados a prevenir fraudes a la Ley (41).

Por lo mismo, consideramos ociosa y contraproducente toda construcción doctrinal sobre la *naturaleza* del derecho de retracto y

(41) Preceptos de este tipo no son sólo injustos, sino siempre insuficientes. Si, por ejemplo, el dueño de una casa con dos viviendas quiere ocupar la del inquilino que menos aprecia, pero que es el preferente según el art. 64, podrá simular segregación y venta como finca independiente de la vivienda de su amigo; dueño entonces de una sola finca con una sola vivienda, podrá desalojar al que antes no podía, y luego, más tarde, volver a simular la compra y agrupación de lo que vendió. Contra esto no defiende al inquilino el art. 47, ni tampoco el 54, aunque lo parezca, pues quien podría valerle del 54 sería el inquilino amigo, que sería el notificado de la segregación y venta, pero no el otro, que no sería notificado.

tanteo en el caso del art. 47, 3. Mejor que construir una nueva y flamante figura: la opción legal de compra (que no es sino la expropiación dicho en «roman paladino»), es propugnar por la derogación de este párrafo y encomendar la defensa del inquilino contra el fraude a la Ley, cuando exista, a la acción de simulación o nulidad por causa ilícita de la compra proindiviso y de la subsiguiente división. Por este acertado camino de la acción de nulidad por fraude, ver la Sentencia de 8 de febrero de 1952.

Innecesario decir que con esta manía de conceder retractos, sea como sea, hay que hacer tabla rasa de muchos conceptos jurídicos. El art. 47 termina diciendo que a tales fines deberá consignarse en la escritura el precio (?) asignado a cada unidad de vivienda o local de negocio (?). También habrá que entender que el inquilino podrá utilizar el derecho de tanteo en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de hacer la división, el valor asignado en ésta a su piso, las condiciones esenciales de la misma y el nombre, domicilio y circunstancias del adjudicatario, aunque la Ley se ha olvidado de esto.

IV) EL RANGO DEL RETRACTO ARRENDATICIO URBANO.

Artículo 50.—El derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar con excepción del de retracto, reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido.

La redacción de este artículo, aunque muy parecida a la del antiguo 66, es bastante más correcta gramaticalmente.

Además, al especificar que el único retracto preferente al del inquilino es el del condueño «de la vivienda o local de negocio transmitido», ha venido a desvanecer las dudas surgidas sobre la forma de resolver la colisión entre el retracto del inquilino o arrendatario y el tanteo concedido al «propietario horizontal» por el art. 396 del Código, si bien estas dudas podían estimarse ya resueltas por la Jurisprudencia (42), que había aclarado ya que el condueño con retracto preferente al inquilino o arrendatario, a que se refería la Ley de

(42) Ver la S. de 23 de abril de 1956.

Arrendamientos Urbanos, no podía ser otro que el condueño del piso cuya cuota indivisa se transmite o el condueño por cuotas de toda la finca, pero no el dueño de otro piso. Efectivamente, el tanteo concedido por el art. 396 del Código civil tiene más de retracto de colindantes que de comuneros.

También es más claro este art. 50 que el correlativo de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Pero debemos señalar que se ha olvidado del art. 1.642 del Código civil, que da preferencia al retracto enfitéutico sobre el de comuneros. De la Ley de Arrendamientos Urbanos resulta que el arrendaticio deberá ser preferido al enfitéutico; pero postergado al de comuneros, y del Código resulta que el enfitéutico es preferente al de condueños. ¿Cómo solucionar esto, especialmente si van al retracto los tres?

El olvido es imperdonable, a pesar de que el caso de colisión de retracto enfitéutico y de arrendatario no sea muy frecuente; porque ha sido tropezar dos veces en la misma piedra después que la doctrina había destacado la misma incongruencia en la concurrencia de comuneros de menos de tres años, colonos y colindantes (43).

(43) La jerarquía de los retratos urbanos, en síntesis, es:

1.º Los retratos administrativos prevalecen sobre los legales de interés privado (art. 1.636 del Código civil).

2.º Los legales, sobre el convencional. Las Leyes de Arrendamientos Rústicos y Urbanos parecen orientarse en este sentido, y una S. de 19 de mayo de 1943 concedió el retracto legal en un caso de venta a carta de gracia, si bien con la salvedad de que, como el retrayente se subroga en la posición del comprador, quedará afecto al pacto de retroventa.

El art. 76 del Apéndice aragonés también concede el retracto de alorio aunque medie carta de gracia.

En contra, la doctrina catalana (FAUS) afirma que los derechos de lluir y quitar son preferentes al retracto legal. Se apoyan en el Proyecto de Apéndice de 1930, según el cual el derecho de fadiga no tiene lugar en la venta cuando la primera enajenación se hizo a carta de gracia; y una Sentencia de 10 de diciembre de 1907 estimó que el plazo para retraer el dueño directo ha de contarse desde la consolidación de la venta del dominio útil al no utilizar el vendedor su derecho de retracto convencional. Pero la S. de 20 de mayo de 1943 mantuvo criterio opuesto.

3.º El retracto enfitéutico es preferente al de comuneros (art. 1.642 del Código civil).

4.º Es difícil que surja colisión entre el retracto gentilicio y el de comuneros, ya que éstos, en la mayoría de los casos, coincidirán con el grupo de parientes propincuos. De las Leyes de Toro (Ley 74), y del artículo 76 del Apéndice Foral de Aragón, resulta preferente el de comuneros, aunque no resulte muy claro el término de extraños que este último emplea.

5.º El retracto enfitéutico, y después el de comuneros, son, sin duda, preferentes al tanteo del «propietario horizontal», porque éste no es condueño de los otros pisos, no obstante la comunidad incidental de los ele-

V) EL PROMETIMIENTO DEL ART. 51 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.

No vamos a discutir ahora si el Código civil, individualista, liberal y antivinculador, quiso derogar los antiguos prometimientos de los retrayentes, que recoge la Ley de Enjuiciamiento (44). Lo cierto es que el Tribunal Supremo los consideró vigentes, aun después de la promulgación del Código (45).

La Ley de Arrendamientos Urbanos, al crear el retracto arrendaticio, lo estableció con la secuela del tradicional compromiso o prometimiento de no enajenar; y puesta a elegir su plazo de duración, se decidió por el más corto de los tres de la Ley de Enjuiciamiento: el de dos años del retracto gentilicio, que también había conservado el Apéndice aragonés para su retracto de abolorio.

Pero el legislador, con tono publicístico muy criticable, pareció que transformaba el antiguo prometimiento en una prohibición legal de enajenar: «no podrá transmitir...»; es la misma terminología de la Ley de Arrendamientos Rústicos (art. 17), si bien utilizando la expresión sintética de transmitir el piso por acto «inter vivos» y no la casuística de la Ley de Arrendamientos Rústicos; «enajenarla, arrendarla, cederla en aparcería, ni enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio de la misma».

El nuevo art. 51 ha continuado con el mismo tono de norma de orden público, en que se impone una prohibición legal de enajenar y no se regulan las consecuencias de su contravención con claridad; pero su párrafo segundo ha mejorado mucho el precepto.

Artículo 51.—1. El retrayente, o el que hubiere adquirido por

mentos comunes. Este tanteo y consiguiente retracto son más bien fundados en la colindancia; por ello su postergación resulta del propio artículo 396 cuando habla de preferencia respecto de extraños, y del 1.524, 2.º

6.º Hasta aquí hemos conseguido un orden lógico. Pero el art. 50, como hemos dicho, dificulta la colocación del arrendaticio. Creemos que lo más sencillo es colocarlo después del de comuneros en todo caso, y por tanto, también después del enfiteútico, preferente a ambos cuando exista. De todas maneras, la variedad de plazos y mecanismo de cada una de las figuras hace de la colisión de retractos un tema desagradable.

(44) Arts. 1.618, párrafos 4.º, 5.º y 6.º, y 1.628 a 1.630, de la Ley de Enjuiciamiento.

(45) SS. de 13 de noviembre de 1894 y 7 de julio de 1903.

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

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

Analizando este artículo, podemos señalar los siguientes puntos principales :

a) *Actos de transmisión prohibidos.*—Todas las transmisiones por actos «inter vivos» del piso adquirido

Parece que la prohibición tiene, pues un ámbito mucho menor que en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Sólo se prohíben las transmisiones dominicales, aunque el artículo no sea totalmente indudable en este punto.

GARCÍA ROYO enumera como prohibidas: las donaciones «inter vivos», compraventas, permutas, daciones y adjudicaciones en pago, transmisiones a censo reservativo o con renta vitalicia, transmisiones del usufructo y de la nuda propiedad, ejecución o adjudicación hipotecaria, etc. Pero REYES Y GALLARDO excluye las transmisiones de carácter forzoso: adjudicaciones judiciales o administrativas.

Lo que más se ha discutido es si debe de incluirse la transmisión en arrendamiento. GARCÍA ROYO entendió que no, por múltiples argumentos; pero otros opinaron lo contrario, que parece más lógico, como comprendió la Ley de Arrendamientos Rústicos. Esta duda debió desvanecerse por el artículo que glosamos expresamente.

b) *La salvedad «si hubiese venido a peor fortuna».*—No autoriza la transmisión cualquier venida a peor fortuna en un sentido contable. La frase ha de completarse en forma análoga a como lo hace el Apéndice de Aragón: «Si no sobreviene desgracia que le haga de peor fortuna y le compela a la enajenación», o mejor aún, con la frase de la Ley de Enjuiciamiento: «... que alguna desgracia hiciere venir a menos fortuna al retrayente y le obligare a la venta».

Puede ser útil la jurisprudencia sobre el art. 25 de esta Ley, que prevé una situación similar: venir al estado de pobreza en el curso de una instancia

c) Al hablar solamente del piso adquirido, induce este artículo a dudar si es *aplicable a los retractos de locales de negocios* o no. Pero seguramente el término «piso» comprende tanto al dedicado a vivienda como a local de negocio. Por otra parte, no hay por qué entender restrictivamente los prometimientos que acompañaron siempre a los retractos. Lo que se debe hacer es entenderlos como tales prometimientos y no como prohibiciones legales de disponer.

d) *Efectos de la infracción de la prohibición*.—Contemplando el panorama doctrinal anterior a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, asusta la propensión de nuestros juristas modernos (por lo demás, de indiscutible solvencia y formación) a prescindir de las construcciones tradicionales, de los principios de autonomía de la voluntad y de libre «jus disponendi» del propietario, en cuanto el legislador se descuida.

Casi todos, creyendo que los prometimientos de la Ley de Enjuiciamiento no son más que «paños calientes» frente a la «penicilina» de las prohibiciones de disponer, se lanzaron alegremente a la solución más simple y cómoda, que entendieron la más «moderna»: la transmisión hecha es nula de pleno derecho con nulidad radical. Y llegó a ser doctrina dominante, tanto para los retractos rústicos como para los urbanos.

Unos concedían la acción de nulidad al retrayente enajenante (SERRANO), saltándose la prohibición del «venire contra factum proprium», y la de alegar la propia «turpitud». Otros entendieron que la transmisión podría ser impugnada por cualquiera que tenga interés en la declaración de nulidad (IZQUIERDO), y que la impugnación perjudicaría al tercero hipotecario sin necesidad de ninguna constancia registral en los términos del art. 26, norma 1.ª, de la Ley Hipotecaria.

Afortunadamente, la sana doctrina regresó por dos direcciones:

Una, al comprender que la consecuencia más importante había de ser la resolución del retracto, pues ni el arrendador ni el comprador retraído y vencido adelantan nada con deshacerse solamente la transmisión prohibida (GARCÍA ROYO).

Otra, al defender algunos tratadistas (excepciones honrosas) que no se trataba de una prohibición legal, sino de un compromiso cuyo incumplimiento solamente producía la resolución del art. 1.124 del Código civil y no la nulidad del art. 4.º del mismo (HIJAS PALACIOS),

por lo que había que estar simplemente a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento (BATLLE).

Afortunadamente, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos se ha inclinado hacia la tendencia contraria a la nulidad de pleno derecho, si bien el apartado 2.º del art. 51 resulta un tanto confuso al decir que «el incumplimiento de esta prohibición producirá la resolución del contrato originario y el de la segunda transmisión, a instancia de parte perjudicada».

Prescindiendo de los defectos gramaticales del párrafo, origina las dos siguientes dudas fundamentales :

— Quién sea la parte perjudicada, posible demandante. Creemos que no puede ser más que el propietario arrendador si se trataba de tanteo, y además el comprador retraído y vencido en caso de retracto. Nadie más puede entenderse parte perjudicada por la vulneración del prometimiento. Los mismos que fueron los sujetos pasivos del derecho de preferente adquisición. No hay por qué ver por todas partes violaciones del orden social.

— Cuál sea ese contrato originario que se resuelve. No creemos que sea el arrendamiento, base del retracto que murió al triunfar este ; ni tampoco la venta originadora del retracto, porque eso requeriría decir que el retrayente era el que debía continuar siendo dueño del piso. Ese contrato originario no puede ser más que el retracto mismo, o el tanteo mismo. No está mal hablar de originario (originario de la prohibición) ; pero sí hablar de contrato, cuando precisamente la Ley de Arrendamientos Urbanos ni regula la efectución extrajudicial de los derechos de adquisición preferente, ni dice que su efectución judicial culmine en una sentencia de condena al otorgamiento de una venta.

De todas maneras, el actual art. 51 nos ha librado de la pesadilla de la prohibición legal de disponer y consiguiente nulidad de pleno derecho. La palabra resolución es terminante y puesta con plena conciencia de su sentido. A la vista del párrafo 2.º del art. 51 y del art. 150, que declara subsidiariamente aplicable la Ley de Enjuiciamiento, no hay más remedio que volver a la construcción tradicional restaurando las normas de ésta, que sin pecar de romanticismo jurídico estimamos tan sencillas y elegantes : «Luego que sea firme la Sentencia .. se tomará razón en el Registro... del compromiso que se haya contraído» (artículo 1.628).

Pero continuaremos con esta cuestión en el capítulo segundo.

Sólo añadiremos que la redacción del art. 51, puesto que no estamos ante ninguna prohibición de enajenar, deberá mejorarse en el futuro. Los términos del art. 1.630 de la Ley Procesal son insuficientes para incluir el caso de tanteo; pero no hay inconveniente en volver a la terminología tradicional hablando de promesa o compromiso de conservar la finca tanteada o retraída y diciendo que la enajenación que se hiciere antes del vencimiento del plazo sin la conformidad del propietario o comprador vencido quedará resuelta y sin efecto el tanteo o retracto, a instancia de los mismos (46).

La *Ley de 15 de julio de 1952* vino a esclavizar aún más al inquilino que haya conseguido la propiedad de su vivienda por tanteo o retracto financiado con préstamo obtenido al amparo de dicha Ley. Su art. 9.º prohíbe enajenar o gravar la vivienda, arrendarla o ceder en cualquier otro modo su uso en un plazo de tres años; y aun transcurrido éste, sin autorización escrita de la entidad prestamista. Aunque en forma muy imprecisa, este artículo engloba dos cosas distintas: la prohibición durante los tres años, que por obedecer a las mismas razones que la prohibición general de la Ley de Arrendamientos deberá reconducirse actualmente al mismo régimen del artículo 51 sin más diferencia que la del plazo y la prohibición específica de este art. 9.º, exclusivamente impuesta en interés de la entidad prestamista, que lógicamente no durará más que la hipoteca sobre la propia vivienda que previene el art. 8.º, y que en buena doctrina no debe ser una prohibición legal de disponer, sino una norma encaminada a dar validez y efectos reales a un pacto del contenido expresado, a insertar en la escritura de hipoteca (mera obligación de insertarlo por parte de las entidades prestamistas, destinatarias de la referida Ley de 1952).

B) DISPOSICIONES ESPECIALES DEL TANTEO

El tanteo, en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, no es solamente una institución preventiva del retracto y una primera fase de actuación del interés legalmente protegido del arrendatario

(46) Inexplicablemente, CASTÁN y CALVILLO dejan virgen de todo comentario el art. 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como si ningún problema plantease.

en hacerse dueño con preferencia a un tercero, sino que ha pasado a ser la figura central y preferente del «jus praelationis» para la adquisición. Se ha comprendido que es la manera más correcta y menos perturbadora de actuar el derecho de preferencia. El retracto queda limitado a los casos en que se haya querido soslayar y burlar tal derecho; pero desdeñado el mismo en fase de tanteo, no puede ser ejercitado en fase de retracto.

Ahora bien, este nuevo sistema, como todas las novedades, está aún carente de experiencia. El derecho de retracto opera sobre una transmisión perfectamente concretada, mientras que el derecho de tanteo descansa en un mero anuncio y proyecto de transmisión, acaso imaginaria. De esto pueden surgir inconvenientes y maquinaciones, y así lo ha comprendido la Ley, que dedica el art. 49 a atenuarlos; pero creemos que este artículo tendrá que ser objeto de sucesivos perfeccionamientos.

Por otra parte, no debe asombrarnos que este nuevo sistema haya tardado tanto en ser consagrado. No se sintió su necesidad hasta que una serie de circunstancias, extrañas al normal juego de los intereses de dueños y retrayentes (simulaciones de precios frente a la presión fiscal, escasez de viviendas, desarrollo de la mala fe), enconaron la institución del retracto, que en circunstancias normales era eludida por tanteos amistosamente concertados.

I) PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE TANTEO

A) Es necesario, en primer término, que se den los requisitos o *presupuestos generales* que hemos estudiado como comunes a los derechos de tanteo y retracto. Nos remitimos, pues, a todo lo dicho sobre elementos personales, elementos reales, títulos originadores y rango de estos derechos.

B) La *notificación para tanteo*.—Esta notificación primera para tanteo aparece regulada en el art. 47, 1, que ya dejamos transcrito. Debemos considerarla como un verdadero requisito «sine qua non» del derecho y de la acción de tanteo. Estos no nacen del propósito de transmitir, sino de la notificación misma, que tiene así el carácter de único medio de prueba de la decisión de vender la vivienda o local de negocio, o de dividir la cosa común

Conforme a dicho artículo, el *contenido* de esta notificación es :

a) La decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio.

Expresión legal a la que debe darse la interpretación extensiva necesaria para incluir todos los casos y supuestos como originadores de los derechos de tanteo y retracto.

b) El precio ofrecido por cada piso o local de negocio.

c) Las condiciones esenciales de la transmisión ; y

d) El nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

Estos extremos, d), de la notificación no se exigían expresamente en la Ley anterior ; pero la doctrina los estimaba necesarios. Las condiciones de la transmisión, c), se han reducido a las esenciales, cuya determinación quedará a la libre apreciación del juzgador.

La notificación ha de hacerse en *forma fehaciente*. Cosa que estudiaremos en otro lugar.

C) El *ejercicio del tanteo dentro del plazo (Caducidad del tanteo)*.—El plazo durante el cual puede ejercitarse el derecho de tanteo es el de «sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente...».

Como tiene declarado reiteradamente la Jurisprudencia, este término de sesenta días es de caducidad y no de prescripción (47).

El sistema del cómputo del plazo (días naturales) venía siendo el tradicional en materia de retracto (48) y ya había sido recogido por la Jurisprudencia en materia de arrendamientos urbanos (49).

La Ley anterior estableció el plazo de treinta días ; pero un Decreto-ley de 1952 (8 de febrero) amplió a cuatro meses el derecho de tanteo del inquilino de vivienda («B. O. del E.» de 14 de febre-

(47) Como resulta de las SS. de 25 de octubre de 1950 y 21 de noviembre de 1955.

En cuanto a la justificación de haberse presentado la demanda en plazo, véase la S. de 4 de mayo de 1953.

(48) S. de 8 de abril de 1920, a pesar de que el art. 1.638 del Código habla de nueve días útiles. Se trata, pues, de un plazo de caducidad de un derecho y no de un término judicial ; por lo tanto, no es susceptible de prórroga ni ampliación ninguna.

Sobre la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo hasta el último momento del plazo legal, ver la S. de 26 de junio de 1950.

(49) La Jurisprudencia ya había declarado que los días a que se refería la Ley de Arrendamientos Urbanos anterior (en su art. 67) eran días naturales (SS. de 12 de mayo de 1952 y 30 de junio de 1953).

ro); el art. 17 de la Ley de 15 de julio del mismo año, relativa a la concesión de préstamos a los inquilinos para adquisición, por tanteo y retracto, de sus viviendas, dispuso que la solicitud de petición del préstamo producirá el efecto de ampliar por un mes los plazos del art. 64 (que se refería al plazo para retracto en la antigua Ley). El Decreto-ley de 4 de agosto de 1952, al poner en vigor dicha Ley de 15 de julio, derogó expresamente (art. 3.º) el Decreto-ley de 8 de febrero y otro de 17 de mayo, que había prorrogado por tres meses más. Y por último, un Decreto-ley de 28 de noviembre del mismo año amplió a cuatro meses los plazos en los casos de la Ley de 15 de julio, si bien con carácter transitorio.

La disposición final 2.ª de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos ha mantenido vigente la Ley de 15 de julio de 1952. Y la opinión dominante, a pesar del fenomenal barullo de los preceptos sobre esta materia que se dictaron el año 1952, parece ser que actualmente no hay más plazo que el de sesenta días de la nueva Ley, que se amplía por cuatro meses en virtud de la solicitud de petición del préstamo, debidamente registrada y certificada, por la entidad ante la cual se hubiera formulado.

II) EJERCICIO DEL TANTEO

Nada nos dice la Ley sobre la forma de ejercitarse el derecho de tanteo, aparte de las normas de carácter procesal, que tampoco son muy claras, pues nos dejan en la duda de si la acción de tanteo se ha de desarrollar por el juicio de retracto de la Ley de Enjuiciamiento o no (49 bis).

El art. 1.637 del Código civil configura la notificación para tanteo enfiteútico, casi como una oferta de compraventa sobre la base de la cual, el hacer uso del derecho de tanteo pagando el precio, parece perfeccionar y consumir sin más la compra.

Los términos del art. 396 del mismo texto legal parecen más correctos: el titular del tanteo, mediante la comunicación al vendedor de su voluntad de adquirir, obliga a éste a la transmisión, y se obliga por su parte al pago del precio. Esta es la construcción del tanteo (VORKAUFRECHT) en el Derecho alemán: pretensión

a la transmisión condicionada al ejercicio de un derecho potestativo condicional; ejercicio que se realiza mediante una declaración de voluntad, unilateral, recepticia y no formal.

La Ley de Arrendamientos Urbanos nada aclara sobre este particular. Sólo piensa en el ejercicio judicial del tanteo cuando se refiere a las acciones de tanteo (50); sin embargo, como su actuación extrajudicial es lo más frecuente, debió reglamentarse la forma fehaciente de manifestar la declaración unilateral de tanteo, conectada con el ofrecimiento o consignación del precio, verificada la cual en plazo habría de estimarse ejercitado el tanteo, sin perjuicio de la posterior acción judicial en caso de resistencia del propietario a otorgar la escritura de venta.

Los comentaristas se limitan al problema de si el acto de conciliación implica ejercicio del derecho de retracto (o tanteo) y en qué forma dicho acto interrumpe el término de caducidad. La Jurisprudencia se orienta hacia el criterio afirmativo más favorable al retracto (51).

Ante la laguna legal sobre la manera de ejercitar el derecho de tanteo, la Jurisprudencia se muestra vacilante, incluso en extremos concretos, cual es el de si es necesario que a la manifestación de voluntad de ejercitar el tanteo se añada el pago o la consignación del precio (52).

Estudiaremos, al tratar del retracto, el problema de lo que debe entenderse por precio para el retracto y tanteo, otro de los puntos que nos revelan el enconamiento de la institución a que nos referimos antes.

III) CADUCIDAD DE LA NOTIFICACIÓN PARA TANTEO. (EL CABALÍSTICO ARTÍCULO 49)

Artículo 49.—Los efectos de la notificación prevenida en el artículo 47 caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a

(50) En el capítulo XII, referente a «Jurisdicción, competencia, procedimiento y recursos», arts. 120 y siguientes.

(51) Ver las SS. de 12 y 17 de junio de 1936, 10 de marzo de 1945, 7 de junio de 1945, 24 de junio de 1946, 27 de enero de 1950, 8 de julio de 1953 y 25 de noviembre de 1955.

(52) Afirman que esto es necesario las de 26 de junio, 5 y 23 de diciembre de 1950 y la de 20 de octubre de 1955. Ver, en cambio, la de 24 de enero de 1953.

la misma. Pasado este plazo, no podrá intentarse nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación del tanteo.

Este artículo se compone de dos apartados, que no parecen escritos por la misma pluma. El primero es correcto, e incluso peca de conceptualismo jurídico. El segundo es criticable por su imprecisión, y a veces puede resultar injusto.

a) El *apartado primero* quiere decir que el propietario sólo puede realizar la transmisión notificada dentro de esos ciento ochenta días, si quiere estar libre de retracto. La transmisión hecha después, aunque sea coincidente con la notificación, se considera no notificada y, por consiguiente, gravada con el derecho de retracto, no obstante haberse desdeñado el ejercitar el tanteo.

Esto es justo y lógico, entre otras razones porque el inquilino no debe estar indefinidamente en la duda de si la transmisión se realizará o no, y porque con el transcurso del tiempo varían las circunstancias que tuvo en cuenta para optar por el no ejercicio del tanteo (53). La caducidad del derecho de tanteo debe ir acompañada de la de los efectos de la notificación desde que se adopte el criterio de no conceder el retracto cuando se desdeñe el tanteo.

Pero es criticable que este apartado haya empleado una dicción tan conceptuosa. Para preceptuar que la transmisión tardía o retrasada se estima transmisión no notificada para tanteo, hubiese sido preferible añadir este caso a los de concesión del retracto del artículo 48, 1 (54).

b) Como ya apuntamos, el art. 49 pretende cortar los inconvenientes y maquinaciones posibles con el nuevo sistema introducido de hacer del tanteo la figura central, dejando el retracto como subsidiaria. Especialmente su *segundo apartado* ha querido salir al paso del juego de amagar y no dar del propietario (55); pero las

(53) En épocas de depreciación monetaria sería fácil burlar el derecho de preferencia notificando una venta a precio excesivo para el momento de hacerse y durante el plazo de caducidad del tanteo, pero que habría de resultar conveniente pocos años o meses después.

(54) La norma de este primer apartado del art. 59 no es objeto de ningún comentario en el CASTÁN y CALVILLO. Por ello nuestra interpretación de su conceptuoso texto carece de todo refrendo doctrinal.

(55) El propietario notifica al inquilino o arrendatario una venta a precio elevado; si éste ejercita el tanteo, tanto mejor; si no, da marcha

leyes no pueden pretender aprisionar en sus redes todas las trampas que en casos aislados puedan burlarlas, y la norma de este apartado, aunque bien intencionada, ha de producir consecuencias perturbadoras y está obsesionada por la vieja leyenda del pobre inquilino y el malvado casero (56).

Cuando era de esperar que el *apartado segundo* del art. 49, en congruencia con el apartado primero, continuase diciendo que pasado el plazo de ciento ochenta días, sería necesaria nueva notificación para tanteo, con apertura de nuevo término para tantear, aun tratándose de transmisión idéntica a la notificada anteriormente, lo que ha hecho es decir que no podrá intentarse nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación.

Y ya estamos otra vez forcejeando con la letra de la Ley para reducirla a una mera pseudo-prohibición de disponer. Afortunadamente, en esta pugna tenemos a nuestro favor la lógica más elemental. No es posible encontrar ningún interés jurídico, ni social, ni individual, que deba ser protegido contra un intento de transmisión antes de los dos años que no sea el del mismo inquilino o arrendatario, bastante endeble, además, en no estar mareado frecuentemente con anuncios de transmisión y consiguientes meditaciones para decidirse por tantear o no. Este endeble interés es imposible, además, que tenga más vigor y consecuencias jurídicas que su derecho de preferente adquisición mismo. Luego la prohibición de enajenar y sus perturbadoras consecuencias (nulidad de pleno derecho de la transmisión) es excesiva para el propietario y puede ser perjudicial para el arrendatario que pretende adquirir.

CASTÁN y CALVILLO ven aquí una prohibición temporal de enajenar; pero al estudiar la acción de impugnación (art. 53), dicen que la infracción de esta prohibición origina la aplicación por analogía del art. 53. Ven una laguna legal en cuanto a los efectos de tal infracción y la llenan acudiendo a la acción impugnatoria; pero reconocen que el punto es dudoso y no son congruentes con su primera afirmación de tratarse de una prohibición de enajenar.

Modestamente opinamos que la única consecuencia de la trans-

atrás, y más tarde notifica otra a menos precio, y así sucesivamente hasta que el arrendatario caiga en las zarpas del lobo del viejo cuento.

(56) Pensemos en el caso de la pobre viuda, que cree haber conseguido al fin un comprador para su pequeña casilla arrendada, y luego ni el inquilino va al tanteo, ni el comprador llega a cerrar trato. La Ley la cierra durante dos años el camino de conseguir vender su casilla.

misión verificada antes de los dos años, a contar de una notificación para tanteo, es que el arrendatario tenga derecho de retracto, ya sea la transmisión coincidente con la primera notificación o no lo sea y ya haya habido una segunda notificación o no la haya habido. El art. 49 no pretende proteger al inquilino contra un adquirente denegador de la prórroga legal por necesidad propia, sino contra el propietario arrendador que le pretende marear a fuerza de notificaciones para tanteo. Con un poco de buena voluntad, su texto es suficiente; cuando dice que no podrá *intentarse* nuevamente la transmisión, no dice que no pueda hacerse la transmisión, sino solamente que no puede notificarse para tanteo, y si se hace, la notificación carece de efecto; luego procede el retracto. El párrafo segundo del art. 49 debe entenderse que dice: «Pasado este plazo, no podrá hacerse nueva notificación hasta transcurridos dos años» Y más correcto sería haber añadido otro caso más a los de concesión del retracto del art. 48, 1: el de transmisión verificada antes de transcurrir dos años, contados desde una notificación para tanteo, aun con nueva notificación, también despreciada (57).

Como empezamos diciendo, el nuevo sistema de retracto, meramente excepcional y de segunda línea, está falto de experimentación, y el art. 49 necesitará sucesivos retoques.

C) DISPOSICIONES ESPECIALES DEL RETRACTO

C) El derecho de retracto, que venía siendo la figura central y básica del derecho de preferencia, ha pasado a ser en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos una segunda fase de actuación del mismo, de carácter excepcional y subsidiario, limitado a los casos de no haberse dado al inquilino o arrendatario la oportunidad para el ejercicio del tanteo; pero no cuando se ha desaprovechado dicha oportunidad.

Esta novedad tiene que considerarse elogiable, puesto que el derecho de preferencia del arrendatario o inquilino ha alcanzado un desarrollo tal que el legislador ha tenido que partir de la base de que el ejercicio del derecho de preferencia es la regla general. No

(57) Claro es que, además, si se dan sus correspondientes supuestos, procederá también la acción impugnatoria de los arts. 52, 53 y 54, que luego estudiaremos.

obstante, hasta que el nuevo régimen se consolide, no han de dejar de presentarse inconvenientes y dudas.

Las normas fundamentales del derecho de retracto se hallan contenidas en el art. 48.

Artículo 48.—1. En los mismos casos a que se refiere el artículo anterior podrá el inquilino o arrendatario ejercitar el derecho de retracto con sujeción a lo dispuesto en el art. 1.518 del Código civil, cuando no se le hubiere hecho la notificación prevenida en el apartado precedente (58) o se omitiera en ella cualquiera de los requisitos exigidos, resultare inferior el precio efectivo de la transmisión, menos onerosas las restantes condiciones esenciales de ésta o la transmisión se realizare a persona distinta de la consignada en la notificación para el tanteo.

2. El derecho de retracto caducará a lo sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

I) PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETRACTO.

A) Los requisitos o *presupuestos generales* comunes a tanteo y retracto, que ya examinamos.

B) Que el inquilino o arrendatario no haya tenido oportunidad para ejercitar el tanteo. Pero esta falta de oportunidad tiene que resultar de circunstancias taxativamente determinadas.

Del transcrito art. 48 resultan tres casos en los cuales procede el retracto, el último de los cuales se divide a su vez en tres supuestos. Opinamos que a ellos ha de añadirse el caso del art. 49, que a su vez comprende dos supuestos. En total hay, pues, los siguientes *casos de retracto* :

1.º Que no se haya hecho la notificación para tanteo.

(58) Innecesario decir que esto de apartado precedente quiere decir artículo precedente. Por olvido se ha dejado intacta la redacción de la Ley de Bases sin ajustarla a la redacción del texto articulado.

2.º Que en la notificación para tanteo se haya omitido cualquiera de los requisitos exigidos. Estos, además de la fehaciencia de la notificación, son el comprender la decisión de vender, etcétera, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión (59) y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

3.º Que la transmisión realizada no esté de acuerdo con la notificación por cualquiera de las siguientes discordancias :

a) Resultar el precio efectivo de la transmisión inferior al notificado.

b) Resultar las condiciones esenciales de la transmisión realizada menos onerosas que las notificadas.

c) Haberse realizado la transmisión a persona distinta de la consignada en la notificación.

4.º El caso del art. 49, que a su vez se descompone en dos :

a) El de que hayan caducado los efectos de la notificación para tanteo por hacerse la transmisión después de los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.

b) El de notificación prematuramente reiterada comprendido en el apartado segundo del art. 49. El reiterar la notificación antes de transcurridos dos años de haberse hecho una, coincidan o no las transmisiones anunciadas, produce el efecto de tenerse por inexistente la segunda notificación y estarse en el caso 1.º

Intentando resumir, con miras mnemotécnicas, todos estos casos, podemos decir que en la nueva Ley sólo procede el retracto en los siguientes :

Falta de notificación para tanteo.

Notificación defectuosa.

Transmisión discordante con notificación.

Notificación caducada (ciento ochenta días).

Notificación prematuramente reiterada (dos años).

C) La *notificación para retracto*.—Como dice el art. 48, 2, el adquirente deberá hacer en todo caso notificación al inquilino o

(59) Esto es lo que puede originar dudas en caso de disconformidad sobre qué condiciones han de tener el carácter de esenciales. Para seguridad del adquirente, debió conseguirse mayor concreción sobre este punto.

arrendatario, en forma fehaciente, de la transmisión efectuada y de sus condiciones esenciales mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

Pero al contrario de lo que ocurre con la notificación para tanteo, que la estimamos requisito «sine qua non» para el ejercicio del mismo, creemos que la notificación para retracto no tiene tal carácter respecto de éste. Lo normal es que esta notificación preceda al retracto; pero aunque la Ley hace de ella el único punto de partida posible para el plazo de caducidad, y a pesar de la expresión «en todo caso», creemos que una transmisión conocida y probada por el inquilino deberá ser suficiente para que prospere la demanda de retracto, aún no notificada.

En justa reciprocidad, el plazo de caducidad debiera empezarse a contar desde el conocimiento de la transmisión por el inquilino, cumplidamente probado en cuanto al sí y en cuanto al cuando por el adquirente demandado de retracto. Pero no hay duda que la Ley ha puesto en beneficio del retrayente el requisito de la notificación fehaciente.

¿Qué han querido decir las palabras «en todo caso»? Insistimos que no quieren decir que sin notificación no procede la demanda de retracto; lo que sí quiere decir es que sin notificación no se inicia el plazo de caducidad. Pero también puede indicar otras muchas cosas, a saber: que aunque la transmisión pueda hacerla el transmitente, quien debe hacerla en todo caso es el adquirente; que debe hacerse tanto en las ventas voluntarias como en las adjudicaciones judiciales, sin que la publicidad de la subasta la supla, y, en fin, que debe hacerse aunque la transmisión sea completamente coincidente con la notificación para tanteo.

Este último significado no parece muy lógico; pero es el que debemos considerar como más importante de la frase «en todo caso» y el que viene a reforzar el art. 53, cuando dice que la notificación para retracto «será siempre obligatoria».

El exigirse la notificación para retracto, aun cuando el retracto no proceda, obedece, de un lado, a que sólo con la segunda notificación sabe el inquilino si puede o no retraer, y de otro, porque tal notificación desencadena, además, el derecho de impugnación del artículo 53.

Ahora bien, esta obligatoriedad de la notificación para retracto es muy relativa. Una vez más, la Ley de Arrendamientos Urbanos

da órdenes de tono castrense sin regular luego ninguna consecuencia a la contravención, y así, cuando no se den ninguno de los presupuestos legales para que procedan el retracto o la impugnación, resulta indiferente el que se notifique o no, pues entonces la falta de notificación no tiene más consecuencia que el prolongar el período durante el cual el inquilino podría entablar una demanda de retracto o impugnación, condenada al fracaso.

No obstante, el requisito de la notificación, desde el punto de vista de la inscribibilidad de la transmisión, ya es otra cuestión; pero de ello trataremos en el capítulo segundo, al estudiar el art. 55.

También allí diremos algo del requisito de la forma fehaciente.

D) *El ejercicio del retracto dentro de plazo (caducidad del retracto).*—El derecho de retracto caduca a los sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que acabamos de estudiar, la cual, como hemos dicho, no es requisito del retracto, pero sí de su caducidad.

Antes existían dos plazos diversos: el de sesenta días para los casos de falta de notificación para tanteo o de transmisión discordante con tal notificación, y el de quince días, para el caso de despreciarse el tanteo y para el de dación o adjudicación en pago judicial o extrajudicial. El régimen actual es notablemente más sencillo.

Como en el tanteo, este plazo es de caducidad y no de prescripción (60), y como ya tenía declarado la Jurisprudencia, y ahora dice expresamente la Ley de Arrendamientos Urbanos, se trata de sesenta días naturales (61). El cómputo deberá hacerse, pues, incluyendo también los no hábiles.

Debemos repetir aquí lo dicho al tratar del tanteo sobre la copiosa legislación del año 1952 sobre prórrogas de los plazos para ejercitar el derecho de retracto arrendaticio. Aunque sea discutible la cuestión (62), parece que actualmente no hay más plazo que el

(60) SS. de 25 de octubre de 1950 y 21 de noviembre de 1955. En cuanto a la justificación de haberse presentado la demanda dentro de plazo, ver la S. de 4 de mayo de 1953.

(61) Ver la Jurisprudencia que reseñamos al tratar del derecho de tanteo.

(62) FERREIRO parece opinar en contra de la subsistencia de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley de 15 de julio de 1952 y Decreto-ley de 28 de noviembre del mismo año. Pero la S. de 11 de octubre de 1955 aplicó la prórroga de cuatro meses de dichos preceptos.

de sesenta días del artículo que glosamos, que se amplía por cuatro meses en virtud de la solicitud de petición del préstamo, conforme a la Ley de 15 de julio de 1952, debidamente registrada y certificada por la entidad ante la cual se hubiera formulado.

La determinación del momento inicial del plazo de caducidad de la acción y derecho de retracto ha sido reglamentada en forma totalmente distinta a la de la Ley anterior. En ella se contaban los plazos desde la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión. En la nueva, únicamente la notificación determina el inicio del plazo (63).

Se ha llevado a sus últimas consecuencias la independencia entre la inscripción y el plazo para retraer; pero a renglón seguido se ha conectado íntimamente la notificación con el Registro, haciendo de ella un requisito para la inscripción de la transmisión. Toda esta materia será tratada en el capítulo segundo. Aquí sólo anticiparemos que la nueva Ley ha tenido al menos la virtud de derogar el torturante apartado final del art. 64 antiguo, que nos llevaba a un verdadero laberinto.

II) EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO.

El derecho del retrayente puede quedar satisfecho extrajudicialmente, siempre que haya acuerdo entre el adquirente y el arrendatario o inquilino; pero la Ley ha considerado que entonces no surge ningún problema del que deba ocuparse, por lo cual regula exclusivamente el ejercicio judicial del retracto. Solamente de «*lege ferenda*» cabe plantearse la posibilidad de un ejercicio extrajudicial del retracto, que consistiera en una declaración de voluntad unilateral recepticia del retrayente hecha extrajudicialmente y suficiente para tener por ejercitado el retracto, sin perjuicio de la posterior demanda judicial para caso de resistencia y disconformidad del adquirente.

Solamente a través del acto de conciliación cabe ejercitar el derecho de retracto en forma suficiente para paralizar la caducidad antes de interponer la demanda de retracto. Y esto, gracias a que

(63) En el caso de denegación del préstamo solicitado por el inquilino, conforme a la Ley de 15 de julio de 1952, el plazo de caducidad empieza a computarse desde la notificación de la denegación.

una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dando al artículo 1.524 del Código un sentido más amplio que el del 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento, y carácter meramente permisivo al artículo 461 de ésta, tiene declarado que el acto de conciliación es medio hábil para ejercitar el derecho de retraer y tiene fuerza obstaculativa de la caducidad (64), doctrina que también ha aplicado al retracto arrendaticio (65).

Como todas las disposiciones creadoras de retractos, la Ley de Arrendamientos Urbanos se ha conformado con la consabida remisión a lo dispuesto en el art. 1.518 del Código civil. Parece como si el legislador, que tanta afición tiene al casuismo en los últimos tiempos, tuviese la malsana intención de no aclarar las dudas que el art. 1.518 del Código (que exige el reembolso del precio, gastos del contrato y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida) plantea al ponerlo en relación con el 1.618 de la Ley Procesal (que se conforma con la consignación del precio si es conocido, y aun con la fianza de consignarlo si no lo es). No sobrarían las aclaraciones que se hicieran sobre esta cuestión recogiendo las acertadas que la Jurisprudencia ha ido haciendo. No nos detenemos en ellas por ser materia propia de los tratados generales, y en ellos debe consultarse.

Pero sí queremos hacer una breve referencia a las dudas surgidas en cuanto al precio que debe consignarse, por ser cuestión planteada preferentemente en el período de enconamiento de la institución del retracto iniciado con los retractos arrendaticios.

El art. 67 de la Ley de Arrendamientos Urbanos anterior decía que el retracto solamente podría ejercitarse por el precio figurado en la escritura de venta o acta de adjudicación. Sin embargo, la Jurisprudencia, interpretando los arts. 1.518 del Código civil y 1.618 de la Ley Procesal, inició una doctrina favorable a exigir el verdadero precio de la transmisión, aun siendo muy superior al figurado en la escritura, siempre que fuese conocido por el retrayente (66) y fundándose principalmente en lo inadmisibile del en-

(64) Ver, entre otras muchas, las SS. de 13 de junio de 1921, 4 de octubre de 1927, 17 de junio de 1936, 10 de marzo de 1945 y 25 de noviembre de 1955.

(65) S. de 8 de julio de 1953. Aunque esta Sentencia resolvió que, no obstante la conducta del demandante retrayente, que rechazó la avenencia sin reserva del comprador demandante, implicó un desistimiento de la acción y privó al acto de conciliación de su virtualidad interruptora del plazo de caducidad.

(66) SS. de 7 de julio de 1948, 16 de mayo de 1956 y 1 de julio

riquecimiento torticero, sin causa y sin derecho del retrayente, si pudiese adquirir por precio inferior al real.

Es verdad que otras Sentencias (67) se han ajustado al texto literal y se han conformado con el precio figurado en la escritura, pensando que el inquilino puede beneficiarse de un precio figurado inferior al real, igual que tiene que pasar por el figurado superior al real; pero actualmente, cuando no sólo se ha suprimido la referencia al precio figurado en la escritura, sino que el art. 48, 1, habla de precio efectivo de la transmisión, creemos que el criterio del precio real prevalecerá definitivamente, aunque, claro es, salva-da la natural dificultad de la prueba del precio real y de su conocimiento por el retrayente.

SECCION SEGUNDA

LA ACCIÓN IMPUGNATORIA DEL INQUILINO

Como figura complementaria y afín al derecho de preferencia para la adquisición, la Ley de Arrendamientos Urbanos introdujo una acción impugnatoria del precio de la transmisión, de contornos muy borrosos, acción que la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos ha conservado, si bien con perfeccionamientos indudables.

Por muchos que sean los defectos que puedan encontrarse en el artículo 53 y concordantes de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, siempre tendrá la virtud de haber derogado el desventurado art. 67 de la anterior, tan incorrecto como incorrectamente tratado por la doctrina (68).

de 1955. Esta última se dió en un caso en que había rectificación del precio de la venta por otra escritura posterior de rectificación de error en el precio.

(67) SS. de 14 de diciembre de 1955 y 14 de marzo de 1956.

(68) Tan culpables fueron los comentaristas como el propio legislador del confusionismo creado en torno a este art. 67. Las opiniones según las cuales eran dos las acciones que concedía: una acción impugnatoria del precio por simulación relativa, y otra de anulación del contrato (anulabilidad), cada una con presupuestos y efectos específicos, y la opinión de que el inquilino podía conseguir el piso por el precio de capitalización, que convierte esta acción impugnatoria en un super-retracto, habían terminado por transformar el precepto en un laberinto propio a todo fraude y mala fe.

No podemos extendernos en las discusiones sobre la «ratio legis» de aquel art. 67 en la abundante literatura que produjo. El legislador quiso evitar la conocida trampa de simular un precio superior al real (el exceso de derechos reales como prima de seguro contra el retracto); pero no sólo se excedió de esta finalidad, sino que con su falta de claridad demostró que sus verdaderas intenciones no eran sobradamente claras, lo cual no es extraño, pues incluso la fundamentación del retracto arrendaticio se nos muestra un tanto vacilante (69).

La nueva Ley, recogiendo la crítica adversa del antiguo art. 67, le ha reformado profundamente, ha reducido la acción impugnatoria a sus justos límites, tanto en su ámbito cuanto en sus efectos.

Artículo 53.—1. Aparte de la acción de simulación que podrá ejercitar, si procediere, todo arrendatario o inquilino, podrá este último, cuando no hubiere ejercitado el derecho de tanteo o retracto, impugnar la transmisión efectuada en los casos siguientes:

1.º Cuando se hubiere infringido lo dispuesto en el artículo anterior.

2.º Cuando el precio de la transmisión, incluido, en su caso, el importe de las cargas, exceda de la capitalización de la renta anual que en el momento de la transmisión pague el inquilino, a los siguientes tipos:

Al 3 por 100, cuando hubiere sido ocupada la vivienda por primera vez antes del 1 de enero de 1942, y al 4,5 por 100, si lo fuere con posterioridad.

Sin embargo, no podrá ejercitarse la acción impugnatoria, cualquiera que sea el precio efectivo de la transmisión, cuando de la finca transmitida que conste de una sola vivienda formen parte terrenos de mayor valor que el que realmente corresponda a lo edificado

2. La acción impugnatoria caducará a los sesenta días natura-

(69) No olvidemos que el inmediato propósito del legislador, al instaurar los derechos de tanteo y retracto, fué proteger al arrendatario contra un comprador del piso con derecho a denegar la prórroga; pero tales derechos, en definitiva, vinieron a introducir un procedimiento de acceso a la propiedad del piso por el arrendatario. Esto se refleja comparando las Exposiciones de Motivos de la Ley de 1946 y la de la Ley de 15 de julio de 1952. Acaso por esto, al redactarse el art. 67, no se acertó a determinar el alcance y finalidad de la acción impugnatoria.

les, contados desde el siguiente al de la notificación prevenida en el párrafo segundo del art. 48, cuya notificación será siempre obligatoria.

3. Caso de prosperar dicha acción, no podrá el adquirente negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante fundándose en la causa primera del art. 62 (70).

I) PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.

I) Aunque con cierto temor de no acertar, diremos que los *presupuestos generales* de los derechos de tanteo y retracto, que estudiamos bajo los epígrafes de Elementos personales, Elementos reales y Títulos traslativos originantes de estos derechos, son también, en general, aplicables a la acción impugnatoria de que ahora tratamos, con las especialidades y variantes que a continuación pasamos a exponer :

A) La especialidad de más trascendencia es que la acción impugnatoria *se otorga solamente al inquilino* de vivienda, pero no al arrendatario de local de negocio.

Esto es una novedad de la Ley vigente. La anterior concedía el derecho a impugnar al arrendatario de vivienda o local de negocio. Pero el texto del art. 53, 1, distingue claramente, al conceder la acción de simulación, a todo arrendatario o inquilino, y sólo a este último la acción impugnatoria. La separación entre arrendatario (referido a los locales de negocios) e inquilino (de vivienda) está tan consagrada terminológicamente, que no cabe plantear dudas sobre este asunto. Esta enérgica reducción del ámbito de la acción impugnatoria fué la fórmula transaccional entre la Ley anterior y los que propusieron su supresión.

B) En cuanto a los *títulos traslativos originantes* del derecho

(70) Como más adelante veremos, el legislador ha mantenido esta acción impugnatoria como subsidiaria de la de retracto y restringiendo en lo posible su ámbito y efectos. Además, ha previsto su próxima desaparición, delegando en el Gobierno la potestad derogatoria de la misma.

La disposición adicional 5.ª, dice así: «El Gobierno podrá disponer que sin efecto la acción impugnatoria, regulada en el párrafo último del art. 53....., cuando considere que las circunstancias así lo aconsejan».

de impugnación, debemos distinguir en los tres casos de acción impugnatoria que después analizaremos:

— En el caso del art. 53, 1, 2.º (por causa de precio excesivo), no parece que haya duda en afirmar que serán los mismos títulos que los originadores del tanteo y retracto, incluso adjudicaciones judiciales.

— En el caso del art. 53, 1, 1.º (por causa de especulación), concordándolo con el art. 52, resulta que tenemos que encontrarnos ante una enajenación de piso o departamento como finca independiente, realizada antes de haber transcurrido cuatro años desde la adquisición, por acto «inter vivos», de la total finca urbana de la que el piso o departamento forma parte, y salvo el caso de venir a peor fortuna. Necesitamos interpretar no sólo la palabra enajenar en cuanto a la transmisión impugnada, que parece tener mayor amplitud que las de vender o ceder solutoriamente del art. 47, sino la expresión adquisición por «actos inter vivos» de la finca urbana total. Por lo que más adelante se dirá, creemos que debe irse valientemente a una interpretación restrictiva del término enajenar que le deje reducido a los mismos casos y títulos que originan el tanteo y retracto.

— En el caso de la infracción del art. 54 (acción impugnatoria del inquilino privilegiado por el art. 64), es necesario extenderla al supuesto de donación por expresa disposición de dicho artículo; en cambio, acaso puedan excluirse las adjudicaciones en pago y otros casos, ya que se habla solamente de ventas y donaciones. En este supuesto se requiere, además, que el vendedor o donante no haya respetado el orden de prelación de dicho art. 64.

C) En cuanto a los *elementos reales*, creemos que son similares a los de tanteo y retracto en los casos de acción impugnatoria por precio excesivo, y en el del art. 54; pero en el caso de impugnación que hemos llamado, por causa de especulación, a la vista del artículo 52, hay que concluir que cuando en la finca sólo existiere una vivienda, no cabe este supuesto y el inquilino no tendrá la acción impugnatoria.

No queremos entrar en el pantanoso terreno del apartado que exceptuona de la acción impugnatoria por precio excesivo el supuesto de que formen parte de la finca, de una sola vivienda, terrenos

de mayor valor que lo edificado. Lo mejor que puede hacerse es pasar por alto este precepto, que deberá desaparecer tan pronto como la doctrina aclare, con un mínimo de lógica jurídica, los derechos de tanteo y retracto y su secuela, el de impugnación, en cuanto a su extensión objetiva en los casos de no plena coincidencia entre el objeto del arriendo, objeto de la venta y objeto del retracto.

II) Los *presupuestos específicos* de la acción impugnatoria se estudiarán más adelante, al analizar por separado los tres distintos supuestos que en esta acción proceden, y que son los siguientes:

1.º Haberse realizado una enajenación contra la pseudo-prohibición de disponer del art. 52.

2.º Haberse realizado una transmisión a precio excesivo, conforme al 53, 1, 2.º; y

3.º Haberse realizado una venta o donación de piso contra la pseudo-prohibición relativa de disponer del art. 54.

La Ley sólo regula claramente los dos primeros; pero creemos que debe admitirse también el tercero. CASTÁN y CALVILLO creen que hay un cuarto caso en la vulneración de la prohibición del art. 49; pero ya expusimos antes nuestra modesta opinión en contra.

III) La notificación de la transmisión y el plazo de caducidad de la acción impugnatoria son totalmente coincidentes con la notificación para retracto y con el plazo de caducidad de la acción de retracto.

A) La notificación para retracto, estudiada anteriormente, es a la par *notificación para impugnación*. La frase «en todo caso» del artículo 48 queda confirmada por el 53, 2, que dice que esta notificación será siempre obligatoria. Repetiremos que, en nuestra opinión, esta notificación no es requisito «sine qua non» de la acción impugnatoria, sino solamente del inicio de su plazo de caducidad.

El art. 53 no amplía el contenido de la notificación para retracto con miras a la acción impugnatoria; se contenta con el determinado por el art. 48. Esto es criticable si pensamos en el supuesto

de acción impugnatoria por causa de especulación del art. 53, 1, 1.º, en relación con el 52, en el cual, además de la condiciones esenciales de la transmisión, es preciso conocer la fecha y naturaleza de la adquisición anterior de la finca total (71). Es verdad que como se exige que la notificación se haga mediante entrega de copia de la escritura o documento, tratándose de escritura pública lo normal es que tales datos consten en el correspondiente apartado de la parte expositiva (art. 174 del Reglamento Notarial); pero tratándose de documento privado, lo normal será que no consten. Ante la previsión de la Ley, habrá que considerar la notificación correcta y apta para iniciar el plazo de caducidad, aun sin tales datos, cuya averiguación se deja así a cargo del arrendatario.

B) La acción deberá ejercitarse dentro de los sesenta días naturales contados desde el siguiente a la notificación. El *plazo de caducidad* es, pues, totalmente coincidente con el de la acción de retracto, pues tiene igual duración y el mismo «dies a quo». El cómputo es también por días naturales.

C) Ahora bien, otros particulares del *ejercicio de la acción impugnatoria* son diferentes a los de la acción de retracto. No creemos que quepa la paralización de la caducidad por el acto de conciliación, que no encaja con la naturaleza de esta acción, ya que no persigue prestación ninguna por el demandado (72). Y la tramitación procesal es distinta (juicio de incidentes).

IV) Otro requisito más de la acción impugnatoria es *que el inquilino no haya ejercitado el derecho de tanteo o retracto*.

Esto nos demuestra el carácter subsidiario y de última tabla salvadora del inquilino contra la denegación de la prórroga por el adquirente que la acción impugnatoria tiene.

(71) Ver más adelante el texto del art. 52.

(72) La S. de 21 de noviembre de 1955, ratificando la de 31 de diciembre de 1946, afirmó que el plazo del art. 67 (hoy 53) de la Ley de Arrendamientos Urbanos es de caducidad y no de prescripción, por lo que es improcedente aplicar los arts. 1.524 del Código civil y 479 de la Ley de Enjuiciamiento, y la doctrina legal sobre los mismos, y no puede admitirse interrupción de ninguna especie, como pueda suponerse verificada por el acto de conciliación.

En torno de la posibilidad de simultanear las acciones de retracto y de impugnación se formó la irrespirable atmósfera que hizo del artículo 67 de la Ley anterior un confuso laberinto. La nueva Ley determina que el ejercicio del tanteo y retracto impide la acción impugnatoria.

Ahora bien, esta norma, que tanta falta hubiese hecho antes de publicarse la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, resulta en ésta un tanto innecesaria, cuando el único efecto de la acción impugnatoria es la defensa contra el desahucio por necesidad propia del adquirente, como veremos; porque al inquilino que va a obtener la propiedad de la vivienda por ejercicio del retracto, ¿para qué la impugnación?, y si ha ejercitado el derecho de tanteo, ¿qué transmisión va a impugnar?

Además, si llevamos a sus últimas consecuencias esta norma, es muy peligrosa para el inquilino e insuficiente para su contrario. En efecto, si se hace requisito de la admisibilidad de la demanda de impugnación la prueba de no haberse presentado la de retracto, se deja indefenso al inquilino que en justicia mereciese sentencia estimatoria en cuanto a la impugnación y desestimatoria en cuanto al retracto, cosa que creemos que puede ocurrir con mucha frecuencia. Y si es que con plena conciencia y por un criterio restrictivo de ambas acciones se ha querido que el inquilino piense y medite bien cuál de las dos acciones puede y prefiere ejercitar, porque iniciada la de retracto no le va a quedar la tabla salvadora de la impugnación, aunque en la de retracto fracase, el precepto es insuficiente, porque para esto debía haberse dicho que presentada la de impugnación habría de ser rechazada la posterior de retracto.

II) LOS SUPUESTOS DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA DEL INQUILINO.

Como ya hemos dicho, creemos que son tres y sólo tres los supuestos en que esta acción procede, conforme a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, que son:

Primero: *La acción impugnatoria por causa de precio excesivo.*

Es el caso originario o tradicional de esta acción impugnatoria, y está regulado en el art. 53, 1, 2.º, ya transcrito.

Podemos llamarla por causa de precio excesivo o injusto, con las naturales reservas, pues entre ella y la antigua rescisión por lesión «ultra dimidium» nada hay de común; pero no cabe duda que esta acción se ha concedido pensando en que, para el inquilino, y desde su punto de vista y privilegiada situación, el piso tiene un precio justo y tasado en función de su renta, también tasada por virtud del mecanismo de la prórroga forzosa y demás preceptos legales. Una venta por precio superior al tasado o justo, desde el punto de vista del inquilino, le hace injustamente gravoso el ejercicio del retracto, y entonces se ha optado por respetar la libertad de tráfico por encima de ese precio justo (73), pero dejando a salvo el interés más apremiante del arrendatario: evitar la denegación de la prórroga.

La Ley ha fijado este precio justo a través de la capitalización de la renta anual a los siguientes tipos:

Al 3 por 100, en las viviendas ocupadas por primera vez antes de 1942.

Al 4,5 por 100, en las ocupadas con posterioridad.

Los tipos son, pues, los mismos que en la Ley anterior; pero ha variado la renta anual base de la capitalización. Antes era la pactada por el piso, sin ningún aumento; ni siquiera los incrementos del art. 118 de aquella Ley, a pesar de que éstos formaban lo que el mismo artículo llamaba renta legal. Ahora es la renta anual que en el momento de la transmisión pague el inquilino, o sea incluyendo, sin duda alguna, todos los incrementos que el arrendador viniere percibiendo (74).

El inquilino podrá impugnar la transmisión cuando el precio

(73) Sin perjuicio de la acción de simulación relativa cuando se trate de precio aparente que encubra o disimule otro inferior.

(74) La duda consiste en si han de incluirse también los aumentos por razón de diferencias en el coste de los servicios o suministros, que el art. 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no considera renta legal, sino cantidades asimiladas a la renta, que deberán figurar separadamente en los recibos. Pero el art. 53 habla sólo de renta anual que se pague, sin decir renta legal y sin hacer la salvedad del art. 95 en cuanto a dichos aumentos. En la duda cabe defender que donde la Ley no distingue no debemos distinguir que tales aumentos forman parte de la renta en sentido propio (precio o merced que el arrendatario debe pagar al arrendador) y como módulo estimativo y valorativo del arrendamiento y, consiguientemente, de la vivienda, aunque por la posible variabilidad de dichos aumentos haya querido la Ley que figuren separadamente en los recibos, y para ello los ha considerado cantidades asimiladas a la renta que no tendrán la consideración de renta legal.

(75), incluido, en su caso, el importe de las cargas (76), exceda de la cantidad obtenida como precio justo por la referida capitalización.

Segundo.—*La acción impugnatoria por causa de especulación.*

Este segundo supuesto es nuevo y resulta del art. 53, 1, 1.º, que ya transcribimos, y del art. 52.

Artículo 52.—El adquirente por actos (sic) «inter vivos» de una finca urbana compuesta de pisos o departamentos no podrá enajenar como fincas independientes los que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendados hasta transcurridos cuatro años desde dicha adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna.

Este artículo parece que ha venido a introducir una nueva prohibición temporal de disponer, si atendemos a los términos que emplea. Esto sería verdaderamente grave y perturbador; pero, afortunadamente, estamos ante un caso más de la petulante y constantemente prohibitiva terminología de las leyes modernas y no es difícil llegar al convencimiento de que se trata de una pseudo-prohibición de enajenar, de muy modestos efectos.

El fundamento de este precepto está en la intención de cortar la especulación o agio de viviendas, en tanto subsista la actual escasez. Pero como este agio no descansa en una creciente demanda de quienes desean ser propietarios de pisos sin más, sino de quienes desean ser propietarios de pisos como medio de conseguir vivienda,

(75) La S. de 6 de julio de 1954 ha dicho que como tal debe entenderse el que se haga constar en el documento, sea real o simulado. De esta resolución resulta la imposibilidad del ejercicio combinado de la acción impugnatoria y de la acción de simulación relativa. De todas maneras es necesario que la Jurisprudencia coordine en este punto la acción de retracto y la acción impugnatoria. Será injusto que se niegue al inquilino el retracto por el precio bajo escriturado, por haber sido el real muy superior, y se le niegue la acción impugnatoria por tener que atenerse sólo al figurado en la escritura, que es inferior al resultante de la capitalización.

(76) Este párrafo del art. 53 no distingue entre los diversos supuestos de reflejo de las cargas en la cláusula de precio. Pero no creemos que el importe de la carga sólo haya de sumarse al precio cuando haya asunción del débito; será suficiente que en el precio se hayan descontado las cargas aun sin asunción expresa del débito.

En cuanto a la inclusión o suma de otros abonos del adquirente hechos por cuenta del vendedor (gastos del contrato, impuestos de plus valía, etc.), ver la S. de 12 de mayo de 1956. También es interesante la de 20 de diciembre de 1955.

previo desalojo del inquilino por necesidad propia, será suficiente para cortar la especulación impedir el desalojo del inquilino.

No nos ofrece duda que la única consecuencia de vulnerarse la prohibición del art. 52 es proporcionar al inquilino la acción impugnatoria del art. 53. Se ha estimado que el único perjudicado por tal especulación de viviendas es el inquilino, y el legislador no ha pensado en que la enajenación del piso o departamento como finca independiente sea nula ni anulable ni ilícita, sino solamente impugnabile con los requisitos y efectos del art. 53. Por ello habría sido más correcto incluir todo el contenido del art. 52 en el art. 53, 1, 1.º, con la debida adaptación de su sintaxis y desapareciendo, por tanto, su tono de prohibición de disponer.

Pero aunque interpretemos el art. 52 en estos sus justos límites, todavía lo encontramos peligroso, porque puede llevarnos a consecuencias injustas. El legislador, pretendiendo cortar la especulación, ha querido salir al paso a todo posible fraude de Ley por simulación, y por eso ha usado términos excesivos para su finalidad, y habla de adquirente por acto «inter vivos» refiriéndose al de la finca total, y de enajenar, sin distinguir, refiriéndose al piso como finca independiente, cuando solamente las reventas permiten la especulación (77).

Este excesivo criterio de presunción «juris et de jure» de simulación y especulación llevará a injustas consecuencias cuando, por ejemplo, se trate de auténticas donaciones que no encubran ventas especuladoras (78).

Por esto creemos que debe propugnarse por una interpretación restrictiva en cuanto a los títulos transmisivos originantes de este supuesto de acción impugnatoria, reduciéndolos a los de los otros supuestos de tanteo y retracto, y también en cuanto al título antecedente.

(77) «Quando rem, quam causa lucrandi emit, postea inmutatam revendit, dicitur proprie negotiatio seu mercatura» (Scaccia). «... dando lucror ille est mercator qui de Templo Dei ejicetur» (Decreto de Graciano).

(78) No es justo que un hijo que adquiriera una casa por donación de su padre no pueda venderla por pisos igual que si la recibiera por herencia (los inquilinos abusarán de su posición de privilegio, obligando a venderles a precio inferior al resultante de la capitalización de la renta). También es sangrantemente injusto que si un padre dona un piso a su hijo que se va a casar, éste no pueda reclamarle por necesidad propia, sólo por la circunstancia de que hiciese menos de cuatro años que el padre había comprado la casa, cuando el mismo padre pudo denegar la prórroga para su hijo casadero antes de la donación.

Y esto si no es posible dar pronto por existentes las circunstancias necesarias para que el Gobierno pueda dejar sin efecto la acción impugnatoria, conforme a la disposición adicional quinta de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que indudablemente es también aplicable a este supuesto con más razón que a ninguno.

Tercero.—*La acción impugnatoria del inquilino preferente.*

El art 54 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha conservado la pseudo-prohibición relativa de enajenar del antiguo art. 68.

Artículo 54.—1. En las ventas por pisos, a que se refiere este capítulo, deberá respetarse el orden de prelación que establece el artículo 64, en cuantos casos hubiere en la finca pisos de características análogas, entendiéndose que la analogía existe cuando el inmueble contare con dos o más pisos de renta, superficie, orientación y altura semejantes o parecidas.

2. Del mismo modo, cuando la transmisión de vivienda se cause por donación, deberá respetarse lo dispuesto en el párrafo anterior.

Este artículo ha corregido y aumentado el precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos anterior.

— La corrección consiste en limitar la remisión al art. 64, único que ahora se dedica a establecer el orden de prelación que ha de tener en cuenta el arrendador propietario al denegar la prórroga por necesidad propia (o de sus ascendientes o descendientes) (79).

— El aumento ha consistido en la adición del párrafo segundo (80). Por ello, en este tercer supuesto de acción impugnatoria hay que rendirse a la evidencia de que la donación está también expuesta a la impugnación. Y cabe emplear este párrafo como argu-

(79) El orden de preferencia del art. 64 es: Viviendas habitualmente deshabitadas; viviendas que no sirvan de hogar familiar; viviendas ocupadas por familia menos numerosa; y en último lugar, viviendas correspondientes a funcionarios públicos con deber de residencia, o clero; viviendas correspondientes a pensionistas con hijos menores de edad, y viviendas de quien, además de vivir en ellas, ejerzan en las mismas profesión u oficio por el que satisfagan contribución.

Los casos de igualdad se resolverán en favor del inquilino más antiguo.

(80) Fué introducido por el Pleno de la Comisión de Justicia de las Cortes.

mento para defender que, a «sensu contrario», en los demás no lo está.

El art. 54, como el 68 de la Ley anterior, nos deja en la duda sobre las consecuencias y efectos de su vulneración. Aunque aquí el texto literal no fuerza a ello, la doctrina anterior no dudó en lanzarse por el cómodo camino de la prohibición relativa de disponer y de la consiguiente nulidad absoluta (tesis de GARCÍA ROYO) o relativa (tesis de SERRANO). No creemos que fuese ésta la intención del legislador, sino solamente proteger al inquilino preferente contra la causa primera de imprórroga, evitando que su preferencia quede o resulte burlada a través de una enajenación del piso a persona que, por no afectarles ya el orden de preferencia, deje ésta inoperante.

Por ello creemos que, a pesar de la laguna de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la única consecuencia que produce la violación del art. 54 es dar al inquilino acción para impugnar la transmisión, con idénticas consecuencias que en los dos casos de acción impugnatoria expresamente contemplados por el art. 53.

Entendido así el mecanismo del art. 54, se comprende mejor colocándose en el ámbito de los arts. 63 a 69 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El art. 54 tiene por única finalidad el que la preferencia del art. 64 no resulte burlada mediante la enajenación del piso, sino que subsista después de la venta del mismo, cuando realmente ya no se dan las circunstancias para que actúe dicho artículo, sino el 69, del cual viene a ser una excepción el 54 (81).

Ahora bien, por esta dirección de ver en el art. 54 una excepción del art. 69, cabe que el legislador haya querido seguir uno de estos dos caminos:

Uno, el de considerar que el propietario de una sola vivienda no pueda ejercitar el derecho de denegación de prórroga sino cuando se den las circunstancias necesarias para que pudiese hacer tal denegación el dueño de la finca que vendió a aquél como finca independiente el piso-vivienda de que se trate.

Otro, el estimar que la venta del piso, sin tener en cuenta el or-

(81) El art. 69 dice: «El arrendador que sea propietario de una sola vivienda podrá ejercitar el derecho de denegación de prórroga con sujeción a las normas establecidas en los anteriores artículos». Pero es claro que no tendrá que sujetarse al orden de preferencia del art. 64.

den del art. 64, vicie la titularidad del comprador de tal modo que nunca pueda ya ejercitar la denegación de prórroga.

Por otra parte, cabe considerar que una u otra consecuencia se produzca «ipso jure», o sólo cuando el inquilino haya ejercitado con éxito la acción impugnatoria del art. 53, adaptada a este supuesto del art. 54.

La doctrina deberá decidirse. Todas las soluciones pueden defenderse. El primer camino le encontramos más razonable y justo. Y la tesis de que las consecuencias se produzcan «ipso jure» la encontramos tan peligrosa y perturbadora del tráfico, que creemos que debe optarse por ver aquí un caso más de la acción impugnatoria del artículo 53, a pesar de que la Ley de Arrendamientos Urbanos se haya olvidado de conectar estos dos artículos (82). De esta manera, y aunque la Ley se ha olvidado de extender el requisito de la notificación al caso de donación, la acción impugnatoria habrá de ejercitarse dentro de los sesenta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación para retracto, transcurridos los cuales caducará y dejará de ser causa en que pueda fundar el arrendatario su oposición al requerimiento de denegación de prórroga por parte del adquirente el que al adquirir se hayan vulnerado los arts. 54 y 64.

Será una cuestión de hecho a apreciar por el Juzgado o Tribunal si los pisos son de características análogas por consecuencia de ser semejantes o parecidas su renta, superficie, orientación y altura (83).

III) EFECTOS DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN.

La nueva Ley dice que, caso de prosperar la acción impugnatoria, no podrá el adquirente negar la prórroga del contrato al inquilino impugnante fundándose en la causa primera del art. 62.

Creemos innecesaria y contraproducente toda referencia al antiguo art. 67 y a las desgraciadas construcciones doctrinales que se edificaron sobre el mismo. La Sentencia de 31 de enero de 1953 vino a desautorizar la tesis más peligrosa, que venía a configurar un sú-

(82) Esta opinión está confirmada por la autoridad de CASTÁN y CALVILLO, que por lo demás no hacen aclaración ninguna.

(83) Creemos un tanto bizantina la discusión sobre si la palabra altura se refiere a la de los techos o a la del piso sobre el nivel de la calle; además, ambas alturas suelen ser inversamente proporcionales, por lo que dará igual aplicar un sentido u otro.

per-retracto por el precio resultante de la capitalización de la renta. Esta Sentencia resolvió que la acción impugnatoria no producía más consecuencia que la anulación del contrato transitorio. La nueva Ley ha venido a afirmar claramente que tampoco esa consecuencia debe producirse (84).

Ha bastado plantearse con serenidad cuál era la finalidad verdadera y exclusiva de la norma legal para adecuar ésta a aquélla (85). Para proteger al inquilino contra la competencia de quien pueda y esté dispuesto a pagar lo que le pidan por el piso, y para cortar la especulación de viviendas, basta con privar al adquirente del derecho de denegación de la prórroga para que automáticamente las ofertas bajen a cifras razonables, en las que el retracto sea lo justo y suficiente para proteger los intereses del inquilino (con o sin ayuda de préstamos administrativos a los económicamente débiles). Y esto es lo que la Ley ha hecho con indudable acierto (86).

No cabe ya duda ninguna. El único efecto de la Sentencia estimatoria de la acción de impugnación de la transmisión es la que recoge el número 3 del art. 53. Es inadmisibile cualquier cavilación sobre el término impugnación que la Ley de Arrendamientos Urbanos emplea; bien mirado, ni siquiera es incorrecto para designar este derecho potestativo del inquilino, cuyo ejercicio no produce nulidad, anulabilidad, rescisión ni revocación de la transmisión impugnada, y además, de alguna manera había que llamarla. Pero lo único que

(84) El Proyecto del Gobierno decía que de prosperar la acción de impugnación, no produciría efecto alguno la transmisión en perjuicio del inquilino impugnante. La Exposición de Motivos de la Ley refleja aún este amplio e impreciso tecnicismo; pero su articulado aclara suficientemente que lo único que no puede perjudicarle es la denegación de la prórroga por el adquirente; en todo lo demás habrá de pasar por la plena validez de la transmisión.

(85) De momento no era posible la solución simplista de dar la razón a REQUENA, que criticó el art. 67 antiguo diciendo que ninguna de las razones alegadas para justificarle eran suficientes. Cuando el mismo se pregunta (*Revista Crítica*, mayo 1948, pág. 300): «¿Para qué ha servido al inquilino seguir un juicio costoso?» Y se contesta que, sencillamente, para darse el placer de no cambiar de casero, nos demuestra que no ha querido ver la finalidad del precepto.

(86) La nueva Ley ha restringido la acción impugnatoria y los derechos que ella concedía al inquilino en dos sentidos: en cuanto se concede el derecho de impugnación, solamente cuando no se haya ejercitado el derecho de tanteo y retracto, y además, en cuanto reduce la acción impugnatoria al propósito originario del legislador al crear los derechos de retracto e impugnación: proteger al inquilino frente a la denegación de prórroga, por necesidad propia, de un comprador del piso.

persigue la acción impugnatoria es una declaración judicial por virtud de la cual el adquirente no podrá negar la prórroga del contrato de arrendamiento al inquilino impugnante en el caso del art. 62, 1.^a. Excepto esta tara o reserva, la transmisión es válida y continúa completamente válida y eficaz después de la Sentencia, «inter partes, erga omnes», e incluso respecto del inquilino en todo lo demás.

Y así como criticábamos el no haberse reglamentado el ejercicio extrajudicial del tanteo y retracto, encontramos acertado el que se haya exigido una previa declaración judicial, provocada por una acción sometida a un corto plazo de caducidad, para que el adquirente quede desprovisto de la facultad de denegar la prórroga, pues esto es una exigencia mínima de la seguridad del tráfico.

Como dicen CASTÁN y CALVILLO, el demandado en la acción de impugnación es única y exclusivamente el adquirente en la transmisión impugnada. Como veremos en el capítulo segundo, no cabe hablar de efectos respecto de tercero de la acción de impugnación. El tercer adquirente sólo deberá sufrir la nueva acción impugnatoria resultante de su respectiva adquisición, si procede. Ahora bien, una impugnación ejercitada en plazo, siempre que prospere, surtirá efecto incluso respecto de una denegación de prórroga iniciada antes de la presentación de la demanda de impugnación. La duda está en si surtirá efectos respecto de ella si el inquilino no alegase su derecho de impugnación como causa de oposición en la contestación fehaciente al requerimiento de denegación de prórroga. Ha faltado en la Ley de Arrendamientos Urbanos una coordinación del art. 53, 3, con el artículo 65, 3, pues lo que desde luego no admitimos es que la Sentencia dictada en la demanda de impugnación haya de ser previa al requerimiento de denegación de prórroga para que ésta quede excluida.

Aunque el art. 53 es digno de alabanza, como representa una enojosa traba a la libertad de tráfico, aún lo es más la disposición adicional quinta de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que autoriza al Gobierno para derogarle cuando considere que las circunstancias lo aconsejan.

Esta disposición adicional habla de la acción impugnatoria regulada en el párrafo último del art. 53; pero sería artificial y especiosa cualquier duda que se quisiera plantear sobre esto. El Gobierno está autorizado para suprimir toda la acción impugnatoria con todos sus supuestos; es decir, para derogar los arts. 52, 53 y 54 de la Ley de

Arrendamientos Urbanos. Precisamente, la disposición adicional quinta es una prueba de que en el párrafo último del art. 53, al determinarse su efecto único, está toda la sustancia normativa referente a la acción de impugnación del inquilino. Empleando conceptos de BIERLING, podemos decir que en este párrafo está la norma autónoma o completa (87); los restantes párrafos del art. 53, todo el artículo 52 y todo el art. 54, son normas no autónomas.

Quiera Dios que se den pronto las circunstancias necesarias para la derogación prevista por la Disposición Adicional, que nos libre de dos pseudo-prohibiciones legales de disponer.

IV) EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN POR EL ARRENDATARIO.

Como reconoce el apartado primero del art. 53, la acción impugnatoria del inquilino es independiente de la acción de simulación que todo arrendatario, como cualquier tercero perjudicado, podrá ejercitar en todo caso de transmisión simulada por cualquier título que sea.

La acción de simulación se concede, pues, tanto al inquilino como al arrendatario de locales de negocio y desborda, naturalmente, el ámbito de las acciones de tanteo, retracto e impugnación, en lo relativo a sus elementos personales, reales y títulos originantes. Respecto de la acción de simulación, habrá que estar a las normas generales de las acciones de nulidad absoluta por inexistencia o de simulación relativa, que no produce nulidad en todos los casos.

Aunque el arrendatario podrá ejercitar tanto la acción de simulación absoluta como la de simulación relativa, el caso normal y frecuente será el de esta última, referida al montante del precio. Esta acción de simulación viene a confluir con la impugnatoria por causa de precio excesivo del art. 53, 1, 2.º; ambas son la defensa del inquilino contra un precio que hiciese excesivamente gravoso el ejercicio del retracto; pero la de simulación es extraordinariamente más dificultosa que la otra por lo difícil que resulta siempre la prueba de la simulación, generalmente limitada a la conjetural, que necesi-

(87) Ver FERRARA: *Trattato I*, 1921, pág. 26.

tará ser fortísima para desvirtuar la contraria, basada en documento público.

El problema interesante en materia de acción de simulación relativa, en cuanto al montante del precio, y ejercitada por el inquilino o arrendatario, es el de su coordinación con la acción de retracto. Conforme a la doctrina moderna, dicha acción no produce la nulidad de la venta, sino su transformación en otra verificada al precio realmente cruzado. La Ley de Arrendamientos Urbanos, refiriéndose al precio en cuanto a la acción de retracto, ya vimos que habla del precio efectivo (arts 48 y 53). Si hubiese posibilidad procesal para simultanear ambas acciones, no habría problema, porque se ejercitaría la acción de retracto por el precio realmente cruzado, unida a la acción de simulación, encaminada a que previamente al pronunciamiento de retracto se hiciese el pronunciamiento sobre ser tal precio el realmente cruzado.

De no ser posible tal simultaneidad (por el distinto trámite de cada acción), cabe defender el criterio de que la Sentencia estimatoria de la acción de simulación del precio abre un nuevo plazo de retraer; la notificación de dicha Sentencia al arrendatario funciona como verdadera notificación para retracto (la que se le hizo ha resultado simulada y sin efecto), y empieza a contarse nuevo plazo para retraer por el verdadero precio. Trataremos en el capítulo segundo de qué efectos frente a terceros podrá tener este renacimiento de la acción de retracto por virtud de la sentencia de precio simulado. Aquí y allí nos hemos de mover a través de meras hipótesis, pues desconocemos jurisprudencia que resuelva esta cuestión.

También es de esperar que la Jurisprudencia, a la vista de la nueva reglamentación del retracto y de la acción impugnatoria, estudie a fondo el caso de la simulación relativa del precio escriturado inferior al real, problema no totalmente planteado y resuelto en las Sentencias a las que hicimos referencia al tratar del precio para retracto en el epígrafe de «Ejercicio del derecho de retracto».

TIRSO CARRETERO

Registrador de la Propiedad