

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXX

Febrero 1954

Núm. 309

El retracto y el Registro de la Propiedad ⁽¹⁾

Por atender un cariñoso requerimiento de mi ilustre compañero y querido amigo ARTURO GALLARDO me vi enrolado en este curso de Derecho agrario, yo, que tan escasos conocimientos tengo de esta materia.

Bien es verdad que, saliéndome un poco de ese terreno peligroso, he derivado la disertación a un campo un poco más trillado para quien, como yo, ha consagrado su vida y todos sus entusiasmos a la profesión de Registrador.

Y, no obstante mi ignorancia en estas materias, soy campesino por nacimiento, por vocación y por haber vivido en el campo la mayor parte de mi vida. Yo, que no he comprendido nunca las bellezas de las grandes ciudades ; que jamás me extasié ante una obra humana por grandiosa que fuera, he sentido verdadera emoción y arrebamiento ante las grandezas de múltiples cosas pequeñas que andan repartidas por el agro español como dones preciosos del cielo.

Parodiando a mi paisano el gran Pereda—también tachado de lugareño y campesino—, compadezco a los desgraciados que no han podido ver el sol más que por el pequeño agujero que confinan dos tejados paralelos ; ni han contemplado la grandeza del mar embr

(1) Conferencia pronunciada en el curso de Derecho agrario del Instituto de Estudios Jurídicos, año 1953.

vecido; ni la dulzura de un paisaje gallego; ni se han sentado a reposar luego de un caminar sudoroso, a la sombra protectora de una cagigona de mi tierra, en una tarde de agosto.

Soy campesino y me precio de conocer los problemas del campo, aunque desconozca el Derecho agrario.

Pero, llegado a este punto de la charla, me pregunto yo, y tal vez me preguntaréis vosotros: ¿Qué es el Derecho agrario?...

Yo no lo sé, o, por lo menos, no me atrevo a definirle; sin embargo, me atrevo a decir que tiene un acusado sabor social y un marcado tono protecciónsta de una clase social: la de los modestos arrendatarios.

Al socaire de esa legislación protectora, son muchos los arrendatarios que se han convertido en propietarios, y muchos también los que, abusando de tal protección, se han enriquecido, amasando sus riquezas con la escasez y las privaciones de los demás, en esos tiempos de verdadero desequilibrio económico.

¡Lástima ha sido que esa legislación protectora no se acuerde de otra clase social, harto necesitada de protección! Nos referimos a los pequeños propietarios, pequeños rentistas del campo que, por sus personales circunstancias (ancianos, viudas, huérfanos, empleados) no pudieron recabar el cultivo directo de sus pequeños feudos. Y como las rentas del campo no han seguido el ritmo ascendente del costo de la vida, todos esos pequeños propietarios se han visto precisados a malvender su patrimonio para seguir subsistiendo, y hoy muchos de ellos se encuentran en la mayor miseria. Son éstos, hoy, los verdaderos parias del campo.

Claro que yo espero que algún día los legisladores se acordarán de estos dignos y callados menesterosos, pero me temo que sea tarde.

En mi afán de adquirir alguna ilustración sobre el contenido y perfiles del Derecho agrario, hace poco tiempo leí un trabajo del señor Cerrillo, publicado en el número de noviembre último de la *Revista de Derecho Privado*, sobre «Codificación rural».

Este comentarista, reconociendo lo caótico y desordenado de esta materia, aboga por la necesidad de emprender la obra de codificación del Derecho agrario. Argumentaba de esta manera: La tarea se impone como una necesidad, pues ahora las varias leyes referentes a la tierra y a la agricultura son frecuentemente reformadas, provienen de distintos criterios y de diferentes épocas; a menudo se contradicen o crean problemas de interpretación casi insolubles, o se in-

terfieren en sus fines. La legislación agraria aparece así confusa, en ocasiones caótica, falta de consistencia, carente de doctrina unitaria y por ello resiste a los mejores intentos de perfeccionamiento.

Pero esa codificación ofrece serias dificultades. Ya lo advierte el señor CERRILLO con estas palabras: «La complejidad de las instituciones de Derecho agrario hace en extremo difícil su estructuración legal, en una gran unidad sistemáticamente constituida.»

Los autores italianos, a quienes se debe la elaboración doctrinaria de esta moderna disciplina jurídica, propugnan la reunión de todas las disposiciones agrarias en un solo ordenamiento. Algunos, como el profesor de Florencia GIORGIO DE SEMO, estiman que se trata de una cuestión conexa con la relativa a la autonomía del Derecho agrario: «Si se acepta la autonomía jurídica —dice— tiene que aceptarse necesariamente la autonomía legislativa. Si el Derecho agrario es considerado como un Derecho especial, autónomo, distinto del Derecho civil y del Derecho comercial, con principios generales propios, constituidos por normas particulares, reguladoras de peculiares relaciones, se deduce la consecuencia lógica de que tales normas se prestan a ser coordinada y orgánicamente distribuidas en un Código autónomo.» De todos modos, entendemos que no hay otro remedio que emprenderla, pues, como ya nos dijo UBIERNA: «Al reunir en un cuerpo de Derecho todas las disposiciones que se relacionan con la propiedad del monte y del campo, descartadas ya las que el transcurso del tiempo y la marcha de las ideas han dejado en desuso, se encontrarán notables lagunas, importantísimas omisiones y extensos vacíos, que es necesario llenar en consonancia con las nuevas causas que los producen. De este modo, al depurarse en el Código rural la pasada legislación agraria, se establecerá una robusta y fecunda solución de continuidad, que ha de unir, en un todo armónico, sus distintos miembros.

Y, sobre todo —añadimos nosotros—, que de esa manera se evitarían las fricciones o rozamientos de las instituciones agrarias con otras de solera y necesidad.

Si en España se hubiese emprendido con ganas y sosiego la codificación del Derecho agrario, nombrándose para ello una amplia Comisión, en la que estuviesen representados adecuadamente todos los intereses conexos, no nos hallaríamos ante el espectáculo que ofrecen nuestras leyes agrarias, que sin defender de un modo más eficaz los intereses agrarios, han dejado mal parados los principios

hipotecarios, por ejemplo, a cuya sombra florecieron los retractos legales, y tendrían vigorosa vida los demás beneficios que la legislación agraria ha creado en favor del cultivador. Nos consuela (consuelo de tontos, si queréis) el ver que el mismo problema tienen aún sin resolver todos los países que se han destacado en el estudio de los problemas agrarios, tales como Italia, Argentina, Francia, Suiza, etc. ...

En Francia, por ejemplo, un Proyecto de Código rural, comenzado en 1864 y vuelto a considerar en 1867, se halla actualmente en estudio. En Italia, como dice BASSANELLI, el Código agrario es una vieja aspiración que continuamente se renueva, ya que las tentativas experimentales habían dado pruebas de la posibilidad de regular la materia según criterio unitario y orgánico. Conocidos son los esfuerzos de GEROLAMO BOGGI, que formuló un esquema de instituciones agrarias que quiso fuesen al mismo tiempo los lineamientos fundamentales de un Código rural; y los de NAPOLEÓN E. PINI, cuando en 1845 defendía la utilidad de una codificación del Derecho agrario. También es muy conocido el Código rural publicado en 1807 para los Principados de Lucca y Piombino.

Ello, no obstante, aún se discute la utilidad de un Código rural. Los detractores de la empresa arguyen que no es posible que tenga utilidad la codificación de una materia que ha de tomar sus principios rectores de otras disciplinas afines. Esta importante disciplina, desgajada del Derecho civil, del administrativo, y aun del corporativo, aunque sería muy conveniente que se delimitasen sus perfiles, bajo los rígidos mandatos de una legislación unitaria y con propia autonomía, no ha precisado todavía sus linderos, está aún en ebullición. Por eso tal vez lo conveniente, como aconseja SCIALOJA, fuese la recopilación, sin pujos unitarios codificadores, en un texto único, que comprenda todas las leyes agrarias.

También en la Argentina se siente la necesidad de aclarar el ambiente confuso que preside su legislación rural. Allí, que tanta importancia tiene la tierra, cuyos productos son la base de su economía, se siente con más intensidad la necesidad de armonizar en un Código las diversas y dispersas disposiciones que rigen la vida del campo. Sin embargo, aún no se ha afrontado el problema de un modo general. Y todos los intentos de Código rural han tenido carácter local. De tal tendencia son los Códigos de las provincias de Santiago, del Estero y Tucumán.

En fin, que el Derecho agrario aun no ha llegado a su mayoría de edad y ha de dar muchos bandazos todavía, antes de quedar como disciplina específica, desgajada de su centro jurídico progenitor, con sus principios propios.

En este sentido es muy loable la organización de este curso, aun en el caso de que no produjese otros frutos que este de traer a primer plano el estudio de estos problemas.

Y despachado ya esta especie de preludio de Derecho agrario, hora es llegada de que nos adentremos en el tema.

El que yo he de desarrollar, como reza en el anuncio, se refiere a las fricciones del Registro con el retracto, establecido en las leyes de arrendamientos.

Claro es que del tema sólo tiene algún carácter agrario el retracto en el arriendo rústico, pero como el rozamiento del retracto con el Registro ha ido adquiriendo mayor virulencia a medida que iban apareciendo nuevas reglamentaciones del arriendo, y es precisamente en la Ley de Arrendamientos Urbanos y en sus posteriores reformas donde se manifiesta con más crudeza la fricción, me ha parecido conveniente, aunque no sea por otra cosa que por razón de método, traer ante vosotros una visión global del problema, aun a sabiendas de que me salía un poco del campo de lo agrario.

Por ello, quiero tratar en primer término de los retractos legales en el Código civil y en la Ley Hipotecaria. En ambas disposiciones el retracto y el Registro funcionan sin ningún rozamiento.

Revisaré luego el retracto de arrendatario en la ley que le creó, de 15 de marzo de 1935. En esta ley dichas instituciones funcionan sin fricciones, pero en ella empieza la desconexión.

Trataré después del retracto en la modificación de esta ley, que vió la luz el año 49. Tampoco aquí la fricción es chirriante y rijosa, pero se acentúa la desconexión.

Entraré luego en el estudio del retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Aquí ya la fricción se produce con agrios caracteres, hasta el extremo de que la defensa de los derechos del arrendatario llega a impedir la inscripción.

Y hablaré, por fin, del retracto y otros derechos del arrendatario en la reforma de 1952. En esta disposición legal, algunos aspectos del retracto, siguiendo el módulo establecido en la Ley de Arrendamientos rústicos del 49, más que como verdaderos retractos, funcionan como un derecho de opción de compra.

A todos estos problemas les he de pasar revista, siquiera sea rapidísima.

Bueno será, sin embargo, que comencemos nuestra disertación señalando, a grandes rasgos, los caracteres del retracto legal.

Y aunque soy enemigo de dogmatizar y conozco los peligros que encierra formular cualquier definición, me atrevo a decir que existen profundas diferencias entre el retracto convencional (único verdadero retracto) y el retracto legal, que más que retracto (volver a traer), funciona como un derecho de subrogación, como una preferencia, como una interferencia del Derecho público en el privado, y, a veces, como una verdadera expropiación, en loor de intereses privilegiados.

Del mismo modo existen grandes diferencias entre el tanteo y el retracto, aunque ambas instituciones operan en la zona de las limitaciones del dominio, poniendo trabas a la facultad de libre disposición.

El tanteo se enfrenta con enajenaciones en proyecto ; el retracto pone fin a transmisiones consumadas. El tanteo es anterior a la transmisión, el retracto, posterior ; el tanteo es siempre legal ; el retracto puede ser convencional y legal ; el tanteo se ejercita contra el propietario ; el retracto va contra el adquirente.

Señaladas muy a flor de piel estas diferencias (el profundizar en ellas nos llevaría muy lejos), vamos ya a señalar, a grandes rasgos, los jalones históricos que han dibujado el retracto, para concluir señalando la naturaleza del retracto legal.

Os confieso humildemente que todos los datos históricos que pondré a vuestra consideración los he tomado de la magistral conferencia que pronunció en la Academia Matritense del Notariado, mi ilustre y querido amigo, don MANUEL CHACÓN, modelo de cultura, agudeza, ingenio y elegancia.

En ella nos dijo que los precedentes del retracto legal son rematísimos. Ya se hablaba de él en el Levítico, en aquel pasaje del capítulo XXV, que dice así : «Las casas que los levitas tienen en las ciudades siempre se pueden redimir. CUANDO TU HERMANO EMPRECIESE Y VENDIESE ALGO DE SU POSESIÓN, VENDRÁ EL RESCATOR MÁS CERCANO Y RESCATARÁ LO QUE TU HERMANO HUBIERE VENDIDO.»

Y aunque nosotros confesamos nuestra total carencia de preparación para las investigaciones históricas, nos atrevemos a afirmar que

esta perfecta organización de estos derechos de preferencia (mal llamados retractos) que se observa en pasajes como el transcrito, nos pone sobre la pista de que tales derechos debieron vivir en todos los tiempos y en todos los países, en cuanto apareció cualquier atisbo de propiedad privada, o se destacaron, de algún modo, ciertas facultades independientes sobre la tierra o la vivienda.

Ello nos confirma en nuestro pensamiento de que más que de retractos, se trata de modos de ser de la propiedad, que la modulan en cada momento histórico, de la manera que exigen las necesidades sociales que ha de satisfacer.

Y, sin embargo, como dice CHACÓN, en Grecia y en Roma no se manifiestan de un modo sensible estos derechos de preferencia, debido, tal vez, a que por este carácter mixto de Derecho público y privado que en su organización influye, no se adaptaron bien a la organización jurídica que en aquellos Estados prevaleció.

Pero si ello es explicable para Grecia, donde todo era Derecho público, ya que las instituciones que podían tener algún aspecto privado sólo eran tuteladas en cuanto servían a la comunidad, ya no se explica tanto en Roma, donde la distinción entre lo público y lo privado fué mucho más acusada y vivaz. Sin embargo, como observa CHACÓN, en Roma, la barrera entre lo público y lo privado era infranqueable. Formaron siempre compartimentos estancos. No se dieron en aquel clima jurídico los productos híbridos que participasen de ambos aspectos, y no eran frecuentes, por tanto, instituciones del tipo del retracto legal, de acusado carácter mixto.

En cambio, florece el retracto entre los germanos, que no se preocuparon tanto de la distinción de los aspectos público y privado del Derecho. Y se da con profusión en el Derecho castellano del Medievo (Fueros de Cuenca y Sepúlveda; Fueros Viejo y Real). En las Partidas, más que un derecho de retracto se estableció una especie de tanteo. En las Leyes de Toro se consagra la preferencia del retracto de comunero sobre el gentilicio. Nada específico se encuentra en la Nueva Recopilación sobre tanteo y retracto, pero, en cambio, en la Novísima se trata con profusión el tanteo y el retracto, haciendo resaltar el carácter público de estas preferencias.

Con estos antecedentes se llega al Código de 1851, que reglamenta los retractos en la misma forma que lo hace el vigente, siendo de destacar que en ambas disposiciones legales se ha considerado que

los derechos de retracto tienen un carácter subrogatorio que trae su causa del Derecho público.

Como resumen de esta elaboración histórica del retracto legal, abundando en la opinión de CHACÓN, decimos con él : «El Derecho que contemplamos, regulado por los artículos 1.521 y siguientes del Código civil como retracto legal, y todos los demás derechos que como retractos legales se regulan en las leyes de arrendamientos a favor del arrendatario, son derechos de subrogación de un tercero en el lugar del que adquiere la cosa.»

Por cierto que esta naturaleza subrogatoria la recoge la Sentencia de 21 de noviembre de 1944, al declarar que la acción de retracto legal resuelve por ministerio de la ley la relación jurídica que el título adquisitivo creó entre la persona demandada de retracto y su causante ; más como su efecto no es extintivo del acto traslativo del dominio—y en ello radica su especialidad—, sino *subrogatorio del mismo*, toda cuestión extraña a la de dilucidar cuál sea la razón legal que obliga al cambio de persona, es también ajena al juicio de retracto.

También se ha discutido si este derecho subrogatorio y de preferencia tiene carácter personal o real. Nosotros, sin entrar en la polémica, decimos que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria le considera de efectos ERGA OMNES, y que la Jurisprudencia en Sentencias como la de 11 de octubre de 1905 y 24 de diciembre de 1920 tiene establecido el carácter real de las acciones de retracto.

Pero si quisieramos ahondar un poco en su naturaleza jurídica, diríamos que el retracto legal, más que un derecho real es una consecuencia del modo de ser de la propiedad en cada momento histórico, producto híbrido, originado por las interferencias del derecho público en el privado, que tiene por fin proteger, de un modo eficaz, ciertos intereses preferentes.

LOS RETRACTOS LEGALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEY HIPOTECARIA

Sólo como antecedente preciso para entrar luego de lleno en el tema de nuestra disertación, haremos una breve referencia al trato que estos derechos de preferencia, subrogatorios y, en definitiva, modos de ser de la propiedad, recibieron en el Código y en la Ley

Hipotecaria, bien advertidos de que el retracto de arrendatario, objeto específico de nuestro estudio, no se conocía en aquellas disposiciones, sino que nació a la vida jurídica con la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935.

Y, bien, ¿cómo regularon aquellas disposiciones el retracto?... A nuestro entender, con absoluta claridad y con elogiable acierto.

Establecieron estos derechos subrogatorios a favor del comunero y del colindante en los casos de venta o dación y adjudicación en pago; les dieron eficacia contra tercero dentro del plazo de ejercicio, y decretaron que se empezaba a contar tal plazo, a partir de la inscripción.

Todo sucedía de un modo sencillo y sin complicaciones. El Registro y el retracto funcionan con independencia, pero sin fricciones. Respetando el Registro la eficacia *erga omnes* del retracto, le da trascendencia contra todo tercero. Teniendo en cuenta las prerrogativas registrales respecto de la publicidad, el plazo retractual se abre a partir de la inscripción.

Todo era claro, pulcro, diáfano. El sistema funcionaba con envidiable corrección.

EL RETRACTO Y EL REGISTRO EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS DE 1935

Tiene en su haber esta Ley la creación del retracto del arrendatario, siendo tal vez la norma que le formuló, la más importante de dicha disposición legal. Crea este derecho el artículo 16, que vamos a transcribir. Dice así: «En todo caso de transmisión onerosa de una finca arrendada, de porción determinada, o de participación indivisa de la misma, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto, subrogándose el adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, mediante los reembolsos determinados en el artículo 1.518 del Código civil. Si la enajenación no se hubiere realizado por precio en metálico, el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto, además de los citados reembolsos.

En todos los casos de enajenación de una finca rústica arrendada, el vendedor vendrá obligado a notificar al comprador el arrendamien-

to a que está sujeto, entregándole el contrato o una copia autorizada del mismo y exigiendo un recibo de esta notificación y entrega.

El comprador, por su parte, tendrá obligación de notificar al arrendatario la compra de la finca o fincas arrendadas, para que éste pueda ejercitar el derecho de retracto que autoriza el párrafo anterior, lo cual podrá efectuar dentro del plazo de un mes, a contar de la fecha de la notificación del comprador.

Si el vendedor de la finca no diere cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificare la compra al arrendatario, este último conservará el derecho de retracto durante un mes, a partir de la fecha de la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, o en su defecto, de la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

El retracto regulado en este artículo será preferente a los demás establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, con excepción del de comuneros, en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años y el de colindante siempre. El retracto gentilicio donde rija por precepto foral, será preferente al regulado en este artículo.

Cuando se trate de la venta de la totalidad de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, el derecho de retracto deberá ejercitarse conjuntamente por todos ellos, sin perjuicio de que cada uno adquiera la parcela arrendada. Cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos cedidos a diferentes arrendatarios, el retracto corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal.

Los arrendatarios que a la vez sean dueños de más de 300 hectáreas en secano o 30 en regadío en el territorio nacional, no podrán ejercitar el derecho de retracto. La inquisición del sentido de esta norma legal ha dado lugar a múltiples problemas de interpretación, en cuyo estudio no podemos entrar, porque ello nos apartaría de nuestros propósitos y están tratados por los especialistas de la materia, a cuyos estudios remitimos al auditorio.

Sin embargo, hemos de pasar revista a tres problemas: Negocios jurídicos que dan lugar al retracto; Nuevo sistema publicitario organizado a base de notificaciones, y Preferencias retractuales.

A) *Negocios jurídicos que originan el nacimiento de este retracto:*

En relación al retracto de arrendatarios, el artículo que comentamos ha extendido profundamente el círculo de los negocios jurídicos que le producen. Ya no sólo se da en las ventas y daciones o adjudicaciones en pago, sino que se produce en todos los casos de enajenación onerosa de la finca arrendada.

Y aunque por falta de tiempo no podemos señalar en detalle sus concretos casos de aplicación, sí diremos que con esta ampliación se le cerró el paso a las permutas simuladas, a cuyo ropaje jurídico se acudía para burlar los retractos. Bien es verdad que ya la jurisprudencia del Supremo, tratando de cortar esta corruptela, tenía establecido que se mirasen con lupa las permutas (2), atendiendo más a su verdadero contenido que a la calificación que le daban las partes, pero de todos modos bien estuvo que la ley, de un modo expreso, las acogiese como originarias de tal retracto.

B) *Nuevo sistema publicitario por medio de notificaciones:*

Con tal sistema de notificaciones, creadas por esta disposición, se pone en conocimiento del comprador el arriendo, y en conocimiento del arrendatario, la compra. De ese modo se rodea el nacimiento del retracto de toda clase de seguridades y garantías. Ahora bien, como el incumplimiento de estas obligaciones publicitarias no da lugar a ninguna sanción, ha quedado restada su eficacia y al lado de tales notificaciones y en su defecto, siguen abriendo el plazo retractual la inscripción, o, en último caso, el conocimiento de la transmisión por el arrendatario.

Toda esta profusión de medios publicitarios, que debió producir la definitiva derrota de las habilidades encamoufladas a impedir el ejercicio del Derecho, lo que, de modo inconsciente han producido, ha sido la confusión y la duda.

Por otro lado, como son todas las enajenaciones onerosas las que

(2) SS. de 14 de mayo de 1912 y 9 de mayo de 1925.

dan lugar al retracto, y las notificaciones sólo hacen relación a la venta, se plantea el problema de si las otras enajenaciones siguen o no enroladas en el sistema de la sola publicidad registral.

C) *Preferencias retractuales.*

Aunque por de pronto se establece la preferencia de este retracto sobre todos los otros establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, en seguida vienen las excepciones, que dejan reducida la preferencia a la nada. Como resultado de ellas, este retracto queda puesto al de comuneros con más de tres años en la comunidad, al de colindantes y al gentilicio de las legislaciones forales.

Pero no es eso sólo. Es que estas preferencias alteran las establecidas en el Código civil, que declaró siempre preferente el retracto de comuneros al de colindantes (en esta ley sólo será preferido si se lleva más de tres años en la comunidad) y resultan ineficaces en cuanto pasan los primeros nueve días del plazo retractual, puesto que el plazo de ejercicio de este retracto es de un mes y en los últimos veintiún días de dicho plazo, con los demás retractos caducados, ya no puede tener competidor.

Además, el retracto de comuneros y el de colindantes se originan por la venta o la dación en pago, luego en los demás casos de enajenación onerosa, que dan lugar al retracto de arrendatario, pero no a los otros, tampoco dicho retrayente puede tener competidor.

De todos modos, la defensa de los derechos del arrendatario no obstaculiza la inscripción y aunque al lado de la publicidad registral se arbitran otros medios que abren el plazo retractual, tal sistema no ha producido graves complicaciones y, en general, por la amplificación del plazo sobre todo, fué recibido con aplauso.

EL RETRACTO DEL ARRENDATARIO EN LA LEY DE 16 DE JULIO DE 1949

En esta ley, que modificó profundamente la ley de 15 de marzo de 1935 y que constituye la legalidad vigente, el retracto de los arrendatarios rústicos ha sufrido profundas modificaciones, que se aprecian en seguida con la simple lectura de sus disposiciones.

Dice así el artículo 16:

«En todo caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, de porción determinada o de participación indivisa de la misma, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto, subrogándose en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, mediante los reembolsos determinados en el artículo 1.518 del Código civil. Si la enajenación no se hubiese verificado por precio en metálico, el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto, además de los citados reembolsos. En todos los casos de enajenación de una finca arrendada, el vendedor tendrá obligación de notificar al comprador el arrendamiento a que está sujeta, notificándole *la existencia del contrato y los pactos y condiciones del mismo*, y exigiendo un recibo de esta notificación.

El comprador, por su parte, tendrá la obligación de notificar al arrendatario la compra de la finca o fincas arrendadas para que éste pueda ejercitar el derecho de retracto que autoriza este artículo, lo cual podrá efectuar dentro del plazo de *tres meses*, a contar de la fecha de notificación del comprador.

Si el vendedor de la finca no diere cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificare la compra al arrendatario, este último conservará el derecho de retracto *durante tres meses*, a partir de la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

El retracto regulado en este artículo será preferente a los demás retractos establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, con excepción del de comuneros, en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años y del de colindantes en todo caso. El retracto gentilicio donde rija por precepto foral será también preferente al regulado en este artículo.

SIN EMBARGO, CUANDO EL RETRACTO SE EJERCITARE POR COLONO QUE LO FUERE A VIRTUD DE ARRENDAMIENTO COMPRENDIDO EN EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO CUARTO DE LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1942, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho, el correspondiente a los comuneros en quienes concurren las circunstancias de tiempo antes expresadas, y el gentilicio donde rija por precepto foral.

Cuando se trate de la venta de la totalidad de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, el derecho de retracto deberá ejercitarse conjuntamente por todos ellos, sin perjuicio de que cada uno adquiera la propiedad de la parcela arrendada, pero de no existir

acuerdo unánime, o de ser imposible para alguno de los arrendatarios, el ejercicio del retracto, en virtud de lo dispuesto en el penúltimo párrafo de este artículo, podrán ejercitarse la acción, pero referiéndola necesariamente a la totalidad de la finca transmitida, los arrendatarios de la misma que así lo deseen, siempre que el retrayente o retrayentes lleven en arriendo la mitad, al menos, del predio que se propongan adquirir. El mismo derecho se reconocerá a los grupos sindicales de colonización que al efecto se constituyan, siempre que estén integrados por la tercera parte, como mínimo, de los colonos de la finca.

Cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos, cedidos a diferentes arrendatarios, el retracto corresponderá ejercitarse solamente al que lo sea del aprovechamiento principal.

En los casos de fincas de las que sólo una parte de su total extensión haya sido cedida en arriendo, el derecho de retracto que establece este artículo se entenderá limitado a la superficie arrendada, y únicamente podrá ser ejercitado por el arrendatario o arrendatarios que lo sean en virtud de contrato comprendido en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942. A tal efecto, el documento por el que sea formalizada la transmisión a título oneroso de la finca deberá especificar la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo de la mencionada clase, entendiéndose a falta de expresa declaración acerca de este extremo que dicha parte del precio es equivalente al resultado de capitalizar al dos y medio por ciento el importe en numerario de la renta contractual vigente a la sazón. La donación intervivos, con excepción de la por razón de matrimonio, de finca sujeta a arrendamiento, comprendida en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942, otorgada a favor de quien no fuere heredero forzoso del donante, conferirá al arrendatario el derecho de exigir del donatario que le sea vendido el inmueble por un precio equivalente, deducido el importe de las cargas redimibles a que en su caso se hallare afecto, al valor que en la escritura pública de donación le hubieren asignado las partes, incrementado en la suma a que ascendieren los gastos de la transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hecha en el fundo donado. Si sólo una parte de la total extensión de éste hubiera sido cedida en arrendamiento de la mencionada clase, el derecho que el presente párrafo atribuye al colono se entenderá referido únicamente a la superficie arrendada.

Los arrendatarios que a la vez sean propietarios de más de CIEN hectáreas de secano, o DIEZ de regadío, en el territorio nacional, no podrán ejercitar ninguno de los derechos que el presente artículo establece en favor de los colonos.

Si la adquisición de una finca rústica se llevare a efecto por quien a la sazón fuere colono de la misma, en virtud de arrendamiento, incluido en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942, sólo podrá ser ejercitado contra dicho adquirente el retracto legal por quien lo hiciere con el carácter de comunero de la finca arrendada y llevarle en su copropiedad más de tres años.

Como se habrá observado, el retracto de arrendamientos rústicos ha sufrido una total y absoluta transformación.

Sin embargo, en esta ley, lo mismo que en la del 35, se insiste en referir las notificaciones al vendedor y comprador, con lo que pudiera sostenerse que las demás enajenaciones onerosas no habían de notificarse y que, por tanto, el plazo retractual no se abre en ellas, sino a partir del conocimiento que el arrendatario tenga de la transmisión.

Bien es verdad que tales obligaciones no están sancionadas y su incumplimiento no produce ningún efecto tangible, como no sea el de retrasar la apertura del plazo retractual, pero de todas maneras esperábamos que la reforma del artículo 16 de la Ley del 35, se aprovecharía para extender expresamente la obligación de notificar (al adquirente el arrendamiento y al arrendatario la transmisión) a toda clase de enajenaciones onerosas.

La primera modificación de bullo es la del plazo de retraer.

Ya no sólo tiene un mes, como había establecido la ley que creó este retracto, sino que el plazo se ha extendido a los tres meses, con evidente ventaja de estudiar con reposo las conveniencias del retracto.

Otra modificación importante se refiere a la necesidad de que el vendedor notifique al comprador (sigue silenciando los demás adquirentes a título oneroso) no sólo el arrendamiento, como dispuso la Ley del 35, sino además los pactos y condiciones del arriendo.

Pero las principales modificaciones, las que pudiéramos decir han producido una revolución en el sistema, son las referentes a la preferencia especial que se decreta para los arrendatarios protegidos de la Ley del 42, mayor, aun cuando son adquirentes, a las incidencias del retracto en caso de finca arrendada a diversos colonos, con

el particular de que unos pueden ser protegidos y otros no, y, sobre todo, el haber incluído entre los negocios que dan lugar al retracto las donaciones intervivos que no sean por razón de matrimonio, ni hechas a herederos forzosos del donante, de fincas con arrendamiento protegido.

También se ha reducido la extensión que tanto en secano como en regadío impedía al arrendatario propietario ejercitar el retracto, dejándola reducida a CIEN HECTÁREAS en secano y DIEZ en regadio.

Examinemos muy brevemente algunas de estas modificaciones:

Retractantes protegidos.—En el caso de que ejercite el retracto un arrendatario protegido, se alteran profundamente las preferencias retractuales, pues, como dice la Ley, sólo prevalecerá sobre su derecho de retracto el de los comuneros con antigüedad superior a los tres años y el gentilicio donde rija por precepto foral. Quedan, por tanto, pospuestos los colindantes y los comuneros que no lo sean con la necesaria antigüedad.

Ahora bien, si la adquisición se hace por un arrendatario protegido, aún sufre otra modificación la preferencia. Entonces sólo será preferente el retracto que ejercite un comunero con antigüedad superior a los tres años. Ya en ese caso quedan pospuestos los comuneros de menor antigüedad, los colindantes y los que ostenten a su favor el retracto gentilicio de las legislaciones forales.

Estas preferencias dan lugar a múltiples cuestiones, en cuyo estudio no vamos a entrar, porque ello nos alejaría del objeto de esta conferencia. Sin embargo, diremos que en los casos de retracto de una finca arrendada a diversos colonos, unos protegidos y otros no, siempre que los protegidos lo sean de más de la mitad de la finca, con lo cual estarán en condiciones legales de retraer su totalidad, pueden fraudulentamente convenirse con los otros para que ejercent el derecho de retracto los protegidos solamente, y, alterando la preferencia, impedir el ejercicio de su legítimo derecho a los colindantes o gentilicios.

Otra cuestión: Como el Código sólo establece el retracto en los casos de venta y dación en pago y la Ley de Arrendamientos extiende el de arrendatarios a todos los casos de enajenación onerosa, cuando no se trate de ventas ni de daciones o adjudicaciones en pago, sino de otras enajenaciones onerosas, sólo podrá retraer el arrendatario y no podrán surgir colisiones por razón de preferencias.

Pero aún hay más: Es que como el plazo de retraer de esta Ley

de Arrendamientos es muy superior al que estableció el Código civil, aquella preferencia de los comuneros y colindantes en los arrendamientos no protegidos sólo podrá hacerse valer en los primeros nueve días del plazo retractual. Es decir, que en los ochenta y uno restantes ya sólo el arrendatario puede retraer sin miedo a preferencia alguna.

Y por si todas estas singularidades y conflictos fuesen pocos, aún hay un caso recogido en una de las modificaciones de la Ley, que se sale de los lindes del retracto para establecer no un retracto, ni un derecho de preferencia, ni una subrogación, sino que en él se perfila una verdadera expropiación, o, si se quiere, una opción de compra.

Nos referimos al derecho que origina, para los arrendatarios protegidos, la donación intervivos de las fincas que llevan en arrendamiento.

Nos dice la Ley que en tales casos podrá exigir el arrendatario que se le venda el inmueble por un precio equivalente, deducido el importe de las cargas redimibles a que se hallare afecto, al valor que en la escritura pública de donación le hubieren asignado las partes, incrementado en la suma a que ascendiere el importe de los gastos de transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hechas en el fundo donado.

Es decir, que el arrendatario puede exigir la venta por un precio que se determina de un modo automático. ¿No se identifica este supuesto en todas sus partes al del negocio jurídico de opción de compra...?

La prohibición de retraer al colono que es propietario de más de cien hectáreas de secano, o diez de regadío, plantea otra interesante cuestión: ¿Es que no estará comprendido dentro de la prohibición el propietario de 99 hectáreas de secano y nueve de regadío, por ejemplo...?

Con la letra de la Ley en la mano, parece que no le comprende la prohibición; sin embargo, no puede dudarse que este propietario es económicamente más fuerte que el que lo sea de 101 hectárea de secano solamente. Y puesto que la Ley ha tenido en cuenta ese poderío económico para dibujar la prohibición, resulta duro que no se aplique la misma sanción a supuestos de mayor riqueza.

En relación a esta prohibición plantea GARCÍA ROYO otra interesantísima cuestión. Se pregunta: ¿Será lícito el pacto entre arren-

dador y arrendatario por el cual se eleven los porcentajes de la prohibición...? Y se contesta: Si tal pacto no perturba las preferencias retractuales, debe admitirse.

Apoya dicha afirmación (y con su argumentación estamos conformes) en que los derechos del arrendador, que serían los perjudicados por dicho pacto, son renunciables.

Y cuando el que actúa de retrayente es un colono protegido, se conservan las preferencias que estableció la Ley del 35. Es decir, antes que el arrendatario pueden retraer: el comunero que lleve más de tres años en la comunidad, el colindante y el titular del retracto gentilicio, donde rija por derecho foral.

Por cierto, que se pudo aprovechar la modificación de la ley para aclarar la redacción del artículo 16 de la Ley del 35, en cuanto al problema de las preferencias retractuales, que, por ser resultado de ciertas interpellaciones producidas en la discusión de las Cortes, quedó con un texto de lo más confuso.

Con el mismo contenido no hubiera sido difícil conseguir textos más claros. Se pudo decir, por ejemplo: «El derecho de retracto, concedido al arrendatario en esta disposición, se pospone al de los comuneros que lleven más de tres años en la comunidad; al de colindantes, siempre, y al gentilicio de las regiones forales.»

Y aunque ya hemos señalado algunos conflictos a que da lugar la carencia de una reglamentación armónica en las preferencias retractuales, no resistimos la tentación de presentaros esta interesante cuestión: Según el Código civil, el comunero es siempre preferido al colindante; ahora bien, para que sea preferido al arrendatario, que a su vez es pospuesto al colindante, es necesario que lleve en la comunidad más de tres años.

¿Es que ha quedado modificada la doctrina tradicional hasta el extremo de que el comunero sólo será preferido al colindante cuando lleve en la comunidad más de tres años...?

Y entre colindantes y gentilicios, ¿quiénes son preferidos?... Por la manera en que apareció señalada la preferencia en la Ley del 35, no ofrecía duda que lo eran los colindantes, pero como esta Ley del 49 pospone los colindantes a los arrendatarios protegidos, y por otro lado declara la preferencia de los gentilicios sobre tales arrendatarios, hay que deducir una nueva variación en las preferencias retractuales, establecida en esta modificación de la Ley. Es decir, que

ahora parece inconclusa la preferencia del retracto gentilicio sobre el de colindantes.

Otras cuestiones : Según resulta de las conclusiones establecidas por la jurisprudencia, se aplica el beneficio del retracto a los aparceros (3) ; no se aplica a los precaristas (4) ; basta para retraer el arriendo verbal (5) ; no es necesario que el arrendamiento esté inscrito ; no dan lugar a este retracto los arrendamientos que se rigen por el Código civil (6) ; en cambio le producen los arrendamientos sucedidos ; lo pueden ejercitar los arrendatarios que tienen pendiente el pago de las rentas ; no le origina la mera promesa de arrendamiento ; no le pueden ejercitar los subarrendatarios mientras no se conviertan en arrendatarios (7) ; basta con ser arrendatario en el momento de la transmisión, aunque haya dejado de serlo cuando ejercite la acción (8).

Y aunque no podemos entrar a razonar estas conclusiones por falta de tiempo, ahí quedan iniciadas para los estudiosos.

Nosotros volvemos al objeto específico de nuestra disertación.

¿Cómo trata esta modificación del 49 el problema de las relaciones del retracto de arrendatario con el Registro...?

Se puede decir que las resuelve casi de la misma manera que la Ley del 35, de quien es hija legítima y preferida.

Y decimos casi porque, si bien es cierto que conserva el sistema de notificaciones, como refuerzo de la publicidad registral, no lo es menos que dando un paso más en el camino de la desconexión del retracto y el Registro, ya no abre el plazo retractual la inscripción, como estableció el Código civil y se conservó en la Ley del 35, sino que ahora el plazo se cuenta a partir de la fecha en que el arrendatario tenga conocimiento de la transmisión.

Se expresó así la Ley :

«Si el vendedor de la finca no diere cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificare la compra al arrendatario, este último conservará el derecho de retracto durante tres meses, a partir de la

(3) S. de 3 de abril de 1944 y 9 de noviembre de 1945.

(4) S. de 23 de diciembre de 1939.

(5) S. de 19 de enero de 1944.

(6) S. de 23 de diciembre de 1939.

(7) S. de 27 de diciembre de 1944.

(8) S. de 23 de octubre de 1946.

fecha en que el retrayente, *por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.*»

Aquí ya se abandona el efecto de la publicidad registral en relación a la apertura del plazo retractual. La inscripción se puede practicar sin dificultad alguna; la falta de notificación al arrendatario de la venta no obstaculiza las operaciones registrales, pero uno de los pilares de aquella armónica reglamentación, establecida en el Código civil y en la Ley Hipotecaria, con claridad meridiana, se viene al suelo con inusitado estrépito, y lo que es peor, sin ventajas para nadie.

Ya no hay un hito fijo que nos diga sin vacilaciones desde dónde parte y hasta dónde llega el plazo retractual. Aquel momento tan concreto ha sido sustituido por el incierto del conocimiento de la transmisión por el retrayente. Una prueba preconstituida y tan cómoda y eficaz como la de la inscripción, se la dió de lado para dar paso a la difícil prueba del conocimiento.

Pero no es eso sólo. Es que la Ley dice que eso sucederá cuando el vendedor no cumpla su obligación de notificar la venta.

¿Quiere ello decir que cuando se practicó la notificación siguen en pie las normas anteriores que abrían el plazo retractual a partir de la inscripción...?

No nos atrevemos a afirmarlo.

Otra cuestión: Nos dice la ley que el plazo retractual se empezará a contar a partir de la fecha en que el retrayente, *«por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión».*

Por cualquier medio dice: ¿También por el Registro...?

Y en caso afirmativo, ¿se contará el plazo desde que se practicó la inscripción, o desde que el retrayente tuvo conocimiento de ella?... Tampoco nos atrevemos a asegurar nada.

Habréis visto, pues, que todo es vacilación y duda. Con lo difícil que es conseguir la claridad y fijeza en las relaciones jurídicas, cuando se las tenía en la mano, se las arrinconó alegramente, sin parar en sus consecuencias.

JOSÉ AZPIAZU
Registrador de la Propiedad

(Continuar).

La sentencia administrativa (*)

SUMARIO.—I. *Nociones generales*: A. Concepto.—B. Naturaleza.—C. Clasificación: 1. Por el fin (declarativas, constitutivas y de condena). 2. Por el contenido (que entran en el fondo; que no entran en el fondo). 3. Por sus efectos procesales (firmes y no firmes).—D. Importancia.—II. *Requisitos*: A. Idea general.—B. Subjetivos.—C. Objetivos (la congruencia): 1. Requisitos. 2. Efectos (recurso de revisión).—D. De la actividad: 1. Lugar. 2. Tiempo. 3. Forma.—III. *Proceso de formación de la sentencia*: A. Deliberación y votación.—B. Redacción, extensión y firma.—C. Documentación, publicación y notificación.—IV. *Invariabilidad y aclaración de las sentencias*: A. Invariabilidad.—B. Aclaración: 1. Idea general. 2. Requisitos. 3. Procedimiento. 4. Efectos.—V. *Efectos de la sentencia*: 1. Idea general. 2. Firmeza de las sentencias.

I. NOCIONES GENERALES

A. CONCEPTO

1. Dentro de nuestro Derecho procesal administrativo, encontramos una definición de sentencia en el R. C. Siguiendo el erróneo criterio, justamente criticado, de trasladar a una disposición de ran-

(*) El presente trabajo es un capítulo de una obra titulada *La sentencia administrativa; su impugnación y efectos*, que aparecerá en breve, editada por el Instituto de Estudios Políticos. Se utilizan las siguientes abreviaturas: L. C., texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 1952; R. C., su Reglamento; L. E. C., Ley de Enjuiciamiento civil.