

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXX

Marzo 1954

Núm. 310

El retracto y el Registro de la Propiedad (*)

EL RETRACTO Y EL REGISTRO EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Tres artículos dedica esta Ley a reglamentar estos menesteres: el 63, el 64 y el 69. En el primero se concreta el objeto real del retracto; en el segundo, los negocios jurídicos que le producen, y en el tercero, y en el último párrafo del segundo, se reglamentan las relaciones del retracto con el Registro.

Y aunque el tema de nuestra disertación se reduce al estudio de tales relaciones, vamos, de pasada, a formular un índice de cuestiones, que nos ha sugerido la contemplación de los otros dos problemas.

Al determinar el objeto real del retracto distinguimos los siguientes casos:

1.º Venta o cesión solutoria de un piso que ocupa toda una planta del edificio, con un solo arrendatario. Evidentemente, en este supuesto, se origina el derecho de retracto para el arrendatario.

2.º Venta o cesión solutoria de toda una planta, con varios pisos y varios arrendatarios, cada uno de su piso. Dado el sentido so-

(*) Ver el número 309 de esta Revista.

cial de la Ley y las tendencias amplificadoras de la jurisprudencia, esperamos que se acepte el retracto para cada arrendatario en relación con su piso. Sin embargo, no tenemos más remedio que confesar que el supuesto se aparta bastante de las palabras de la Ley.

3.º Venta o cesión solutoria de varias plantas de una casa con un solo arrendatario. En este supuesto son las palabras de la Ley, más que su espíritu, las que apoyan la procedencia del retracto.

4.º Venta o cesión solutoria de varias plantas, cada una con uno o varios arrendatarios. En tal evento, por mucha amplitud que se le dé al retracto, habrá de rechazarse como improcedente.

5.º Venta o cesión solutoria de toda la casa con uno o varios pisos en la misma planta o en distintas, pero con un solo arrendatario. Este supuesto perfila el contemplado en el último párrafo del artículo 63 y es indiscutible la procedencia del retracto; y

6.º Venta o cesión solutoria de una casa entera con varios arrendatarios y varias viviendas o locales de negocio.

También en este supuesto es muy clara la improcedencia del retracto (8).

Y con objeto de que nuestras conclusiones se entiendan en el sentido que queremos darles, vaya por delante que entendemos por piso lo que constituye o puede constituir una vivienda independiente, dentro de la misma planta, y por planta, toda la parte de la edificación que se halla en el mismo plano, ya constituya uno o varios pisos.

Despachada con esta esquemática brevedad nuestro estudio del elemento real del retracto, vamos a indicar en estilo telegráfico los negocios jurídicos que dan lugar al retracto.

Según el artículo 63, estos negocios son la venta y la cesión solutoria. El artículo 64 nos habla de la venta y de la dación y adjudicación en pago.

Se abandona en esta Ley el sistema de las de arrendamientos rústicos, que extendieron el retracto a todas las enajenaciones onerosas. Por ello, vuelve a sostenerse que no origina el retracto la permuta, con lo cual será por el camino de esta figura negocial por

(8) Sentencia de 3 de junio de 1952. Casa de una vivienda y un local de negocio, con un solo arrendatario. Aunque se vendan ambos, el arrendatario puede retraer. Sentencia de 8 de julio de 1952. Cuando se vendan agrupadas dos o más casas de un solo piso, de una colonia de varias, pertenecientes a un solo dueño, el arrendatario de cada una de las agrupadas podrá retraer la suya.

donde se escapará toda la habilidad de la picaresca, para hurtar el retracto.

Y aunque no podemos detenernos a estudiar estos problemas, sí diremos que no originan aquel derecho las transmisiones hereditarias, aunque revistan la forma de adjudicaciones en pago o para pago; que tampoco le producen las ventas a comuneros; que quedan fuera del ámbito de este derecho las ventas por expropiación forzosa; que dan lugar a él las ventas que luego se resuelven por conveniencias de las partes; que le originan las ventas perfeccionadas, pero aún no consumadas; que no le produce la mera promesa de venta, y que se da en los casos de venta sujeta a retracto convencional, pero sometido a sus consecuencias.

Dejando sin exponer la razón de todas estas afirmaciones, nos vamos a adentrar en el estudio del problema específico de nuestra disertación, exponiendo primero las opiniones de ROCA y de GALLARDO, para terminar fundamentando la nuestra.

ROCA SASTRE, con relación a los problemas de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos, establece dos premisas que luego informan toda su construcción. Son éstas: Tales prerrogativas sólo las podrá ejercitar el arrendatario frente a la compraventa o a la adjudicación en pago de la vivienda o local de negocio arrendado. Tales derechos sólo nacen cuando esas enajenaciones que los producen se concretan a lo que es la vivienda, o lo que constituye el local de negocio, del arrendatario retrayente.

Quedan, por tanto, fuera del ámbito de tales derechos, las ventas conjuntas de dos o más viviendas, aun en el caso de que formen un solo piso, o de dos o más locales de negocio, arrendados a distintas personas.

Toda la argumentación de ROCA SASTRE se basa en el supuesto de la venta de una casa entera, en cuyo supuesto se produce el derecho de retracto, para su inquilino, cuando sólo contiene una vivienda o un local de negocio, lo cual parece indicar que estos derechos se encaminan siempre a que el arrendatario pase a ser propietario de su vivienda o de su local de negocio, pero no a que se haga dueño de aquellas partes del inmueble de que no era arrendatario.

Sostiene también ROCA SASTRE que sólo la venta o la adjudicación en pago, hecha judicial o extrajudicialmente, dan lugar a estos derechos.

Y, resumiendo, concreta las circunstancias necesarias para que se produzcan en los siguientes supuestos:

A) Que se proyecte otorgar, o que se haya otorgado ya, un acto de transmisión de una cosa arrendada como vivienda o local de negocio, siempre que tal transmisión lo sea por *compraventa o adjudicación en pago*.

B) Que la compraventa o la adjudicación en pago tenga por objeto una casa, o un piso, departamento o planta, siempre que dicho piso, departamento o planta, constituya *una vivienda o un local de negocio arrendado*.

C) Que dichos actos jurídicos no se otorguen en favor de un condueño de la finca, debiendo también considerarse tal el que sea dueño de otro piso de la propia casa o edificio; y

D) Que el arrendatario de local de negocio no haya renunciado en cualquier tiempo a estos derechos, o el de vivienda no lo haya hecho luego de haber surgido a su favor.

¿Cómo resuelve ROCA SASTRE el conflicto registral que se produce como consecuencia de la reglamentación de estos derechos?...

Apoyándose en lo que dispone el artículo 64 nos dice que las ventas o adjudicaciones en pago de pisos alquilados sólo con anotables, pero no inscribibles, mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la transmisión del piso que ocupear, a no ser que se haga constar en la escritura que no está arrendado.

Por consiguiente —añade—, para que el Registrador pueda inscribir es necesario que se justifique que tuvo lugar la notificación, si no tendrá que conformarse con tomar anotación preventiva por defecto subsanable.

Y ¿cómo se enterará el Registrador si el piso estaba o no arrendado?...

Pues por el título y sólo por el título. Así como respecto al Juezador se ha dicho que lo que no está en los autos no está en el mundo, también puede decirse que para el Registrador, lo que no consta en el título es como si no existiese.

Ahora bien, el título puede producirse con relación a este problema, en los siguientes sentidos:

1.º La escritura expresa que la cosa transmitida se halla arrendada. En tal supuesto, si se practicó la notificación al inquilino, procede la inscripción y el plazo para retraer se empieza a contar desde la fecha de la inscripción; si no se notificó, no se puede inscribir, aunque sí tomarse anotación preventiva, que se convertirá en inscripción cuando la notificación se practique.

2.º La escritura expresa que la cosa no está arrendada. Entonces procede la inscripción y empieza a correr el plazo retractual desde su fecha.

Así se deduce del artículo 69, que dice: «Cuando el piso vendido no estuviese arrendado, para que sea inscribible la transmisión deberá el vendedor declararlo así en la escritura de venta, bajo pena de falsedad en documento público.» Luego cuando el vendedor manifiesta en la escritura que el piso no está arrendado, procede la inscripción.

Pero el vendedor, no obstante esa amenaza de incurrir en falsedad, puede faltar a la verdad en dicha declaración y ser lo cierto que a pesar de tal manifestación el piso esté arrendado.

En tal caso —dice el Registrador—, no tendrá más remedio que inscribir. Para él no hay más verdad que lo que dice el título, y el título manifiesta que no hay arrendatario. Y se pregunta ROCA: ¿Qué valor tendrá entonces la inscripción?...

GARCÍA ROYO —dice— sostiene que tal inscripción es nula, pero a nosotros —añade— nos parece que no, pues tal nulidad no encaja dentro de ninguno de los supuestos de nulidad material ni formal de la inscripción. Lo que no es obstáculo —concluye— para que pueda sostenerse que el plazo retractual no puede contarse desde la inscripción, sino desde que el retrayente tenga conocimiento de la transmisión.

3.º El título no expresa si la cosa está o no arrendada.

En tal caso, el Registrador debe rechazar la inscripción por de pronto. Si después se justifica que no está arrendada, debe inscribir. Si se justifica el arrendamiento, pero no la notificación, se podrá tomar anotación preventiva que se convertirá en inscripción, al justificarse la notificación.

Por esta somera exposición se le alcanzará al más torpe que se ha complicado profundamente el sistema. Ahora todo es confusión, duda y falta de seguridad, y lo que es peor: se ha producido esta

complicación sin ventaja alguna para el arrendatario que tendría protegidos sus derechos, en igual manera, si se volviese al sistema de la Ley Hipotecaria, tan diáfano y conocido.

REYES Y GALLARDO, en sus interesantes comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, tampoco aclaran al problema.

Se expresan así: «En resumen, al Registrador le basta con que dicha manifestación conste en la escritura, sin entrar en averiguaciones sobre su certeza. La no constancia en los títulos de dicho extremo (se refiere a que la finca no esté arrendada) puede ser reputada como defecto subsanable, aplicándose las normas generales de la Ley Hipotecaria, y si practicada la inscripción resultase estar el piso arrendado, el asiento se mantendrá inmutable en los libros registrales, hasta que el juez decreta la anotación de la demanda.»

En relación al problema registral planteado en el último párrafo del artículo 64, nos dijeron: El párrafo último de dicho artículo puede plantear problemas de la mayor envergadura. Su dicción no resulta excesivamente clara. Aunque hubiera sido preferible conservar el sistema del artículo 1.524 del Código civil, la nueva ley ha preferido alterarlo para hacer descansar el centro de gravedad de la cuestión en la notificación notarial hecha al inquilino de la venta o cesión solutoria del piso que ocupare. De no haberse hecho, parece inducirse que procede tomar anotación preventiva del documento en que se contenga la venta o cesión solutoria de la vivienda o local de negocio que va a ser objeto del retracto. Y dicha anotación preventiva no puede devenir inscripción definitiva mientras que no se realice la notificación que se omitió.

Sin embargo, en este caso el plazo para el ejercicio del retracto no empezará a contarse desde la fecha de la anotación, sino desde la notificación, que no puede retrotraerse ya a ninguna otra.

Si por el contrario, al presentar el título en el Registro resultase acreditada la práctica de la notificación previa, la acción de retracto sólo podrá ejercitarse dentro del plazo legal computado a partir de la fecha de la inscripción.

Podrá alguien plantearse la cuestión de si, practicado en el Registro el asiento de presentación del título, el retrayente, por este medio, ha podido tener conocimiento del negocio retractual. De acuerdo con el artículo 231 de la Ley Hipotecaria, puede aceptarse esta interpretación. Sin embargo, una simple razón de lógica nos induce a pensar que si no produce efectos de publicación la anota-

ción preventiva, menos los ha de producir el asiento de presentación.

Reconozcamos —concluyen— que el sistema de notificaciones presenta graves inconvenientes. Por ello tal vez no sea demasiado heterodoxo una interpretación del precepto en sentido de permitir la inscripción, aun sin estar acreditada la práctica de la notificación, pero haciendo constar expresamente esta circunstancia en la inscripción. Con ello quedarían siempre a salvo los derechos del arrendatario de la vivienda o local de negocio, incluso frente a tercero.

Como habréis observado, ya tenemos sobre un problema concreto tres opiniones distintas: GARCÍA ROYO, que nos dice que la inscripción es nula; ROCA SASTRE, que la reputa válida, pero que no abre el plazo retractual, y GALLARDO, que sostiene que debe mantenerse y produce todos sus efectos, hasta que se anote la demanda.

¿No es esta diversidad de opiniones un claro exponente de la inseguridad que ha creado esta Ley?...

En nuestra opinión, el legislador sólo ha previsto dos supuestos, y los dos los resuelve sin acierto.

Primer supuesto.—Que la finca esté arrendada y el título manifeste el arrendamiento. Es el supuesto a que se refiere el artículo 64. En él caben dos eventos: 1.º Que se haya notificado la transmisión al arrendatario. En tal caso la inscripción se practica sin dificultad y el plazo retractual comienza en la fecha de la inscripción.

A la solución legal de esta primera parte del supuesto ningún reparo tenemos que oponerle. En él se sigue el tradicional y armonioso sistema de la Ley Hipotecaria. El retracto se da contra tercero, pero el plazo retractual le abre la inscripción.

2.º Que no se haya practicado la referida notificación. En tal evento no se podrá inscribir el título. Sólo se podrá tomar anotación preventiva por defecto subsanable, que se convertirá en inscripción definitiva cuando la notificación se realice. La tal anotación preventiva no producirá el efecto de abrir el plazo retractual.

Aquí comienza la gran fricción del retracto y el Registro. La defensa de los intereses del arrendatario (la torpe defensa, pensamos nosotros), impide la inscripción, con grave quebranto de la defensa de otros intereses tan sagrados como los del arrendatario, y altera todas las normas de la publicidad registral.

Pero no es eso sólo, es que ha producido la vacilación y la duda en las actividades de los Registradores frente al problema.

Unos defienden la inscripción a ultranza y no admiten más prohibiciones de inscribir que las establecidas en la Ley Hipotecaria. Otros, ni inscriben, ni anotan, en espera de que la notificación se practique. Y otros, en fin, anotan haciendo constar que la notificación no se practicó, para evitar en cierto modo el desdoro que para la publicidad registral significa la no apertura del plazo retractual, a través de los asientos del Registro.

Es más: esa confusión se va propagando a otros sectores jurídicos. Conocemos una Sentencia del Juez de Inca, en la que se sostiene la procedencia de la inscripción, aun sin que se haya practicado la notificación, con la salvedad de que tal inscripción no puede abrir el plazo retractual.

Pero si grandes son las dudas y vacilaciones que la oscura y desconcertante redacción del último párrafo del artículo 64 ha producido en las relaciones del retracto y el Registro, agriando las fricciones, ellas no son nada si se las compara con los trastornos que en esas mismas relaciones ha producido el por muchos títulos sorprendente artículo 69.

Siempre que le hemos leído (y conste que lo hicimos muchas veces) nos ha producido la misma sensación de extrañeza y ansiedad. Queríamos, concentrando nuestra atención, penetrar en su sentido, pero siempre se nos escapaba como el agua en una cesta.

Pero para que vosotros le juzguéis también os lo voy a transcribir. Dice así: «Cuando el piso vendido no estuviese arrendado, *para que sea inscribible la transmisión* deberá el vendedor declararlo en la escritura, bajo pena de falsedad en documento público.» Primera duda. Y si el negocio retractual no es la venta, sino la cesión solutoria, ¿también deberá el transmitente hacer la misma declaración, conminado por las mismas sanciones?...

Nada dice esta disposición. Es de suponer que se aplique la misma doctrina, en acatamiento del criterio de analogía establecido en el artículo 13, pero se pudo consignar expresamente y se evitarían confusas interpretaciones.

De todas maneras, esta disposición sólo prevé el supuesto de que la finca no esté arrendada y en el título se silencie tal situación.

Nótese que en tal evento no hay arrendatario y no se puede ori-

ginar el retracto. Y como no hay ningún derecho social que defender, sobran todas las duras previsiones del legislador contenidas en tal artículo. ¿No es ello algo verdaderamente extraño?...

Sin beneficio para nadie, sin defensa de los derechos del arrendatario, que no existe, se perturba el desarrollo de la vida registral, prohibiendo la inscripción, y se llega a la creación de una nueva figura de delito (la falsedad por omisión), revolucionando la técnica penal.

Bien es verdad que el supuesto legal no se debe dar nunca, puesto que el vendedor, que ningún retracto tiene que temer y que de silenciar la no existencia del arrendamiento se le pueden originar graves responsabilidades, tendrá muy buen cuidado en declararlo así en la escritura, pero ello no es obstáculo para que esas medidas, tan draconianas en la forma como inoperantes en el fondo, hayan producido la alarma en los juristas, y la inseguridad en las relaciones jurídicas.

Y para que todo sean fallas en esta reglamentación, en esta ley, casuística en extremo, se quedó sin regular un supuesto. Nos referimos al supuesto de que exista arrendatario y al vendedor silencio en la escritura su existencia.

Para esta situación, ningún remedio señala la ley.

Y los Registradores, en acatamiento al criterio de analogía establecido en el artículo 13, lo suelen asimilar al caso previsto en el artículo 64, inscribiendo o no, según se demuestre *a posteriori*, que se ha practicado o no la notificación al arrendatario. Nosotros, que estimamos que el silencio es mucho más grave cuando la finca está arrendada que cuando no hay arrendatario, creemos que en este evento sí que puede hablarse del delito de falsedad por omisión y, que como consecuencia, no debe inscribirse.

Claro está que ello sucederá cuando antes de inscribir se halla descubierto la existencia de arrendatario, pues si al presentar la escritura en el Registro de ella no resulta nada que haga sospechar su existencia, el Registrador no tendrá más remedio que inscribir.

En una palabra, que si es cierto que en esta Ley de Arrendamientos Urbanos se vuelve a la conexión del registro y del retracto, en cuanto a la apertura y cómputo del plazo retractual, no es menos cierto que en ella se acentúa el tono agrio y ríjoso de tal conexión.

EL RETRACTO Y DEMÁS PRIVILEGIOS DEL ARRENDATARIO
EN EL DECRETO-LEY DE 1952

El Decreto-ley de 8 de febrero de 1952 modificó profundamente la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación a los problemas de tanteo y retracto a favor de los arrendatarios, así como el derecho de impugnación del precio establecido en el artículo 67.

El profesor COSSÍO ha publicado un magnífico estudio sobre este Decreto-ley en el Anuario del Derecho Civil, al cual nos vamos a referir al hacer su exégesis, porque, en general, estamos conformes con sus observaciones.

Comienza el comentarista por referirse al preámbulo, del que reseña las siguientes frases: «La Ley de Arrendamientos Urbanos establece unos plazos que es preciso ampliar *transitoriamente*, a fin de que las normas que se dicten protejan situaciones jurídicas que por un simple efecto cronológico quedarían excluidas de los propósitos tuitivos del Gobierno.» Ya en estas frases se manifiesta el carácter provisional y su carácter retroactivo, rasgos ambos que se avienen mal con la seguridad y fijeza de los derechos, fin a que deben tender todas las normas. Nos damos cuenta del carácter social de esta legislación, y no olvidamos tampoco el estado de necesidad que este Decreto-ley vino a remediar. Por ello, es laudable que se acudiera al remedio con prontitud y energía; pero ello no impide que tengamos que mirar con recelo esta legislación de urgencia, cuando en ella se abandonan las barreras que siempre han sido el mejor valladar contra la impremeditación, y, en último caso, contra la injusticia.

Otro lunar de primer plano tenemos que señalar en esta legislación de urgencia. Nos referimos a la falta de claridad.

Pero transcribamos la disposición. Dice así el artículo 1.º:

«El derecho de tanteo reconocido al *inquilino de vivienda* en el artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos podrá ejercitarse en el plazo de cuatro meses, en vez de treinta días que señala dicho artículo.

»También podrá ejercitarse en el plazo de cuatro meses el derecho de retracto a que se refieren los apartados a) y b) del artículo 64

de la referida Ley, así como el derecho de impugnación del artículo 67.»

Con referencia a este artículo sienta Cossío estas tres afirmaciones :

a) Esta modificación se refiere sólo al retracto de viviendas. b) Tal ampliación de plazos no supone una verdadera reforma, por su carácter transitorio. c) El propósito de esta disposición no es otro que extender todo lo posible los derechos de tanteo y retracto del inquilino.

Establecidas estas afirmaciones, continúa el profesor señalando los efectos perturbadores que a la contratación sobre inmuebles le ha de acarrear esta nueva reglamentación por lo largo de los plazos, y, sobre todo, por sus efectos retroactivos.

A su juicio (también al nuestro), las dificultades que se oponen al ejercicio del retracto no derivan tanto de la escasez del plazo como de la forma clandestina que se adopta en las enajenaciones.

Suelen omitirse las notificaciones haciendo el vendedor una manifestación falsa ante el Notario, aseverando que tal notificación tuvo lugar, con lo que se consigue sin dificultad la inscripción.

Como todos, combate la concesión de la facultad de retraer al inquilino que ha renunciado al tanteo, y concuye diciendo que tal vez lo mejor sería suprimir el apartado c) del artículo 64, que le reconoce el retracto si no hubiera utilizado el tanteo, y hacer imposible, o por lo menos dificultar, la hipótesis del apartado a) —«si no se hubiese hecho la notificación exigida»—, negando el acceso de las ventas al Registro hasta que se acreditase fehacientemente que tal notificación tuvo efecto.

DERECHO DE TANTEO

Se podrá ejercitar durante el plazo de cuatro meses, a partir de la notificación.

DERECHO DE RETRACTO

Es preciso distinguir :

a) Si no hubo notificación, o si resultase inferior el precio o distintas las condiciones, el plazo será de cuatro meses, contados a partir de la *inscripción* o del momento en que el inquilino tuviere

conocimiento de las condiciones esenciales de la transmisión operada.

b) Si hubiere mediado notificación y el inquilino no hubiere utilizado el tanteo, así como cuando la transmisión se hubiere verificado por dación o adjudicación, el plazo será de quince días, a partir del conocimiento o inscripción de dicha transmisión.

Diremos, como inciso, que no vemos la razón de estas diferencias de trato entre las ventas y las daciones y adjudicaciones en pago.

c) *Derecho de impugnación por excesividad en el precio.*— El plazo será, en todo caso, el de cuatro meses, a partir de la fecha en que pudo ejercitarse el retracto.

Volvemos a notar otra anomalía. En el plazo de retracto hay gran diferencia cuando se produce por una venta que cuando se origina por una adjudicación en pago, y en cambio cuando se trata de impugnar una transmisión por excesividad de precio, el plazo es el mismo en la venta que en la adjudicación.

Y cuando se trata de locales de negocio el plazo del retracto no sufre modificación, pues ya adelantamos que esta ley sólo se refiere a los inquilinos de vivienda.

CASOS DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN MEDIANTE ADJUDICACIÓN A LOS PARTÍCIPES DE LA PROPIEDAD EXCLUSIVA DE PISOS Y VIVIENDAS

Sobre tal problema nos dice el preámbulo: «Dada la equivalencia de las consecuencias jurídicas que para los inquilinos se derivan de las adjudicaciones de pisos y viviendas a los condóminos por división de la cosa común, y constituyendo éste un medio que a veces se pone en práctica para enervar los derechos de tanteo, retracto e impugnación, que para caso de venta corresponden al inquilino, se considera necesario extender tales derechos al mencionado supuesto, sin más excepción que el caso de división o adjudicación de viviendas de fincas urbanas cuyo condominio nazca o se adquiera por título hereditario.»

Teniendo en cuenta estas razones, el artículo 2.º estatuye: «La adjudicación de pisos y viviendas por consecuencia de la división de

la cosa común dará lugar a los derechos de tanteo, retracto e impugnación dentro del plazo que ahora se establece.

Exceptúase el caso de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia. Gran alarma y preocupación le produce al comentarista esta desorbitación de los derechos del inquilino, y al combatirla empieza por disentir de las razones del preámbulo. Nos dice : «Que no comprende en qué forma, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*, se puede llegar a burlar el retracto concedido al inquilino. Conocíamos algunos casos en los que a tal resultado se llegó haciendo precisamente lo contrario. Es decir, enajenando partes indivisas y adquiriendo después el comunero así creado las restantes partes, amparado en la preferencia que el artículo 66 le reconoce. También conocemos el caso de agrupación de diversas fincas colindantes, cada una con su inquilino, vendidas luego como una sola finca, con lo que se burlaba el supuesto del artículo 63» (9).

Estudia después Cossío la naturaleza especial de este derecho de retracto, llegando a la conclusión de que se trata de un verdadero derecho de opción de compra.

Bien es verdad que el carácter subrogatorio, bajo cuya rúbrica organizó el Código civil los derechos de retracto legal, ya había sido desbordado por la Ley de Arrendamientos Rústicos al extenderlo a todas las enajenaciones a título oneroso, y sobre todo en la Ley de 16 de julio de 1949, que sujetó a retracto las mismas donaciones *inter vivos*, con excepción de las por razón de matrimonio; pero esta desviación se acentuó aún más al extenderle a los actos de división de la cosa común.

Sólo impropriamente se puede llamar retracto a este derecho, ya que el mismo no supone una subrogación, sino una enajenación o expropiación forzosa, impuesta al copropietario, a favor del arrendatario de la finca dividida, cuya enajenación no podrá en ningún caso hacerse en los mismos términos y condiciones en que se llevó a cabo la división material y adjudicación subsiguiente de las partes. *Con mayor exactitud pudiera haberse dicho que en este caso la ley concedía al arrendatario una opción de compra frente al adjudicatario de la vivienda o piso.*

(9) Sentencia de 8 de julio de 1952. Cuando se vendan agrupadas dos o más casas, de una colonia de varias, pertenecientes a un solo dueño, el arrendatario de cada una de las agrupadas podrá retraer la suya.

Sostiene —con razón— que la división de la cosa común no es una verdadera transmisión que puede originar estos derechos. Véase al efecto el artículo 450 del Código civil, que establece que debe entenderse que cada uno de los partícipes ha poseído exclusivamente la parte que al disolverse la comunidad le correspondiere.

El acto particional —añadimos nosotros— no produce en el adjudicatario nuevos derechos, reduciéndose a una determinación de los que ya tenía.

Se refiere luego a la cuestión que se plantea sobre si este especial derecho se extiende sólo a los inquilinos de vivienda, o le pueden ejercitar también los arrendatarios de locales de negocio. Las disposiciones que hacen relación al problema son, de una parte, el preámbulo, que se refiere a *viviendas*; el artículo 1.º, que habla del derecho de tanteo reconocido al inquilino de *viviendas*, y de otra, el artículo 2.º, que trata de la adjudicación de *pisos* y *viviendas*.

En una visión sencilla *prima facie*, como ahora se dice, de estas disposiciones, se llega a la conclusión de que la ley sólo se refiere a los inquilinos de vivienda. Sin embargo, esa imprecisa expresión *pisos* y *viviendas*, de un lado, y un inmoderado afán de encontrar cuestiones en lo más claro, han llevado a algunos comentaristas a extender el derecho a los arrendatarios de locales de negocio, incluidos dentro del concepto genérico de habitantes de pisos. Tal interpretación encuentra algún apoyo en la doctrina del artículo 396 del Código, que, según estableció la Sentencia de 24 de mayo de 1943, extiende el concepto de pisos «a toda clase de edificios y no a los destinados a viviendas familiares exclusivamente.» No obstante, si nos atenemos a los propósitos de la ley, encaminada a facilitar la adquisición de vivienda a sus ocupantes, y si nos fijamos también en que en un solo piso puede haber varias viviendas, y ello no puede ser obstáculo para el ejercicio de este derecho por los inquilinos de las mismas, bien se puede asegurar que tal derecho es exclusivo y peculiar de los inquilinos de viviendas. Estamos seguros de que ni un solo momento pensó el legislador en los arrendatarios de locales de negocio al crear estos nuevos desenvolvimientos de estos especiales privilegios.

Estudia también el profesor la excepción del derecho de retracto (si así puede llamarse) cuando la comunidad nazca o se adquiera por título hereditario.

La solución que da al problema no nos satisface, ya que la reduce

al caso de división de herencia, y no comprende en dicha excepción el caso de extinción de la comunidad hereditaria, originada por la partición, cuando en ella se adjudican en proindiviso los pisos o viviendas de una casa.

Nosotros disentimos del parecer de Cossío. Creemos que precisamente pensando en este supuesto se formuló la excepción, ya que sería terrible que todas aquellas comunidades hereditarias, producidas en particiones anteriores a la ley quedarán fosilizadas, a no ser que los herederos se conformaran con ser expropiados, por extraños a la herencia, de las cosas heredadas.

Pero no es eso sólo; es que si se mira la ley, y mejor aún el preámbulo, sin prejuicios, se tiene que rechazar dicha conclusión.

No podemos perder de vista que en el preámbulo, al concretar la excepción, se dice: «Sin más excepción que el caso de división y adjudicación de viviendas de fincas urbanas, cuyo condominio *nazca o se adquiriera por título hereditario.*» En estas dos palabras, *nazca o se adquiriera*, se encuentra la clave del problema. Por el testamento o la declaración de herederos nace la comunidad hereditaria en abstracto sobre todas las cosas herenciales, pero por la partición, que también es título hereditario, nace o se adquiere muchas veces el condominio sobre cosas concretas de la herencia. Pues bien, tanto la división de la herencia como la división del condominio originado por la partición, es indudable que fueron comprendidas en la excepción, puesto que ambas comunidades nacieron o se adquirieron por título hereditario.

El párrafo segundo del artículo 2.º, al formular la excepción, se produce con frases menos contundentes y expresivas, pero tampoco ofrece duda que se refiere tanto a la división de herencia como a la división de la comunidad, originada por la partición de la misma.

Exceptúase —dice— el caso de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia. Y ahora preguntamos nosotros: ¿Es que puede dudarse de que esas comunidades, nacidas de la partición, han sido adquiridas por herencia? ..

Pero en donde de veras está certero el comentarista es al hacer la disección del derecho de impugnación del precio, en los casos de adjudicación por división de la cosa común.

El artículo 67 —nos dice— hab'a de excesividad en el precio fijado en el *contrato de transmisión*. Y se pregunta el profesor: ¿Cómo puede darse la tal excesividad en este caso?...

Porque en primer término, ni hay transmisión, ni mucho menos precio, y en segundo lugar, no se sabe qué efectos puede atribuirse a la nulidad de este modo producida, ni las ventajas que ella reporte al inquilino.

Procurando penetrar en el pensamiento del redactor de la ley, parece que éste ha contemplado dos posibilidades: una, la de que en la escritura de división material se haya fijado un valor excesivo al piso adjudicado, y otra, la de que también, con excesividad, el adjudicatario estuviese obligado a pagar alguna diferencia en metálico, único supuesto en que cabría hablar, aunque con impropiedad, de precio.

Ahora bien, si se da la excesividad en la forma indicada y la impugnación prospera, ¿cuáles son los efectos de tal impugnación?... Parece que la nulidad de toda la partición, y no sólo de la adjudicación concreta del piso a que se refiere, ya que una nulidad parcial en un negocio unitario sería un contrasentido. Esto sentado, las consecuencias que de aquí se derivan pueden ser verdaderamente perturbadoras. Piénsese, por ejemplo, en los inquilinos de los otros pisos, que en vez de impugnar la partición hayan retraído. ¿Quedarán sin efecto tales retractos al quedar ineficaz el acto que le dió origen?... Parece que ésta es la solución lógica del problema.

Hasta aquí Cossío. Nosotros, reconociendo la fuerza dialéctica de su argumentación, tenemos que decir, en defensa de la tan discutida norma contenida en el artículo 67, que nació como reacción contra la simulación de los precios, que hacía poco menos que inexistente el retracto.

Por ello el legislador, en defensa de los sagrados derechos del inquilino, parte generalmente más débil en el litigio, tenía que arbitrar algún medio que evitase esas exageraciones del precio.

Dos caminos se le ofrecían: Uno, el de la impugnación, por excesivo, del precio, con la obligada consecuencia de declarar nulo el contrato, y otro, arbitrar un procedimiento para determinar un justo precio, facultando al inquilino para retraer por tal precio, fuese el que fuese el declarado.

Y —preguntamos nosotros—: ¿No hubiera sido más perturbador este señalamiento del justo precio, con la necesaria consecuencia de declarar simulado el establecido en la escritura, trastocando toda la doctrina retractual, construída a base de una perfecta subrogación?...

Nos damos cuenta de la mala literatura que tiene el artículo 67, y nos asusta enfrentarnos con ella, pero no podemos perder de vista que es un remedio heroico contra un mal, al que había que poner remedio; a nosotros nos parece que el otro remedio posible había de producir efectos mucho más perturbadores.

Del retracto convencional, verdadero y único retracto, pasaron nuestras leyes a esos derechos de preferencia de carácter subrogatorio que figuran en ellas, bajo la rúbrica de los mal llamados retractos legales, y que ahora, en las leyes de arrendamientos, dando un paso más en el movimiento de avance, se configuran como verdaderos derechos de opción de compra.

Que de aquella vida armónica, sin interferencias, de absoluta claridad y perfecta conexión que nuestra Ley Hipotecaria, en relación con el Código civil, articuló para la convivencia del retracto y el Registro, se pasó primero a la desconexión de estas instituciones y, luego, a la interferencia y perturbación de la función registral.

Como consecuencia de la falta de armonía en dichas relaciones, se han producido ingentes problemas de interpretación, y como resultado la duda y la vacilación en los juristas y la inseguridad en las relaciones jurídicas.

Y ¿qué remedio ofrecemos para volver a un sistema de convivencia aceptable, en el que todos los derechos puedan vivir sin fricciones?...

Pues, a nosotros, no se nos ocurre otro que el de volver al sistema de la Ley Hipotecaria.

Que el retracto, incluso en sus nuevas configuraciones, siga produciendo efectos *erga omnes*, para que no pueda ser burlado con habilidades registrales, pero que sea el Registro quien publique la apertura del plazo retractual, alargando dichos plazos, si se considera necesario, y complementando esa publicidad registral con la publicación de edictos por los Registradores, si se estima preciso.

De esa manera los derechos sociales estarán perfectamente garantizados y la vida registral se desarrollará sin interferencias odiosas, que por instinto de conservación, ley de vida, ha de tratar de soslayar.

Y en último caso esta vuelta a la claridad y a la armonía la aconseja, con urgente premura, la gran verdad que encierra aquel aforismo jurídico, que dice: «Siempre las leyes oscuras han producido más funestas consecuencias que las leyes injustas.»

Para terminar, citamos la siguiente jurisprudencia :

Sentencia de 4 de mayo de 1953. Insiste en la tesis de que el arrendatario de local negocio que tiene su vivienda en el mismo, puede retraer ambos , y establece que el arrendatario de local de negocio, aun teniendo subarrendado parte del local, puede anular la venta del mismo si el precio excede de la capitalización de la renta pactada.

Sentencia de 15 de junio de 1953. No existe derecho de retracto al arrendatario de industria, ni al subarrendatario del local vendido.

Sentencia de 8 de julio de 1953. Establece para el retracto de la Ley de Arrendamientos Urbanos la misma tesis establecida por la jurisprudencia para el retracto de los arriendos rústicos, según la cual el retracto se puede ejercitar en acto de conciliación, el cual interrumpe la caducidad del plazo para utilizar la acción de retracto.

Sentencia de 2 de julio de 1950. El plazo retractual no se abre por la perfección de la venta, sino por su consumación con el otorgamiento de la escritura.

Sentencia de 20 de marzo de 1950. El arrendatario de industria, aunque en dicho arrendamiento se comprenda el del local en que se ejerce, no da derecho a ejercitar el derecho de retracto, el cual corresponde al arrendatario de local de negocio.

Sentencia de 12 de febrero de 1949. Si el arrendador vende la nuda propiedad de la casa o piso arrendado, reservándose el usufructo, al arrendatario no le asiste el derecho de retracto.

Sentencia de 27 de noviembre de 1947. Se da el retracto cuando se venden partes indivisas de solamente y no la totalidad de una finca urbana sujeta al retracto, en razón al criterio de analogía con lo que sucede en la venta de partes indivisas de una finca rústica arrendada.

JOSÉ AZPIAZU

Registrador de la Propiedad.