

# Estudio del retracto arrendaticio rústico

AMANDO GARCIA ROYO

Juez de Primera Instancia

Cabe afirmar que la Ley de 1935 fué la primera Disposición legal acogedora del derecho de retracto otorgado al arrendatario de finca rústica, cumpliendo así el Legislador en parte su propósito de facilitar el acceso a la propiedad de la tierra a quien la trabaja, cuya finalidad resulta ampliada de modo considerable en virtud de la Reforma efectuada en el primitivo texto del artículo dieciséis de dicha Ley por la reciente de 16 de julio de 1949.

Este TRABAJO va destinado a comentar sus prescripciones, y para su más fácil comprensión, advertiremos que dicha Ley consta de dos artículos y de dos Disposiciones transitorias. El primero comprende los antiguos 16 y 17 de la de 1935, ya reformados, y el segundo declara que la Reforma entró en vigor el día de su publicación, siendo estudiados ambos en los § 1 al 19. La Transitoria primera regula el recabamiento del cultivo directo y personal respecto a determinadas fincas (§ 12), y la segunda, se dedica a normar la aplicación de las nuevas normas a los litigios pendientes el día de su publicación (§ 13).

Con el fin de sistematizar nuestra Exposición, estudiaremos separadamente estos distintos preceptos.

## § 1.

### ARTÍCULO 16

La Reforma introduce importantes modificaciones en el texto antiguo, siendo subrayadas ahora con letra cursiva, sin perjuicio de examinarlas con detenimiento en los momentos oportunos.

He aquí su contenido:

«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 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 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 la obligación de notificar al comprador el arrendamiento a que está sujeta, *notificándole la existencia del contrato y los pactos o 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 la notificación del comprador.

Si el vendedor de la finca no diera cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificara 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 por 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 por 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 concurriere la circunstancia de tiempo antes expresada, y el gentilicio donde rija por precepto foral.*

Quando 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 ejercitar la acción, pero refiriéndola 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 proponga 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.*

Quando se trate de fincas de aprovechamientos diversos, cedi-

das a diferentes arrendatarios, el retracto corresponderá ejercitarlo 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 inter vivos, con excepción de la de 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 a 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 ascendiere el importe de los gastos de la transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hechas en el fondo donado. Si sólo una parte de la total extensión de éste hubiere 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 en secano o diez en 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 llevare en su copropiedad más de tres años.»*

\* \* \*

Antes de examinar estas normas retractuales, debemos advertir al lector que, conforme al principio básico de hermenéutica legal en materia social, como lo es la legislación de arrendamientos rústicos, según se deduce del artículo primero de esta Ley de 1935 al prohibir los pactos *contra legem*, nuestras opiniones y tesis se orientan siempre a beneficiar al arrendatario, por ser el contra-

tante dilecto del Legislador (Sentencia de 21 de marzo de 1914, entre otras), traduciéndose esta finalidad en tratar de hipertoni-  
zar, siempre que sea posible, la actuación del retracto, e impidiendo, además, que mediante simulaciones o artimañas más o menos jurídicas se eluda su resultado en favor de aquél, bien sea desfigurando la transmisión para intentar desencajarla de la dicción legal como atrayente de tal derecho, simulando precio excesivo, etcétera, pues no concebimos que frente a esta inspiración equitativa y acorde con la voluntad del Legislador, plasmada con claridad meridiana en la Exposición de Motivos de su Ley reformadora, se alcen criterios de interpretación absurdamente literales, que quizá sean correctos desde el punto de vista jurídico propio del Derecho privado, pero que son inadecuados a todas luces para conocer el Derecho social, el cual, por su naturaleza esencial, obliga a aplicarlo de acuerdo con su espíritu vivificador.

Hechas estas aclaraciones, pasamos a examinar el texto legal.

## § 2

### 1.º ELEMENTO PERSONAL.

#### a) *Titular activo.*

De manera muy escueta se precisa en la Ley diciendo que «el arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto».

La primera cuestión originada por estas palabras consiste en concretar cuál sea el significado jurídico de la palabra «podrá», pues el literal demuestra, al menos aparentemente, que estamos en presencia de un ordenamiento de derecho potestativo o voluntario incardinado en el campo dispositivo propio de las voluntades particulares, apto para ser renunciado o condicionado conforme a las normas establecidas por los artículos cuarto y 1.255 del Código civil sobre la facultad de negociar y de renunciar los derechos reconocidos por la Ley, ya que el sentido gramatical del vocablo subrayado indica esta posibilidad dispositiva. El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de enero de 1948, así lo declara, aunque incidentalmente, limitándose a considerar nula la renuncia anticipada al derecho de retracto, a cuyo efecto establece (Sentencia de 28 de mayo del mismo año) respecto a los pactos por los que renuncia el arrendatario al derecho de retracto, que «no puede dudarse, por la fecha en que esta renuncia o cesión se conviene, muy anterior al nacimiento de la acción del retracto de las propias fincas que después se ejercitan, que sitúa el caso exactamente en el supuesto de renuncia anticipada del derecho concedido a los arrendatarios en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, la que no tiene valor alguno como acto contrario que es a las normas de carácter imperativo que dicha Ley contiene».

Para evitar confusiones sobre el sentido de esta postura del Tribunal Supremo respecto a la cuestión, debemos advertir que

la primera de las mencionadas Sentencias fué dictada en un pleito y subsiguiente recurso en que se alegaba la prescripción de la acción de retracto y, el Tribunal, con manifiesta corrección, advertía que el arrendatario era árbitro absoluto para decidir sobre la conveniencia de ejercitarla o de dejarla morir a través de tal modalidad extintiva; pero «a sensu contrario» de los razonamientos acabados de transcribir, se deduce que el Supremo admite la posibilidad de contratar sobre este derecho e incluso de renunciarlo cuando ya se ha creado el presupuesto que lo viabilizaba y, por tanto, el retracto ya forma parte del patrimonio jurídico del arrendatario; mas la renuncia es nula, como acto «contra legem» en función del mandato formulado en el artículo 1.º de dicha Ley, si tiene lugar antes de advenir tan preciso momento, bien sea al otorgarse el contrato o con posterioridad. De aquí que, por ser inoperantes contempladas renuncia y condicionamiento, el arrendatario no queda vinculado por sus «actos propios» y puede actuar retractualmente (Sentencias de 19 de junio de 1933, 17 de mayo de 1941, 21 de enero de 1922, 21 de junio de 1945, etc.).

Este carácter de derecho necesario atribuible a las prescripciones de la Ley comentada, y más aún a las reguladoras de derechos típicos de carácter social en beneficio del arrendatario, ha llevado a algunos autores a interpretación errónea por excesiva, pues partiendo de aquella base, niegan toda posibilidad de pactar en contra de los dictados legales conforme indica literalmente el antes citado artículo 1.º de la Ley de 1935 al advertir que «sus prescripciones no podrán ser modificadas por pacto en contrario de los contratantes», y el mismo Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de noviembre de 1946, establece esta tesis, ya que, habiéndose intentado el retracto derivado de la transmisión de una finca arrendada entre hermanos, advierte que la Ley aspira a fortalecer el interés social familiar, «y tal aspiración la cumple la nueva orientación de la legislación de arrendamientos reconociendo a la propiedad arrendada entre parientes un derecho, el de someterse a ella o no según su peculiar interés decida en cada caso, y un deber correlativo (fundado también en el interés social de que las situaciones jurídicas no vivan estados indefinidos), cual es el de que realizada la elección, el régimen no haya de ser mixto u ocasional, porque no tienen este carácter los miembros de la alternativa, y los derechos de terceros y aun los de los propios contratantes pudieran resultar perjudicados o injustamente beneficiados si tal mixtificación prestara ambigüedad a sus consecuencias, dando lugar con ello a que éstas pudieran exigirse según la fórmula legislativa que en cada incidencia del proceso arrendaticio sobreviniera y conviniera al interés privativo del extemporáneo y arbitrario elector».

Nosotros disentimos de esta opinión, pues, a nuestro juicio, aquella declaración de la Ley de 1935 sólo va orientada a proteger al arrendatario de las asechanzas y maquinaciones del arren-

dador, según es necesario a consecuencia del carácter social de dicha legislación, y, una vez salvada esta protección, el legislador no interfiere la autonomía de la voluntad particular para contratar guardando los límites marcados por el artículo 1.255 del Código civil. Por consiguiente, no puede ni debe haber ningún obstáculo para aceptar como válido cualquier pacto encaminado a superbeneficio al arrendatario en comparación con los estrictos dictados legales, concediéndole, por ejemplo, una ampliación del plazo retractual.

La cuestión que con ello puede nacer será oscura y de difícil resolución, pero quedará reducida a contrastar los beneficios derivados de contemplados pactos y de los taxativos ordenamientos legales, aceptando o rechazando aquellos según convenga al arrendatario. La misma inspiración del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos confirma, analógicamente, esta doctrina.

1.º *Arrendatario*.—a) El actor ha de demostrar primordialmente que merece este título por poseer la finca en virtud de arrendamiento válido, según indican las Sentencias de 19 de enero de 1944, 2 de febrero de 1946, etc. De aquí que no ostenten derecho de retracto los simples precaristas. b) Para decidir sobre la concurrencia de dicha titularidad ha de prescindirse en absoluto de las expresiones usadas en el contrato, conforme indicaremos en el § 9. c) Ante esta base personal, carece de importancia que el contrato sea verbal o escrito, siempre que se acredite su existencia; y tampoco obstaculiza al retracto la falta de inscripción del arrendamiento en el Registro (Sentencia de 19 de enero de 1944). d) Asimismo es intrascendente la cuantía de la renta, excepto en lo que se refiere a la atribución de competencia jurisdiccional (véase § 13); si bien, de acuerdo con las nuevas prescripciones, la protección legal será más o menos amplia según se trate o no de contrato «especialmente protegido». e) El arrendamiento ha de estar incluido en la legislación especial, pues ya sabemos que quedan relegados al campo de Derecho común los concertados entre determinados parientes (artículo 1.º de la Ley de 1935 y Sentencias de 16 de octubre de 1940, 22 de noviembre de 1946, etc.); los que afecten a aprovechamientos forestales, caza, etc., según el artículo 2.º de dicha Ley, etc. f) Son titulares del retracto el arrendatario primitivo contratante y sus sucesores «mortis causa», conforme al artículo 4.º de la Ley de 1942 y 18 de la de 1935, ya que la subrogación engendrada por tal sucesión es integral y rechaza toda modificación automática en el arrendamiento. g) Tanto da que la transmisión determinante del retracto tenga lugar durante el plazo propiamente contractual, como que ocurra mientras transcurre la prórroga forzosa, ya que, al igual que en el supuesto anterior, no se origina ninguna variación en el complejo jurídico arrendaticio. h) No es óbice para el éxito del retracto que el arrendatario infrinja sus obligaciones legales o contractuales al ejerci-

tar la acción, pues no media nexo de reciprocidad entre ambas conductas, incluso si el colono deja de pagar la renta (Sentencia de 23 de octubre de 1946). i) En el § 4 trataremos el supuesto de que exista colisión entre varios arrendatarios respecto al ejercicio del retracto. j) Conforme al artículo 1.214 del Código civil, interpretado por las Sentencias de la Sala 1.ª de 30 de junio de 1942, 20 de febrero de 1943, 19 de febrero de 1945, etc., pesa sobre el arrendatario la carga de probar esta su cualidad. k) La mera «promesa de arrendamiento» no origina el retracto, según se deduce de las Sentencias de 11 de noviembre de 1943, 28 de marzo de 1944, 15 de junio de 1945, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1946, etc.

2.º *Subarrendatario*.—La precisa alusión por el texto legal al «arrendatario» como titular de este derecho haría superflua nuestra referencia al subarrendatario si no fuera por la facultad de conversión que a éste atribuyó la disposición adicional 3.ª de la Ley de 1942. Por ello nos limitaremos a indicar que sólo en este supuesto cabe considerarlo como titular, teniendo en cuenta que, según la Sentencia de 27 de diciembre de 1944, «en ningún precepto legal se otorga el derecho de retracto arrendaticio a los subarrendatarios, ya que los derechos reconocidos por la disposición adicional 3.ª de la Ley de 23 de julio de 1942 a favor de los subarrendatarios a que la misma se refiere, a convertirse en arrendatarios, es un derecho «in potentia» que no adquiere realidad hasta que por los mismos se ejercita el derecho que citada disposición les otorga de exigir del propietario la formalización de sus arrendamientos, y sin este requisito no puede considerárseles como tales arrendatarios y ejercitar los derechos que en este concepto les corresponda».

3.º *Aparcero*.—Nunca hemos dudado de que le correspondía el derecho de retracto si se transmite la finca que cultiva, puesto que, en realidad, la Ley de 1935 comprende en la dicción genérica de su artículo 1.º no sólo los arrendamientos propiamente dichos, sí que también las aparcerías.

El Tribunal Supremo ha dictado ya reiterada jurisprudencia estableciendo esta tesis, y así, en sus Sentencias de 3 de abril de 1944, 9 de noviembre de 1945, etc., declara que «no puede excluirse al aparcero trabajador de la facultad de retraer la tierra que labra, porque el retracto no se origina ni puede estorbarlo el sistema de contratación, sino que se funda en el derecho no gratuito a explotar temporalmente finca rústica ajena que por título oneroso cambia de dueño».

Teniendo en cuenta el principio de interpretación «más favorable» sentado al iniciar esta Exposición, parece ser que como la Ley sólo relaciona con el «arrendatario» la limitación formulada en el párrafo décimo del artículo examinado, para negar el derecho de retracto al arrendatario que además sea propietario de de-

terminada extensión de terreno, no debería afectar al aparcerero; mas considerando que en relación con éste opera también el motivo inspirador de la creación de tal medida restrictiva, no dudamos un momento en extenderla al titular de aparcería según la legislación especial. (Véase, además, lo que decimos en el apartado 1.º del § 4 sobre la posibilidad de considerar al aparcerero como cultivador «especialmente protegido».)

\* \* \*

Este aspecto personal del retracto plantea cuestión ardua consistente en precisar el momento en que se ha de ostentar el título arrendaticio para ejercitar la acción retractual, pues cabe sostener que de ella estará investido el titular que lo sea en el momento de realizarse la transmisión, o en el de ejercitarse la acción, o en el que advenga a serlo durante los plazos fijados al efecto, etc.

Si se piensa en que el hecho causante de la facultad retractual consiste en la transmisión, parece que sólo el arrendatario que entonces lo sea podrá actuar, con independencia de que continúe siéndolo o no al ejercitar la acción, pues, en otro caso, pudiera llegarse al supuesto de que el arrendador tuviera a su alcance el medio de burlar los ordenamientos legales con sólo hacer cesar el vínculo arrendaticio, además de que el «derecho» nació coetáneamente a la enajenación de la finca y la «acción» para conseguir la efectividad de aquél es simple condición accesoría. Pero desde otro punto de vista ha de considerarse que si en el momento de ejercitarse la acción no existe su título vitalizador, o sea el arrendamiento, carece de sentido la concesión del retracto.

La Sala 5.ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre la cuestión en favor de la primera tesis (Sentencias de 3 de agosto de 1939, 13 de mayo de 1940, 30 de julio de 1942, 4 de abril y 17 de mayo de 1945, etc.), aclarando especialmente el problema la de 13 de mayo de 1940 al establecer que «el artículo 16 de la Ley de 1935 no contiene concepto que autorice se entienda precisa la subsistencia del arriendo en el instante que se ejercite la facultad de retraer, pues a este instante no a'ude, sino que, naturalmente, se refiere al de surgimiento del derecho que reclama, ni cabe suponerlo condicionado a tal permanencia arrendaticia, ya que ello le supeditaría al arbitrio posible del arrendador, absurdo incompatible con su concesión, en tal caso enervada; y por tanto, aun cuando el arrendamiento hubiera llegado a término antes de la acción de retracto, ésta, mientras no haya prescrito, pervive eficazmente, no obstante aquella terminación...».

Nosotros disentimos de esta doctrina por ser formulada con carácter absoluto, pues si bien la consideramos apropiada a la hipótesis de que el arrendatario haya dejado de serlo por recabar el arrendador el cultivo de la finca, o haya ejercitado el derecho que le otorga el artículo 7.º de la Ley de 1942, etc., porque, en

otro caso, tendría a su alcance la facultad de eludir los dictados legales, la rechazamos en relación con aquellos casos en que el arrendatario haya cesado de serlo por su propia voluntad o por cualquier otra causa de extinción del contrato distinta a las antes mencionadas. O sea que cuando haya mediado propósito personal del arrendador para causar esta extinción sin que el arrendatario haya dado lugar con su conducta a ello, esta circunstancia no será obstáculo para el ejercicio del retracto, aun efectuado con posterioridad a la terminación del vínculo; al contrario de lo que sucederá si el cultivador se separó voluntariamente del mismo o provocó el desahucio, la rescisión, etc.

### § 3

4.º *Negación del retracto.*—Como este derecho tiende a crear el mayor número posible de pequeños propietarios, es lógico que, si ya concurre esta circunstancia en el arrendatario, se le niegue el ejercicio del retracto, a cuyo efecto establece la Ley que «los arrendatarios que a la vez sean propietarios de más de cien hectáreas en secano o diez en regadío en el territorio nacional no podrán ejercitar ninguno de los derechos que el presente artículo establece en favor de los colonos».

Véase, en primer lugar, que, no obstante los términos conminatorios usados en el texto transcrito cuando advierte que «no podrá» usarse referido derecho, el significado de estas palabras subrayadas no permite aceptarlas como imponentes de un mandato necesario que atraiga inexorablemente la nulidad de cualquier pacto encaminado a admitir el retracto en el supuesto previsto por el legislador, ya que sólo pretende negar este derecho como derivado y basado exclusivamente en la Ley, mas no interfiere la autonomía de estipulación una vez que autorizó a los interesados para obrar en sentido opuesto al pacto contemplado; si bien no afectará éste a los demás posibles retrayentes que se enfrenten con el colono, pues ha de considerarse aquella cláusula como «res inter alios» carente de vinculación para quienes no hayan intervenido en su otorgamiento, según el artículo 1.257 del Código civil. Por tanto, no acarrea su nulidad absoluta relacionada con lo establecido en el artículo 4.º de dicho Cuerpo legal.

La única modificación introducida en este asunto frente a las normas antiguas estriba en la restricción de que ha sido objeto el límite precluyente del retracto, pues en el texto primitivo se fijaba en trescientas hectáreas de secano o treinta de regadío, mientras que ahora se marca en diez hectáreas de esta clase o cien de aquella; advirtiendo que, de acuerdo con lo dispuesto por la Transitoria 2.ª de esta Ley reformadora, mencionada variación habrá de computarse incluso en los procedimientos en curso.

Para aplicar este ordenamiento debe tenerse presente que, con

ser muy importante la clasificación de las fincas que pueda haberse realizado a otros fines (por ejemplo: los fiscales), habrá de valorarse principalmente la realidad existente sobre el particular en el momento que después concretaremos, resultando muy interesante el informe que sobre el particular pueda emitir la respectiva Sección Agronómica si fuera necesario. Y evidente resulta que, ante el hecho de concurrir el presupuesto delimitado por el texto legal, es intrascendente la circunstancia de que el arrendatario retrayente cultive o no la tierra de su propiedad, ya que la Ley se fija tan sólo en el dominio.

El precepto alude con exclusividad al «arrendatario» como sujeto de la restricción, mas considerando que también el aparcerero está investido del derecho de retracto (véase apartado 3.º del § 2), debe orillarse esta limitación para comprender en el texto al aparcerero, ya que también concurre en él la «ratio legis» determinante del mandato que nos ocupa y no existe motivo alguno para crear excepción a su favor.

Y claro es que de prosperar nuestras opiniones sobre preferencia entre arrendatarios de diversos aprovechamientos, la exclusión del principal en méritos de este ordenamiento inviste al inferior de la acción retractual; y en el supuesto de fincas arrendadas por parcelas, aunque uno de los arrendatarios sea excluido por el mencionado motivo, no impide la actuación conjunta de los demás para retraer la finca (véase apartados a) y b) del § 6).

El único dato a computar en la valoración es la «propiedad» de la tierra perteneciente al colono o aparcerero, y, en su virtud, no opera al efecto la circunstancia de que le pertenezca cualquier extensión como censalista, usufructuario, etc., pues si se considera la finalidad perseguida por el legislador al dictar esta prescripción, se comprenderá fácilmente que sólo pensaba en el dominio pleno y absoluto al establecerla: máxime que, según es sabido, este artículo, y más aún la nueva reforma, tiende a facilitar el ejercicio del retracto por el cultivador, siendo esto lo que podemos considerar norma general, y como el mandato ahora examinado es de tipo restrictivo u odioso por introducir excepción en aquélla, debe ser interpretado restringidamente (Sentencias de 11 de marzo de 1911, 7 de noviembre de 1940, etc.).

No indica el texto cuál sea el momento computable a estos fines, o sea que no precisa la fecha en que el presunto retrayente habrá de tener la propiedad de la tierra para vedarle el ejercicio del retracto. A nuestro entender han de considerarse dos épocas distintas: la en que se realice la transmisión causante del retracto y la fecha en que se promueva la demanda. Lo primero porque, según queda expuesto (apartado 3.º de este §), aquella fecha es la computable a todos los efectos relacionados con el retracto; pero con el fin de orillar posibles conductas dolosas a través de enajenaciones reales o fingidas posteriores a dicho momento, teniendo en cuenta que la presentación de la demanda o formulación de

cualquier tipo de reclamación orientada a consumir el retracto es lo que en realidad constituye el ejercicio de este derecho, no cabe otro remedio que admitir esta segunda fecha. Por consiguiente, si al ocurrir la transmisión o al ejercitar el retracto resulta comprendido el colono o aparcerero en el texto comentado, quedará excluido de este beneficio.

La necesidad de concretar en lo posible el límite de esta norma prohibitiva obligó al legislador a marcar con precisión la cantidad de superficie valorable, y a pesar de su carácter restrictivo y excepcional atrayente de exégesis literal como hemos indicado, creemos que, aun no concurriendo exactamente aquella circunstancia, podrá aceptarse discrecionalmente por el juzgador cuando, por ejemplo, el presunto retrayente sea propietario de una extensión de tierra en regadío y secano muy próxima al límite marcado por la Ley, pues si bien resultaría excluido de su prohibición tal supuesto interpretándola literalmente, no cabe duda de que en aquél concurre el fundamento previsto por el legislador al establecer la norma, o sea su condición de pequeño propietario. Porque ¿quién podrá negar esta cualidad si el arrendatario es dueño, por ejemplo, de 99 hectáreas de secano y también lo es de nueve en regadío?

Será el Juzgador quien, obrando con discrecionalidad, habrá de resolver si por la cuantía de la propiedad conjunta de ambas categorías de terreno debe o no considerarse comprendido al colono en la norma que nos ocupa, toda vez que lo único que resulta evidente es que en relación con cada clase de tierra—secano o regadío—juega con extremada concreción el límite legal, para que por muy poco que falte o exceda del mismo, se aplique o no esta excepción.

Y también resulta manifiesto que en el supuesto de que toda o parte de la tierra perteneciente al colono esté proindivisa, sólo habrá de computarse la estricta cuota que le corresponda según las normas legales o contractuales regidoras de tal comunidad.

La prueba de esta circunstancia enervadora del retracto corresponde a quien la alegue en tal sentido, pues constituye «hecho obstativo» del «constitutivo» operante en favor del colono por virtud de esta su condición y de los dictados legales que le atribuyen el derecho de retracto. En consecuencia, le bastará con afirmar que no es propietario sobrepasando los límites marcados por la Ley, y será el obstaculizador de su pretensión, bien lo sea un retrayente preferido u otro colono cuando medie colisión de intereses entre ellos respecto al particular, quien deberá demostrar lo contrario, según se desprende del artículo 1.214 del Código civil y las Sentencias antes mencionadas.

## § 4

b) *Colisión de retrayentes.*

Se mantiene en lo esencial el antiguo ordenamiento, pues que siguen siendo preferentes sobre el retracto otorgado al arrendatario el de comuneros, el de colindantes y el gentilicio: mas con el fin de beneficiar superlativamente a los colonos que lo sean en virtud de arrendamiento «especialmente protegido», se impone cierta claudicación de tal absurda preferencia, sobre todo si la adquisición es realizada por uno de estos arrendatarios.

Por ello merece felicitación el Legislador, pero no concebimos la causa de tan formidable mediatización del retracto arrendaticio, y, menos aún, de que se haya respetado la desdichada dicción primitiva, ya que la declaración general de preferencia fué enervada con esa especie de «apostillas» creadoras de las excepciones a consecuencia de la discusión parlamentaria hasta quedar reducida en la realidad a mera entelequia, y debió aprovecharse ahora la ocasión para acomodar el texto legal al estado operante sobre el particular.

Al efecto establece la Ley que «el retracto regulado por 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 por 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 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho, el correspondiente a los comuneros en quienes concurre la circunstancia de tiempo antes expresada, y el gentilicio donde rija por precepto foral» (párrafo quinto).

«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 4.º 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 llevare en su copropiedad más de tres años» (párrafo undécimo o último).

Para comprender el actual sistema legislativo sobre la cuestión precisa distinguir, por tanto, los supuestos de que el arrendatario sea cultivador protegido o no, y dentro del primero han de separarse las hipótesis de que sea él o no quien adquiere directamente la finca.

1.º *Arrendamiento no protegido especialmente.*—Se mantiene en toda su integridad el ordenamiento antiguo, y así obtiene preferencia el retracto de comuneros cuando éstos lleven más de tres

años en la comunidad (regulado por el artículo 1.522 del Código civil); después pueden actuar los colindantes, según el artículo 1.523 de dicho Cuerpo legal, ya que el 1.524 concede prioridad a los comuneros sobre éstos; y asimismo es preferente el retracto gentilicio que tiene vigor en Aragón, Valle de Arán y Vizcaya. En último lugar puede ejercitar su derecho el arrendatario.

En el supuesto contemplado carece de trascendencia el hecho de que éste sea el adquirente de la finca, pues el párrafo undécimo del artículo que nos ocupa sólo relaciona aquél con el caso de que el arrendamiento sea especialmente protegido; de aquí que puedan dirigir la acción contra el adquirente arrendaticio los comuneros cualificados conforme al texto legal, los colindantes y los parientes.

2.º *Arrendamiento protegido.*—a) Se concede preferencia al retracto de comuneros y al gentilicio, quedando pospuestos los colindantes ante el arrendatario.

b) Si éste es el adquirente de la finca, sólo pueden ejercitar en contra suya el retracto los comuneros cualificados, según el párrafo undécimo del precepto examinado; de donde se deduce que el de colindantes y el gentilicio sólo actuará si el arrendatario no ejercita el propio.

Cuanto antecede se desprende de la comparación entre el contenido de dicho párrafo y el del quinto, pues aquél prevé la hipótesis de que un tercero distinto al arrendatario adquiera la finca y éste contemp<sup>a</sup> precisamente la contraria, o sea la de que mencionado contratante merecedor de especial protección para su arrendamiento sea el adquirente de la tierra arrendada.

La Ley relega de manera absoluta al Código civil y a las legislaciones forales la normación de los retractos concedidos a comuneros, colindantes y familiares, por cuyo motivo no entramos en su estudio, pues corresponde al Derecho común. Sólo indicaremos que dentro del procedimiento de la Norma 3.ª de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940 cabe discutir la concurrencia de cuantos requisitos viabilizan aquel derecho en tales supuestos y respecto al arrendatario conforme al precepto comentado; consistiendo la única dificultad interpretativa en concretar el momento computable para valorar si ya han transcurrido los tres años de condominio que exige la Ley para conceder preferencia a los comuneros, pues a todas luces se comprende que, a pesar de ostentar todas las condiciones necesarias al efecto según el Código, si además no sucede lo propio respecto a este requisito de tipo temporal, quedará nonnata aquella preferencia.

Dos tesis pueden mantenerse sobre el particular, ya que parecen computables la fecha de la transmisión y la en que se ejercita el retracto por el comunero. Nosotros optamos por la primera, teniendo en cuenta lo que expusimos en el § 2 sobre un

problema análogo, además de que la otra solución da lugar a posibles conductas dolosas demorando el ejercicio de la acción.

Como es lógico, la prueba de esta exigencia corresponde al comunero retrayente.

\* \* \*

Anteriormente, en el apartado 3.º del § 2, hemos expuesto nuestra conclusión afirmativa respecto a la concesión del derecho de retracto al aparcerero, y desde ahora advertimos que siempre que el texto legal alude al «colono» o al «arrendatario» en concepto de elemento personal de sus prescripciones, ha de estimarse comprendido en ellas a aquél.

Mas parece que esta norma general tiene una excepción, consistente en el mandato ahora examinado y otros idénticos formulados por la Ley cuando alude a los «arrendamientos especialmente protegidos», toda vez que, como sabemos, uno de los requisitos integrantes de este concepto consiste en la renta inferior al importe de 40 quintales métricos de trigo, y aparentemente es imposible obtener este índice en las aparcerías, por no existir merced propiamente dicha.

No obstante, ante la evidencia del propósito del Legislador para conceder el retracto al aparcerero: considerando que el motivo de esta superprotección legal estriba en la condición de pequeño cultivador, la cual ostenta también el pequeño aparcerero; teniendo en cuenta que las reglas de hermenéutica propias de la legislación social llevan a intentar el hiperfuncionamiento del retracto en la mayor cantidad posible de casos, y, como por otra parte, se truncarían los beneficios legales sin razón para ello, puesto que además se crearía injusto contraste entre los grandes y pequeños aparceros, resolviéndolo precisamente en sentido antisocial, o sea en el de empeorar la situación del más necesitado de protección, valorando cuanto antecede, decimos, se ha de mantener la tesis contraria, a cuyo efecto ha de pensarse en que el artículo 43 de la Ley de 1935 considera al propietario como cultivador directo en función «de la renta anual» de la finca dada en aparcería, y que el artículo 13 de su Reglamento del mismo año establece que «para los efectos del apartado segundo del artículo cuarenta y tres de la Ley, se reputará como renta de la finca o aprovechamiento dado en aparcería el importe de la producción total de los mismos». Por consiguiente, aplicando estas normas legales analógicamente al caso que nos ocupa, pues a ello obliga las consideraciones acabadas de efectuar, se llega a la conclusión de que es posible conocer «mutatis mutandis» la renta correspondiente al aparcerero en función de la cuota proporcional que se le atribuya en esta producción total obtenible como promedio, teniendo en cuenta las circunstancias de la finca, su cultivo y aprovechamiento, el rendimiento de varios años, etc., máxime que el apartado tercero del citado ar-

título cuarenta y tres de la Ley, el cuarenta y cinco y cuarenta y seis de la misma y los catorce, quince y dieciséis del Reglamento permiten saber con exactitud las aportaciones de los interesados y la proporción en la distribución de los frutos.

Nos damos cuenta de que para mantener esta tesis forzamos algo los textos legales, pero todo lo justifica la manifiesta voluntad del Legislador, a fin de no dejar sin protección al aparcerero precisamente en los casos cuya específica contemplación, por lo merecedores de superamparo, le llevó a dictar la Ley reformadora.

Para ser merecedor de esta superprotección se requiere que el cultivador lo sea a virtud de arrendamiento comprendido en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942, y este artículo establece que «los preceptos de esta Ley, relativos a arriendos cuya renta anual venga regulada por una cantidad de trigo que no exceda de cuarenta quintales métricos anuales, se entenderán siempre referidos a aquellas explotaciones en que, además de concurrir la cuantía de renta expresada, el cultivo se realice por el arrendatario de modo directo y personal; por consiguiente, no serán aplicables los beneficios señalados a dichos arrendamientos cuando no concurren simultáneamente las expresadas características de cuantía y forma de explotación».

Debemos indicar, en relación con los diversos supuestos de transmisión que pueden plantearse, lo siguiente: a) Cuando se trate de retraer una finca cedida en parcelas y actúen conjuntamente los arrendatarios, la renta computable a estos fines se obtendrá individualmente en función de cada uno, ya que en realidad son contratos distintos, aunque afecten a una finca con unidad física o material. De aquí se deduce que es posible actúe la preferencia sobre determinados colonos y que no lo haga respecto a otros, dividiéndose, por tanto, la finca; mas ha de pensarse en que lo mismo sucedería si en definitiva prosperan los retractos de todos los colonos, porque ya advierte la Ley que cada uno adquiere la propiedad de su respectiva parcela. Verdad es que a primera vista parece deberían unificarse las rentas abonadas por los retrayentes para saber cómo actuará la preferencia en vista del resultado total obtenido, pero nótese que, en realidad, cada uno opera en su exclusivo provecho; que la Ley alude constantemente al índice personal de quien actúe como retrayente y que la «ratio legis» concurre en cada uno de estos considerados separadamente. b) En el supuesto de que sólo accione un colono y la finca esté arrendada a varios por parcelas, o cuando se hayan arrendado separadamente los diversos aprovechamientos, ha de considerarse que, interpretado en su sentido literal el texto examinado, parece debe prescindirse también de la conjunción de rentas, pues que sólo se relaciona la dicción legal con la abonada por el arrendatario retrayente; mas téngase en cuenta que de aceptar esta interpretación gramatical quedaría desconocido el espíritu de la nueva norma, ya que con el retracto no se crearía necesariamente un pequeño propieta-

rio, sino que sería posible surgiera un terrateniente por subrogarse íntegramente el arrendatario en la propiedad de toda la finca ; sin olvidar, por otra parte, que con dicha tesis nacería la fácil posibilidad de conductas dolosas, orientadas a que figurase como retrayente el colono que lo fuera a virtud de arrendamiento especialmente protegido, a fin de orillar la preferencia de los demás sujetos del retracto. Lo que sucede es que conforme a la voluntad del Legislador, inspiradora de estas prescripciones, la preferencia de colindantes y parientes no alcanza a privar de su propiedad adquirida directamente o mediante retracto al colono vinculado por contrato cualificado para su protección, pues, como antes hemos indicado, la Ley alude a este índice personal para aumentar su beneficio, si bien se creará el estado de divisibilidad de la finca anteriormente contemplado. c) Carece de trascendencia el hecho de que el arrendatario retrayente lo sea también de fincas pertenecientes a otras personas y que sean enajenadas o no con la retraída, cuya renta total sobrepase el importe de cuarenta quintales métricos de trigo, pues la valoración del índice rentístico a los fines interesados ha de realizarse en exclusiva relación con la finca que pretende retraer, incluso si varias están comprendidas en el arrendamiento conjunto y se enajena tan sólo una de ellas, ya que el índice se obtendrá distribuyendo la renta total entre todas para así conocer la apropiada de aquella finca. En caso contrario se burlarían fácilmente los derechos del colono, pero no debemos ocultar que la Sentencia de la Sala 5.ª, de 28 de noviembre de 1940, parece mantener tesis opuesta.

Evidentemente, resulta que cada interesado en el retracto que se considere preferido frente a los demás titulares, puede negar esta titularidad a los otros, aunque hayan obtenido sentencia judicial favorable o reconocimiento de su preferencia por otros presupuestos retrayentes, ya que tanto la sentencia como este pacto son «res inter alios» en relación con el titular que no haya intervenido como parte en el litigio o acuerdo ; cabiéndole impugnar, además, la concurrencia de los requisitos que la Ley especial, Código civil o la Legislación foral exigen para viabilizar el retracto : bien entendido, respecto a los arrendatarios, que sólo está legitimado activamente en este sentido el que sea preferente según la Ley (como sucede, por ejemplo, en el caso de que los diversos aprovechamientos de la finca estén arrendados a varias personas), y que los demás carecen de interés en el asunto por haber claudicado ante el principal.

En razón al carácter real de la acción de retracto, la demanda de preferencia ha de dirigirse contra el actual adquirente o propietario y sus antecesores, pues, como decimos en el § 5, no es lícito rescindir las anteriores enajenaciones sin haber oído y vencido a los interesados, máxime que resulta también manifiesto que, a consecuencia de este carácter real, quedarán anuladas o rescindidas tales transmisiones intermedias y última aunque hayan sido

inscritas en el Registro de la Propiedad, pues el artículo 37 de la vigente Ley Hipotecaria establece que «las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior... Tercero. Las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen...».

El arrendamiento no se extingue porque caudique la adquisición del arrendatario frente a otro retrayente, tanto si aquella adquisición fué directa (párrafo undécimo del texto) como si se realizó a través del retracto. Ciertamente es que una de las formas de extinguirse todas las obligaciones y, por tanto, el arrendamiento, consiste en la consolidación del crédito y deuda en la misma persona, o sea en el hecho de que el arrendatario adquiera la propiedad de la finca (causa segunda del artículo 24 de la Ley de 1935), pareciendo así que será motivo bastante para crear dicha extinción la circunstancia de que esta consolidación ocurra momentáneamente. Mas, por otra parte, ha de considerarse que la preferencia otorgada a los diversos retractos crea en realidad una condición resolutoria tácita afectante a las adquisiciones y que consiste en la expectativa de que otro titular preferente actúe contra el adquirente actual, pues al quedar anulada esta adquisición desaparecen integralmente sus efectos a fin de que renazca el estado jurídico existente antes de llevarse a cabo; por tanto, no queda extinguido el arrendamiento aunque el arrendatario sea vencido por un retrayente preferido, y, en consecuencia, no se viabiliza «per se» su desahucio. La propia Ley, en la Disposición transitoria primera, indica tácitamente, pero con gran claridad, la corrección de esta tesis, al suspender la posibilidad de recabar el cultivo directo y personal en los supuestos contemplados, y ello es debido, como se comprende fácilmente, a la subsistencia del arrendamiento.

Tanto los arrendatarios como los demás titulares del retracto han de hacer valer esta preferencia en el procedimiento de la Norma 3.ª de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940, ya que la amplia dicción de su párrafo primero obliga a considerar estos trámites como apropiados, por cuanto que se trata de aplicar y ejecutar un precepto de la Legislación especial.

Mas véase que el Código define y limita el retracto legal en su artículo 1.521, diciendo que es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa «por compra o dación en pago», y estas últimas palabras parecen excluir la posibilidad de que proceda su ejercicio en negocios jurídicos distintos a los que se mencionan, según lo ha interpretado la Jurisprudencia al aceptarlas en sentido limitado hasta llegar a la negación de aquel derecho en las permutas.

No es misión nuestra decidirnos por cualquiera de las interpretaciones formuladas, pero teniendo en cuenta el catálogo de negocios jurídicos que luego hemos de formular como aptos para en-

gendar la acción retractual y la manifiesta imposibilidad de subsumir alguno de ellos en la dicción del Código—al menos, según la interpretación jurisprudencial—, surge el problema que impropia-mente pudiera titularse de «preferencia entre el derecho de retracto otorgado a comuneros, colindantes y parientes y el atribuido al arrendatario»; y decimos que tal denominación es impropia, porque la cuestión queda reducida a que judicialmente se establezca si ha lugar o no al retracto en virtud del negocio cuya inclusión en el ámbito del artículo 1.521 se discute, pues resuelta negativamente, entra en acción el derecho del arrendatario sin trabas de ninguna clase.

Pero hay otra faceta del problema—íntimamente relacionada con la anterior—, encaminada a fijar cuál sea la duración de esta acción en el supuesto de que aquéllos se consideren con derecho preferente sobre éste para retraer la finca, y a precisar las reglas de su actuación. Creemos que la solución más ajustada a la correcta técnica procesal es la de que habrán de accionar judicialmente, aun haciéndolo con simultaneidad, cuantos se consideren titulares del retracto, hasta obtener Sentencia en cada uno de los litigios, y resueltos que sean todos, se decidirá la duda en favor del que siendo preferente conforme a la Ley, haya obtenido sentencia favorable, sin olvidar la posibilidad de acumular los autos conforme a lo indicado en las Causas 2.ª y 5.ª del artículo 161 de la Ley procesal, esta última relación con el caso 6.º del artículo 162.

Ciertamente que en la mayoría de los casos serán superfluos los juicios seguidos por los presuntos retrayentes pospuestos en la Ley, mas no vemos otro remedio para evitarlo que pedir la suspensión de aquellos en que sean parte (obrando de acuerdo con el adquirente demandado) hasta la resolución del litigio en que intervenga el supuesto retrayente preferido.

Asimismo, podrá crear inconvenientes la falta de intervención de todos ellos en el pleito que decida la cuestión, pues que ha de operar posiblemente la excepción de cosa juzgada según hemos indicado; pero creemos que la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo abre camino a la facultad de hacerles intervenir en el litigio y que, además, esta doctrina jurisprudencial sobre dicha excepción permitirá surtir efectos amplios a la sentencia en determinados casos, aun cuando no exista identidad absoluta de personas, si bien no sucederá así generalmente, porque se impone el nuevo examen de los hechos.

Pensando en los arrendatarios, ya que nuestro trabajo se relaciona con arrendamientos, les aconsejamos que provoquen la actuación procesal de comuneros, colindantes y parientes, haciéndoles saber detalladamente lo que a ellos se les haya notificado en relación con la transmisión, pues la mayor duración del plazo que esta Ley concede al colono en relación con el marcado para que aquéllos actúen retractualmente les permitirá obtener pro-

babilidades de éxito al excluir la posibilidad de que los otros retrayentes «in potentia» aleguen una de las raíces del apropiado plazo, o sea la inexistencia de conocimiento sobre la transmisión, y transcurrido que sea el de nueve días sin que accionen, el arrendatario tendrá expedito el camino para adquirir la finca arrendada, al menos respecto a comuneros y colindantes.

Terminamos esta Exposición formulando las siguientes indicaciones: 1.ª) Cuando por cualquier causa no concurren los requisitos señalados en Derecho común para que operen los retractos preferentes, surgirá el del arrendatario, ya que la «preferencia» no significa «derogación», permaneciendo latente a resultas de la actuación de los otros titulares. 2.ª) Según los artículos 4.º y 1.255 del Código civil, es admisible la renuncia que aquéllos puedan hacer de su derecho de retracto, en cuyo caso surgirá con plena efectividad el del arrendatario, pues la Ley sólo les concede preferencia presupuesta su viabilidad. 3.ª) El incumplimiento por los demás retrayentes de los requisitos establecidos en el artículo 1.618 de la Ley procesal acarrea la desestimación de la demanda y vitaliza el derecho del arrendatario, porque su mediatización no sólo requiere el simple ejercicio de la acción, sino el éxito o consumación del retracto. 4.ª) Al estudiar el artículo 17 veremos que la infracción de sus mandatos atrae la nulidad absoluta de la transmisión ilegal, estando legitimado para reclamarla los retrayentes pospuestos. 5.ª) Esta doctrina es íntegramente aplicable a la violación del compromiso que, según el apartado 5.º del artículo 1.618 de dicha Ley, ha de asumir el retrayente comunero en su demanda de retracto, por cuanto que el artículo 1.630 declara en tal caso nula dicha transmisión de la cosa retraída.

## § 5

### c) *Titular pasivo.*

El carácter real de la acción de retracto impone dirigirla contra el primitivo adquirente de las fincas y contra los posteriores, pues todos están legitimados pasivamente en virtud del interés que para ellos tiene la pretendida rescisión de sus adquisiciones a consecuencia del retracto si prospera.

De acuerdo con la sustitución del transmitente por el adquirente establecida en el artículo 1.511 del Código civil, ha declarado la Jurisprudencia que «mientras subsistan las acciones de retracto, las sucesivas enajenaciones hechas por el comprador quedan sujetas a la resolutoria de aquel derecho, aunque para perjudicar a posteriores adquirentes se necesita que hayan sido demandados y citados para ser oídos en el pleito» (Sentencias de 13 de marzo y 14 de mayo de 1912, 7 de mayo de 1927, 6 de mayo de 1931, etc.). «Para que proceda el retracto en el caso de ven-

ta a pacto de retro, o en el de ventas sucesivas entre los mismos contratantes, es preciso que la acción se dirija contra los dos» (Sentencias de 10 de mayo de 1904, 8 de junio de 1906, 14 de mayo de 1912, etc.); pero esta doctrina sólo es aplicable al caso en que el demandante tiene conocimiento de la segunda venta concertada entre el demandado y una tercera persona, pero no cuando el retrayente ignora durante todo el período expositivo del juicio la existencia de esta segunda venta, por no haber ya entonces términos hábiles procesales para dirigir la acción contra ambos compradores» (Sentencia de 7 de mayo de 1916); añadiendo la de 11 de octubre de 1905, que «la demanda de retracto debe dirigirse contra vendedor y comprador, infringiendo el artículo 1.521 la sentencia que condena a aquél a recibir el precio del retrayente y a que le entregue la finca cuando ésta no se encuentra ya en su poder».

Por su parte, la Sala 5.<sup>a</sup> ha establecido, en Sentencia de 16 de junio de 1947, que «la tesis que se mantiene durante la revisión y que se refiere a la necesidad ineludible, para el éxito de la acción de retracto arrendaticio, de demandar no sólo al comprador de la finca arrendada, sino también al vendedor, pretende fundamentarse en la errónea interpretación que se atribuye a la Sala sentenciadora de los artículos 16 de la Ley de 1935 y 1.521 del Código civil. Precisamente porque dicho artículo 16 otorga al arrendatario el derecho de subrogar al adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, este modo de expresión delimita bien claramente cuáles son los sujetos de este negocio jurídico, o sea, de una parte, el arrendatario que ejercita la acción, y de otra, el adquirente de la finca arrendada contra quien se dirige y sólo respecto del cual se resuelve su derecho como comprador por imperativo del citado artículo 16..., pero en nada afecta a los derechos del vendedor, los cuales permanecen inalterables con arreglo al contrato de transmisión». La Sentencia de 11 de noviembre de 1947 establece que «siendo el retracto legal el derecho a resolver una adquisición por compra, subrogándose el retrayente en lugar del adquirente, la acción ha de dirigirse contra este último, sin perjuicio de que se amplíe a los adquirentes posteriores a fin de que consientan aquella subrogación, como si la cosa no hubiera salido del patrimonio del primer adquirente o retraído».

La cuestión origina nuevas derivaciones en la hipótesis de que el adquirente inscriba la transmisión en el Registro de la Propiedad o en la de que también lo hagan los sucesivos titulares de la finca que la adquirieron del primitivo comprador, ya que, a pesar de la inscripción y aun cuando no conste en el Registro la condición resolutoria que afecta a aquél en mérito del ordenamiento comentado, podrá accionarse contra ellos, pues por mandato del artículo 37 de la vigente Ley Hipotecaria, no están inmunizados de las acciones de retracto legal.

## § 6

## 2.º) ELEMENTO REAL.

Según la Ley, el retracto se viabiliza por la transmisión de «finca rústica arrendada; de porción determinada o de participación indivisa de la misma»; manteniéndose, por tanto, íntegramente la redacción del texto primitivo, si bien son regulados después varios supuestos que sólo en parte fueron previstos por éste.

Anteriormente hemos explicado ya que en el concepto «arrendamiento», usado con exclusividad por el Legislador en este precepto, ha de comprenderse también la «aparcería»; de aquí que sólo interesa completar lo que debe entenderse por «finca rústica» a estos efectos, pues tal es la premisa básica desde el punto de vista ahora tratado, según declara la Sala 5.ª del Tribunal Supremo en Sentencias de 11 y 14 de diciembre de 1945.

Pero antes debemos resaltar que en estos ordenamientos encajan las fincas de aprovechamiento agrícola y pecuario, ya que la Ley no distingue sobre el particular, y que incluso la enajenación de la casa dedicada a vivienda del colono podrá seguramente originar el derecho comentado, siempre que se acredite forma parte de la finca. Asimismo destacamos que, por la naturaleza social y «necesaria» de estas normas, claudicará la calificación que los interesados atribuyan a la finca frente a su realidad objetiva, pues en otro caso tendrían a su alcance la facultad de infringirlas, contrariando lo ordenado en el artículo primero de la Ley de 1935, con sólo variar injustificadamente dicha catalogación rústica.

No existe definición específica de «finca rústica», y sólo en parte se crea concepto de lo «urbano» en los artículos 1.º y 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, limitándose la Ley agraria a formular ciertas explicaciones sobre el carácter «rústico» en el artículo 2.º de la Ley de 1935, complementado por el 1.º del Reglamento del mismo año.

Al efecto se han utilizado doctrinalmente los índices de situación del inmueble, naturaleza, destino, relación de accesoriedad o preferencia respecto a otras fincas, declaraciones del Registro de la Propiedad, del Registro Fiscal, de los Amillaramientos y Catastros, etc.: pero el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros han rechazado, por lo general, cualquiera de estos criterios exclusivistas, aceptando el combinado de su situación, destino y relación de accesoriedad: y así, en Sentencia de 8 de mayo de 1944, se declara que «si se toma como punto de partida el artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935—fuente legal la más directa—, completada por disposiciones referentes a la institución del Catastro; por declaraciones jurisprudenciales de esta Sala, singularmente en materia de retracto de colindantes; por Resoluciones de la Dirección de los Registros, y por la doctrina ju-

risprudencial, se puede llegar a la conclusión de que el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano: 1.º Por su situación o emplazamiento en el campo o en la población; 2.º Por el aprovechamiento o destino—explotación agrícola, pecuaria o forestal frente a vivienda, industria o comercio—, y 3.º Por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ellos exista como principal el uno y accesorio el otro».

Finalmente, debemos advertir la conveniencia de que se consideren detenidamente las normas del artículo 2.º de la Ley de 1935 y, en especial, el contenido del artículo 3.º de la citada Ley de Arrendamientos Urbanos, por ser muy transcendental y de frecuente aplicación la presunción que establece respecto a lo «rústico».

Después de la declaración genérica acabada de tratar, establece la Ley varios supuestos que seguidamente explicaremos.

#### a) *Finca arrendada por parcelas.*

Se mantiene la redacción del texto antiguo declarando que «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»; mas con el fin de evitar los inconvenientes que poníamos de manifiesto en nuestro TRATADO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, ya que al parecer bastaba la negativa o pasividad de un arrendatario para hacer inoperante el retracto, se acepta la indicación que formulá-bamos, a cuyo efecto sigue ordenando el Legislador que «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 ejercitar la acción, pero refiriéndola 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 proponga 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».

Nótese lo siguiente: 1.º Aun cuando el texto alude «al arrendatario» y al «arrendamiento», también han de comprenderse en sus dictados al «aparcerero» y a la «aparcería» (véase apartado 3.º del § 2). 2.º En el supuesto contemplado, la colindancia ha de relacionarse con toda la finca a efectos del retracto concedido a los colindantes, pues la división de explotación y de aprovechamiento no hace desaparecer la unidad material, física y jurídica de aquella. 3.º En el § 4 explicamos cómo ha de realizarse en el

caso tratado la computación de rentas para relacionarla con cualquier ordenamiento legal que aluda a los contratos especialmente protegidos. 4.º La palabra «venta» ha de considerarse sinónima de «transmisión a título oneroso», según queda explicado. 5.º Si en lugar de transmitirse la «totalidad» de la finca, solamente se enajena una parcela o porción, será inaplicable la limitación que ahora examinamos, y el arrendatario que la disfrute podrá actuar individualmente, pues la actuación conjunta tan sólo es impuesta en el caso de enajenación por transmisión integral. 6.º La expresión «una finca» obliga a establecer, a efectos del ordenamiento estudiado, que es indispensable conste claramente en los contratos que aquélla se arrienda como unidad, aunque se distribuya en parcelas, o sea, que el contrato se estipuló teniendo en cuenta su integridad. De manera es que si se demuestra (o el opositor al retracto no prueba lo contrario) que el arriendo fué de determinada parcela, con independencia de las demás que integran la finca, este arrendatario tiene acción para retraer separadamente la porción que le fué arrendada. 7.º El arrendamiento ha de ser «nominatim» por parcelas, no actuando el mandato legal en la hipótesis de cesión global de finca a varios arrendatarios, para que entre ellos hagan la distribución en la forma que estimen conveniente, según explicaremos después. 8.º Concurriendo el requisito que acabamos de precisar, resulta intrascendente que la cesión se haga en uno o varios contratos. 9.º Esta traba de actuación conjunta ha de ser interpretada restrictivamente, con el fin de crear en lo posible el ejercicio del derecho retractual.

No cabe constreñir a ningún arrendatario o aparcerero (también opera referido derecho en la hipótesis de que la finca se haya cedido simultáneamente en ambas modalidades contractuales) a que ejercite el retracto o deje de hacerlo, sin que, por otra parte, se haya de guardar ningún orden jerárquico en dicho ejercicio, a pesar de que debería concederse cierta prioridad o beneficio al cultivador más pequeño.

Ahora bien, si actúan todos los interesados, no surge ninguna cuestión respecto a la distribución de la finca retraída, porque ya advierte el texto que cada uno adquiere la parcela que lleve arrendada: pero si por no retraer conjuntamente accionan unos, supliendo la pasividad de los otros, ¿cómo se realizará tal distribución? A nuestro juicio, ha de aplicarse análogicamente el artículo 1.522 del Código civil (declara que «cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común»), pues, por un lado, sabemos que el Código actúa siempre como legislación supletoria de la especial y, por otro, no cabe duda de que entre los arrendatarios existe desde el primer momento una comunidad de derecho retractual que después, cuando se ha consumado por la adquisición de la finca, se traduce en copropiedad real.

Cuando no exista acuerdo unánime para retraer, y con inde-

pendencia de la causa que impida esa actuación conjunta (ha de equiparse al supuesto expresamente previsto por la Ley—propiedad de determinada extensión de terreno comprendida en el párrafo séptimo de este artículo—cualquier otro motivo excluyente de la unanimidad), podrán retraer la finca los que así lo deseen, siempre que actúen sobre toda ella y cumplan la obligación de reintegro y reembolso respecto a la totalidad del precio, gastos y abonos, pero los actores han de llevar cuando menos la mitad de la finca en arrendamiento (o en aparcería o en ambas cosas a la vez, según explicábamos anteriormente); por tanto, resultaba intrascendente la cuantía rentística correspondiente a los actores y a los demás arrendatarios que permanecen pasivos, y sólo cuenta la extensión geográfica; de la misma manera que en el caso de que ejercite el retracto un Grupo sindical, sólo ha de computarse el número de sus integrantes, sea cual fuere la importancia del arrendamiento de los actores y la extensión de la finca que cultiven.

No fija la Ley el momento en cuya relación han de ser valoradas éstas exigencias, pero de acuerdo con lo que expusimos en el § 2, creemos que la única fecha computable es la en que se realice la transmisión, por ser generalmente la determinante del retracto.

El Tribunal Supremo ha declarado, en relación con la hipótesis examinada, que «teniendo en cuenta que antes de contestarse la demanda, a petición de una de las partes se la tuvo por desistida a virtud de su renuncia al derecho de retracto que le correspondía, con cuyo desestimiento expresó su voluntad de no querer continuar el ejercicio de la acción comenzado con la presentación de la demanda, cuyo ejercicio termina para aquélla al tenerla por desistida, no puede sostenerse en sanos principios procesales que la demandante requerida ejercitó la acción que ha abandonado, y si falta ese ejercicio de la acción, falta el cumplimiento del requisito del ejercicio conjunto de la acción de retracto por todos los arrendatarios (Sentencia de 8 de marzo de 1942). «Cuando se impone el ejercicio del derecho de retracto conjuntamente por todos los arrendatarios, se proclama la necesidad de una reunión de interesados, conforme a los que asista el mismo derecho que han de practicar al propio tiempo, ya que el imperativo lo exige, y no cumpliéndolo perecería la individual acción... Que en el caso se haya constituido sociedad al dicho propósito por todos los llevadores en sus respectivas porciones, y que por el mandato que en sí lleva el representante pida para aquéllos, está de pleno acuerdo para el propósito legal» (Sentencia de 3 de abril de 1945). «A los efectos del cómputo de plazo, el conocimiento de la transmisión sólo debe ser tenido en cuenta, tratándose del ejercicio de acción de retracto que deban entablar todos los arrendatarios o aparceros de finca, cuando también todos y cada uno de ellos conste que conocieron la venta con todos los detalles esenciales de la misma» (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). «El dictamen pericial que

figura en los autos, señala el modo como a medio de estacas, alambre y seto vivo hay delimitación de zonas en la finca objeto de estudio, mas de ningún modo afirma la realidad de división del inmueble para constituir cada fracción una segregada..., y si la finca se halla arrendada parcelariamente, mas no fraccionada la unidad dominical del inmueble, esta unidad, concurrente con la pluralidad arrendaticia, forman el supuesto del modo de retraer... (que nos ocupa), para exigir el concurso demandante de todos los interesados» (Sentencia de 31 de enero de 1947). «Sin lugar a duda, el párrafo penúltimo del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 (equivalente al ahora tratado), distingue dos supuestos para resolverlos con la misma aspiración; son aquéllos: primero, finca material y jurídicamente una, arrendada parcelariamente a diversos arrendatarios para que cada cual explote y aproveche exclusivamente la producción íntegra de la suerte de que sea arrendatario el titular; segundo, finca con igual carácter unitario, arrendada a diversos arrendatarios para que cada uno explote y beneficie íntegramente uno o varios—nunca todos—de los varios aprovechamientos de que aquélla sea susceptible, percibiendo la integridad de la producción del inmueble que corresponda a la índole del aprovechamiento arrendado... Para el primer supuesto, ordena el comentado párrafo séptimo del artículo 16 (texto antiguo), la unidad de reclamación hecha conjuntamente por todos los arrendatarios; para el segundo, otorga la facultad de retraer al arrendatario del aprovechamiento principal. Dedúcese de ello que no es posible confundir, bajo ningún concepto, ni los hechos ni el derecho que los regula, porque el aprovechamiento de todos los productos de una parcela es hecho distinto e incompatible con el de alguno tan sólo de los aprovechamientos de toda la heredad y, por tanto, imposible que en derecho pueda aplicarse solución igual a hechos heterogéneos cuando tal heterogeneidad se tuvo en cuenta para regularla de modo distinto... En la indicada confusión inciden el razonamiento y fallo de él deducido que se contiene en la sentencia recurrida. Olvida ésta que, habiendo estimado cierto que la finca objeto del retracto se halla arrendada en porciones determinadas a titulares distintos, no es posible—sin vulnerar rotunda y claramente el primer supuesto del párrafo séptimo del artículo 16 de la Ley de 1935 (el mismo que ahora tratamos)—acceder a la pretensión retractual de uno de los parcelarios, sin que tal pretensión relativa a toda la finca sea conjunta con los demás coarrendatarios, también parcelarios, y nunca si repetida pretensión tiene por objeto tan sólo la parcela arrendada por el demandante del retracto; y, por último, como contrario al segundo de los supuestos del repetido precepto y norma legal para él dictada, ha de rechazarse la tesis nacida del aludido confusionismo, según la cual cabe que un arrendatario de parcela sea preferido a otro parcelario, o quede exento de actuar conjuntamente con él, en razón a la mayor intensidad o volumen de

«cultivo principal», confusión sin duda radicada en el concepto erróneo de lo que ha de entenderse por arrendatario parcelario y arrendatario de aprovechamientos limitados a que atrás se aludió... La tesis sostenida en la sentencia de instancia, según la cual, lo mandado en el primer inciso del párrafo séptimo (texto antiguo), sólo tiene aplicación en el caso de «haberse otorgado un arrendamiento colectivo a varias personas de toda una finca, con unidad agraria de explotación, aun que parcelándola a efectos de concretar cada arrendatario su respectivo disfrute», «carece de fundamento, pues el texto legal, ni en sí ni en su relación con el párrafo primero del mismo artículo, autorizan tal criterio, y por el contrario, a él se opone, como queda razonado» (Sentencia de 23 de enero de 1948). «Como en el caso actual no se trata de una sola finca, dividida en parcelas, sino de varias fincas perfectamente individualizadas... y fueron arrendadas en su conjunto, y todas también se retraen en su totalidad por los demandantes que han consignado el total importe de todas ellas, figurado en el documento de su transmisión, bien claro resulta que no se está en el caso de excepción del párrafo penúltimo (texto antiguo) del artículo 16 de la Ley de 1935, que no admite interpretaciones extensivas contrariantes del espíritu que informó el establecimiento de este retracto arrendaticio para dar acceso al arrendatario a la propiedad de la tierra que cultiva» (Sentencia de 28 de mayo de 1948). «Está comprendido en este supuesto el caso de que sea vendida una finca independiente que se encontraba arrendada en porciones separadas y diversas a distintas personas, y para su pleno efecto, exigente de que no tenga lugar el retracto más que cuando fueran retrayentes todos los parcelarios, aun cuando sólo fuere para cada uno la parcela que llevara, no importa que fueran varios compradores ni que éstos se dividieren la finca constituyendo otras...» (Sentencia de 21 de junio de 1948).

(Véase también lo que decimos sobre las Sentencias de 2 de diciembre de 1941 en el apartado c), y respecto a la de 17 de marzo de 1945 en el apartado d), ambos de este §.)

b) *Finca cedida en arriendo según sus diversos aprovechamientos.*

La Reforma ha respetado el ordenamiento antiguo, declarando que «cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos, cedidos a diferentes arrendatarios, el retracto corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal».

Como ya hemos explicado anteriormente la forma en que han de computarse las rentas en el supuesto que ahora nos ocupa, sólo nos queda por indicar que la alusión al aprovechamiento «principal» tanto puede referirse al agrícola o pecuario en fincas de aprovechamiento mixto, como a cualquiera de ellos, en relación

con los secundarios que mencionan varios artículos de la Ley—montaneras, rastrojeras, caza, etc.—; mas nos parece que por no considerarlos aquélla como verdaderos arrendamientos—apartado tercero del artículo 4.º de la Ley de 1935—, aunque realmente lo sean, e imponerse la calificación legal a las partes, el texto solamente se ha de relacionar con la hipótesis de que la finca sea susceptible de simultáneo aprovechamiento agrícola y ganadero.

La interpretación literal priva de la posibilidad de ejercitar este derecho al coarrendatario que no lo sea del principal aprovechamiento. Expresamente se remarca que «sólo» podrá utilizarlo el de este último, pero la equidad conduce a solución contraria a fin de aceptar el ordenamiento legal como indicador de «preferencia» y no de «exclusividad», ya que en el caso contrario no parece existir motivo alguno para privar del beneficio retractual a un arrendatario porque la importancia de su aprovechamiento se diferencie en escasa cuantía económica respecto al principal. Bien está que éste sea preferente, pero si su titular no quiere o no puede retraer la finca, ¿por qué se ha de impedir hacerlo a otro arrendatario, tan digno de protección como el renunciante? Si se tratara de aprovechamientos principales—agrícola o ganadero—y secundarios—casa, montaneras, etc.—sería justo y lógico el mandato legal, que sin duda alguna interpretaríamos como indicador de «exclusividad» en favor del titular del primero, pero habiendo precisado anteriormente el significado de la dicción usada por el Legislador, estas consideraciones podrán servir para sostener que únicamente se estatuye preferencia del aprovechamiento «principal» frente al «menos importante».

De cuanto antecede se deduce la posibilidad de que la obligación de notificar la transmisión al arrendatario se estime cumplida correctamente aun haciéndola saber solamente al del aprovechamiento principal, si bien nos permitimos aconsejar que se realice en relación con todos, para no prejuzgar la posible discrepancia, al menos en los que tal característica no es muy evidente.

Puede suceder que aun ocurriendo el supuesto contemplado, los aprovechamientos hayan sido arrendados por parcelas de terreno, en cuyo caso, como no existe razón alguna para dejar de aplicar las normas legales reguladoras de esta última hipótesis, creemos que han de jugarse a fin de determinar la forma en que se llevará a cabo el retracto por el arrendatario o arrendatarios que en definitiva lo ejerciten, pero no debemos ocultar que el Tribunal Supremo parece mantener lo contrario en la Sentencia de 23 de enero de 1948, acabada de transcribir.

### c) *Finca arrendada sólo en parte.*

El texto primitivo del precepto examinado dejaba sin regular este caso, y por ello lo hace la Reforma estableciendo prescripciones completamente nuevas, las cuales habrán de tenerse en

cuenta incluso en relación con los litigios que estuvieran en tramitación el día en que aquélla se publicó, conforme a su Disposición transitoria segunda.

Declara el nuevo texto que «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 a virtud de contrato comprendido en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942. A tal efecto, el documento en que sea formalizada la transmisión a título oneroso de la finca, deberá especificar la cantidad que del total importe del precio correspondiente 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».

Anteriormente llegó al Tribunal Supremo un recurso en que todos los cultivadores arrendaticios de la finca ejercitaban el retracto no obstante la existencia de determinadas parcelas de tierra sin arrendar, estableciendo, en Sentencia de 2 de diciembre de 1941, que «el hecho no discutido y aceptado incluso por el Tribunal «a quo», de que la acción de retracto ha sido ejercitada conjuntamente por todos los arrendatarios y aparceros de la finca vendida, llena cumplidamente la exigencia del párrafo sexto (texto antiguo) de este artículo, porque si la enajenación comprende la totalidad del predio, la circunstancia de que dentro de él existir pequeñas porciones de terreno yermo y bosque no dados en explotación a título arrendaticio, no quiebra la unidad orgánica que la finca constituye, que se retrae íntegramente, y también por entero se paga el precio de la misma en su totalidad, ya que entenderlo de otro modo haría por completo ineficaz el derecho de retracto con sólo que el propietario de fincas de esta clase dejara sin arrendar una pequeña parcela de la misma».

Actualmente queda aclarada la cuestión en mérito de los ordenamientos legales antes transcritos, por cuya razón estimamos inadecuada esta doctrina legal, pues que en lo sucesivo sólo podrán retraer los cultivadores aquella superficie arrendada, si bien nos complacería verla mantenida en el caso que trataremos en la indicación 5.ª de este apartado.

La claridad del texto elude todo intento de comentarlo detalladamente y, por tanto, nos limitamos a hacer las siguientes indicaciones: 1.ª) En relación con los arrendatarios de la parte arrendada, operan libremente las normas legales sobre distribución del arrendamiento por parcelas o según los distintos aprovechamientos de que sea susceptible la finca. 2.ª) Lo arrendado ha de ser una «parte» de ésta, manteniéndose, por tanto, su unidad jurídica y topográfica, pues si así no fuera y, en realidad, lo arrendado

también estuviera disgregado respecto a su propiedad, no entrarán en acción estas normas y operarán las genéricas con relación a esta verdadera, real y exclusiva «finca». 3.º) Respecto al aparcerero «especialmente protegido», véase lo que decimos en el § 4. 4.º) Nuevamente ha de tenerse en cuenta lo que dijimos en el mismo § sobre el concepto y efectos de los arrendamientos especialmente protegidos. 5.º) Ante la taxativa restricción impuesta por la Ley, no queda otro remedio que sentar la premisa de que no podrán retraer la porción de finca el arrendatario o arrendatarios que no lo sean a virtud de dichos contratos. No podemos por menos de expresar nuestra más profunda repulsa hacia esta norma, pues ahora resultará sumamente fácil burlar el retracto del arrendatario no protegido con sólo dejar de arrendarle alguna parte de la finca. Queremos creer que el Poder Público no se ha dado cuenta de la enorme trascendencia de este dictado y pedimos con nuestra escasa personalidad que cuanto antes se aclare o modifique para proteger al arrendatario que, no por la renta elevada o las condiciones personales de su cultivo, puede ser desposeído tan fácilmente de este derecho esencial, máxime que no existe razón alguna para que ahora actúe como lo hace esta distinción entre ambas categorías de arrendamientos. 6.º) La omisión en la escritura del dato referente al precio no atrae otra consecuencia que el conjugamiento del índice valorativo subsidiario; pero, no obstante aludir exclusivamente el texto a la hipótesis de que se plasme por escrito la transmisión, es evidente que también opera tal índice cuando ésta se efectúe verbalmente; bien entendido, por otra parte, que éste no actuará si, aun infringiéndose el dictado legal por no «especificar» el precio correspondiente a la superficie arrendada u omitir «declaración expresa» sobre el particular, existen suficientes elementos de juicio para conocer este dato, pues en realidad el Legislador creó el índice subsidiario de valoración previendo exclusivamente el caso de que no pueda ser conocido el precio asignado a la superficie arrendada. 7.º) A diferencia de lo que sucede en la Ley sobre arrendamientos urbanos, en la que el artículo 67 permite impugnar la validez de la transmisión por haberse señalado un precio superior al resultado de la capitalización allí indicada, en el caso que nos ocupa ha de negarse tal facultad al arrendatario, el cual, por consiguiente, no puede atacar dicho precio por muy elevado que sea, salvando, claro es, el supuesto de simulación. 8.º) Para la traducción del valor «renta» a numérico, ténganse en cuenta las normas del artículo 3.º de la Ley de 1942 y las complementarias de los Decretos de 15 de julio de 1949 y 24 de julio de 1947. 9.º) Al efectuar la consignación del precio simultáneamente al ejercicio del retracto (véase apartado d), 1.º), del § 11), es muy conveniente, para eludir las perniciosas consecuencias de cualquier error sobre dicha traducción de valores, hacer la protesta de consignar cualquier suplemento dinerario que pueda ser necesario para rectificar el juicio valora-

tivo del actor. 10.º) A pesar de la mención expresa de la renta «contractual» como computable a estos fines, resulta manifiesto que ha de jugarse la «revisada», pues que sustituye aquélla para todos los efectos. 11.º) No se consideran como «renta» las cantidades que el arrendatario deba abonar como cuota contributiva en el pago de los seguros sociales en la Agricultura o de los aumentos tributarios, pues aun asimiladas a la renta propiamente dicha en lo que se refiere a las consecuencias de su impago, no la integran, y quizá por ello se aluda en el texto a la «renta contractual». 12.º) Asimismo interesa resaltar que la frase «renta vigente a la sazón» obliga a relacionarla con el momento en que se realizó la transmisión, por ser el determinante a todos los efectos del retracto, según venimos indicando repetidamente.

Antes de terminar queremos hacer referencia a un trascendentalísimo problema consistente en decidir sobre la posibilidad de conjugar este índice valorativo subsidiario resultante de la capitalización rentística siempre que por cualquier causa se desconozca el precio atribuido o atribuible a la finca arrendada, como sucedera, por ejemplo, si se transmiten varias por precio global y alguna de ellas está arrendada.

Hasta ahora se efectuaba generalmente esta valoración en período de ejecución de sentencia, a cuyo fin se señalaba por peritos la parte proporcional de precio correspondiente a la finca interesada teniendo en cuenta sus características y la cuantía del precio global asignado, pues nunca cabe prescindir de éste y tasar la finca según su valor real y objetivo desligado del que la voluntad de los contratantes asignó, aun globalmente, en la transmisión; pero ¿será correcta tal actuación en lo sucesivo, una vez que el Legislador patentiza con tanta diafanidad su voluntad respecto al particular?

Nosotros optamos por la contestación negativa aun siendo conscientes de la formidable osadía que encierra y de las graves consecuencias que puede acarrear, y para ello nos fundamos en los siguientes argumentos: a) El evidente propósito del Legislador para orillar en lo posible las muy generalizadas simulaciones de precio que se llevan a cabo a fin de impedir el retracto o de dificultarlo agravando sus condiciones, según advierte sin paliativos de ninguna clase la Exposición de Motivos que precede a la Reforma, al declarar que «la modificación de los artículos citados de la Ley de 1935 requiere, como complemento indispensable, que se ponga término a toda posibilidad legal de que el propietario de finca donde existan colonos de esa clase especule con el fundo arrendado y no sólo imposibilite a esos cultivadores el ejercicio del derecho de retracto, señalando un precio desproporcionado al valor real y a la rentabilidad del inmueble, sino que, además, comprometa la estabilidad y arraigo en la tierra de dichos arrendatarios»; b) Ante tan manifiesto propósito legislativo, no queda otro remedio que jugar el principio general de Derecho (hoy ya

con categoría de fuente legal, según el artículo 6.º del Código civil) establecedor de la analogía en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales y que declara «ubi est eadem ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet» (Sentencias de 10 de diciembre de 1903, 13 de diciembre de 1913, 13 de marzo de 1916, etc.), máxime que, como dice la Sentencia de 8 de mayo de 1947, no existen normas legales aplicables al caso que nos ocupa por carecerse de regulación específica; añadiendo la de 11 de diciembre de 1944 que «una misma disposición de derecho debe regir las situaciones obedientes a un solo designio inspirador»; c) La necesidad de proteger al arrendatario librándole de ardidés y asechanzas.

En su virtud, mantenemos, respecto a todos aquellos casos en que a efectos del retracto no se conozca o pueda conocer el precio correspondiente a la finca retraída, que se obtendrá este dato «capitalizando al dos y medio por ciento el importe en numerario de la renta contractual vigente a la sazón».

Claro es que, por el contrario, rechazamos este índice, y respetamos la valoración tradicionalmente efectuada como antes hemos indicado, cuando se trate de retractos distintos al arrendaticio, pues como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 5.ª de 2 de diciembre de 1946, entre otras), «el derecho de retracto arrendaticio se regula por las disposiciones especiales de esta legislación social, sin que sean de aplicación al mismo las que se invocan en la sentencia recurrida como analógicas, del Derecho común, por ser completamente distinto el interés a que atienden unas y otras normas y el fundamento jurídico en que descansan».

d) *Finca arrendada a varias personas con explotación común y aprovechamiento proindiviso.*

La Ley no ha previsto este supuesto, pero el Tribunal Supremo llenó el vacío en su Sentencia de 17 de marzo de 1945, declarando que «el caso del pleito, en el que se trata de un arrendamiento de finca rústica en su totalidad por varios arrendatarios que la explotan en común y en aprovechamiento indiviso, no se halla afectado para el ejercicio del derecho de retracto por las prescripciones del párrafo penúltimo de este artículo (texto antiguo, equivalente al ahora examinado), que, como limitaciones o restricciones que son al ejercicio de la acción de retracto, no pueden extenderse a casos distintos de aquellos que el legislador estimó necesarios regular. Ya esta Sala, en Sentencia de 13 de mayo de 1940, declaró que la explotación en común no está prevista en este artículo, doctrina que reiterándola y completándola impone reconocer que ejercitada la acción de retracto por cuatro de los seis arrendatarios que en común y solidariamente venían disfrutando de modo indiviso el total aprovechamiento de la finca, y

consignado por los mismos el total importe del precio de transmisión del predio para mediante el abono o reembolso de otros gastos legítimos, subrogarse en lugar del comprador, se advierte que se ha cumplido por los mismos, ejercitando la acción en el plazo legal, cuantos requisitos exige el precitado artículo para que el retracto prospere, sin que deba impedirlo, pues de otro modo se frustraría el propósito del Legislador de facilitar el acceso a la propiedad, el hecho de que alguno o algunos de los arrendatarios del común disfrute se abstengan de ejercitar su derecho».

- e) *Finca arrendada que se transmite con otras varias y retracto limitado a alguna de ellas.*

También se omite en la Ley toda regulación sobre este generalizado y muy importante supuesto; pero la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo llena la laguna en su Sentencia de 16 de diciembre de 1946 al declarar que «la cuestión que se plantea en el presente recurso queda reducida a resolver si efectuada la venta de varias fincas rústicas en un solo acto y en una escritura notarial en la que se señala a cada una de las fincas vendidas un precio, puede o no el arrendatario de las fincas vendidas circunscribir la acción de retracto arrendaticio a alguna de ellas, con exclusión de las demás, o por el contrario tiene que extender el ejercicio de la acción a todas las vendidas... El artículo 16 de la Ley de 1935, al establecer el derecho de retracto a favor del arrendatario de fincas rústicas transmitidas a título oneroso, no le impone la obligación de adquirirlas todas, como lo hace cuando se trata de la totalidad de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, en cuyo caso exige la Ley el ejercicio conjunto por todos ellos de la acción de retracto, y al no imponerse ninguna limitación por la Ley cuando se trata de fincas distintas, vendidas con precios diferentes y en las que no consta exista unidad de explotación, no debe imponerse una exigencia que la Ley no establece...; no cabiendo negarles el retracto cuando sus recursos no les consientan adquirir todas las fincas vendidas que llevaban en arrendamiento y tengan que reducir su pretensión a alguna de ellas, toda vez que la Ley no impone la obligación de que se extienda a todas...»

## § 7

### 3.º ELEMENTO TEMPORAL.

- a) *Naturaleza del plazo retractual.*

Puede afirmarse que, en definitiva, las diferencias existentes entre «prescripción extintiva» y «caducidad» consisten en la posibilidad de aceptar «de oficio» el transcurso de los plazos (Senten-

cias de 30 de abril de 1940, 7 de junio de 1945, etc.) y en la imposibilidad de suspenderlos o de interrumpirlos, en contraste con lo que sucede respecto a la prescripción, y aunque ni el Código civil ni el Tribunal Supremo utilizan con gran precisión estos términos jurídicos, en la actualidad va perfilando el Alto Tribunal con la mayor corrección técnica la institución jurídica de la caducidad o decadencia del derecho, estimándola existente, con todas sus consecuencias, en determinadas situaciones jurídicas contempladas por dicho Código; mas como no es esta materia propia de nuestro estudio, nos limitamos a relacionar tal doctrina con el plazo de ejercicio de la acción de retracto. Así, en Sentencias de 8 de abril de 1920, 13 de junio de 1921, 20 de marzo de 1925, etc., declaró que era de prescripción; pero en las de 30 de abril de 1940, 10 de marzo y 7 de junio de 1945, etc., mantiene explícitamente que se está en presencia de un supuesto de caducidad, coincidiendo con esta tesis las Sentencias de la Sala 5.ª de 24 de junio y 18 de noviembre de 1946, etc.

#### b) *Duración del plazo.*

Quizá estribe en este aspecto lo más esencial de la reforma efectuada por la nueva Ley en el texto primitivo del precepto examinado, pues así como en este se fijaba en un mes la vida del retracto, ahora se alarga considerablemente hasta fijarlo en tres meses, tanto en la hipótesis de que medie la correcta notificación del adquirente al arrendatario, como en el de que, por no haber cumplido este deber, opere el «conocimiento» como raíz de inicio; bien entendido, además, que por virtud del carácter real de dicha acción, no caducará o prescribirá hasta que transcurran treinta años a partir de la transmisión si mientras tanto no se viabiliza ninguna de las raíces que según el precepto comentado inician el transcurso del plazo retractual: así se deduce del artículo 1.963 del Código civil.

¿Puede ser modificado el plazo marcado por el texto legal? Anteriormente expusimos nuestra opinión de que a pesar de la solución negativa dada por el Tribunal Supremo a la interrogante formulada, consideramos admisible la facultad de modificar los ordenamientos legales si con ello resulta beneficiado el colono en comparación con las estrictas normas, pues la prohibición de pactar «contra legem» establecida por el artículo 1.º de la Ley de 1935 sólo opera con esta condicionalidad. De aquí deducimos la validez del pacto por el que se alargue dicho plazo, aunque no vinculará a los demás retrayentes que puedan enfrentarse con el arrendatario por ser «res inter alios» según el artículo 1.257 del Código; mas, al contrario, será nulo el acuerdo por el que se acorte la duración del retracto y no quedará vinculado por él el arrendatario, ya que en esta hipótesis de nulidad absoluta no adquieren plena eficacia los «propios actos». Pero no debemos ocultar que el Tri-

bunal Supremo mantiene tesis opuesta en relación con los retratos de Derecho común (Sentencia de la Sala 1.ª de 20 de marzo de 1925) y respecto al arrendaticio (Sentencia de la Sala 5.ª de 18 de noviembre de 1946).

Para su computación han de tenerse en cuenta las siguientes normas derivadas del artículo 7.º del Código civil: 1.ª) La extinción opera a los noventa días, pues el citado precepto ordena que se consideren los meses de treinta, prescindiendo de su efectiva duración, cuando, como sucede en este caso, se designan abstractamente y no por su propio nombre; 2.ª) No se computa el instante en que se realiza la notificación o se adquiere el conocimiento para contar el plazo «de momento a momento», según el sistema natural, sino que se prescinde de tal índice y se cuenta por días enteros, conforme al sistema civil; 3.ª) Tampoco se computa el día en que ocurran tales raíces de inicio, pero el último día del plazo ha de transcurrir totalmente para considerar que aquél ha vencido: así se deduce del mismo sistema civil y de la aplicación analógica del artículo 1.130 del Código; 4.ª) Antes de publicarse este Cuerpo legal se discutió sobre si debían excluirse o no los días inhábiles, ya que, cuajando el ejercicio del retracto a través de la oportuna demanda, el plazo debía considerarse de carácter procesal y, en consecuencia, afectado por la distinción entre días hábiles e inhábiles creada por el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Al publicarse el Código se negó expresamente tal carácter y la pertinencia de aludida distinción en varias Sentencias (entre otras, en la de 8 de abril de 1920) y esta era la opinión dominante hasta que fué dictada la Ley de 21 de abril de 1949 reformando la de Arrendamientos Urbanos, la cual, en su artículo 50 del texto reformado, advierte con toda precisión, aunque incidentalmente, que sólo se computarán los días hábiles. Estos son los elementos a barajar en la solución del problema planteado, y nosotros, considerando que el Legislador ha patentizado de manera ostensible su voluntad respecto al asunto en dicho precepto relacionado con los arrendamientos urbanos, creemos se impone aceptarla también con referencia al retracto que nos ocupa, pues no existe ningún motivo que obligue o aconseje variar de criterio, máxime que así resulta más beneficiado el arrendatario, y ya sabemos que esta intención debe guiar esencialmente en la exégesis de textos legales con carácter social como son los examinados; 5.ª) Aunque la Sentencia de 8 de marzo de 1904 mantuvo la tesis de ampliación del plazo retractual en función de lo ordenado en el artículo 1.619 de la Ley de Enjuiciamiento civil respecto a la presentación de la demanda de retracto según la distancia que mediara desde el pueblo de residencia del actor hasta el del Juzgado, en la actualidad se orienta definitivamente el Tribunal Supremo en sentido opuesto, negando tal posible ampliación (Sentencias de 27 de octubre de 1896, 20 de marzo de 1925, etc.).

c) *Ejercicio de la acción.*

Ordena la Ley que dentro del plazo señalado ha de «ejercitarse» el retracto; pero si bien no surgen problemas respecto a esta exigencia cuando durante él se presenta la demanda cumpliendo todos los requisitos, existen dudas de interpretación en lo que se refiere a la admisibilidad del acto de conciliación, puesto que generalmente es el medio a que se acude ante la dificultad existente para que antes de transcurrir los plazos legales se consiga reunir cuantos requisitos se necesitan a fin de plantear correctamente la demanda.

Teniendo en cuenta que el acto de conciliación forma parte del conjunto procesal que afecta a la acción de retracto, es indudable que su celebración debe considerarse como ejercicio de ella, y así lo ha admitido unánimemente la jurisprudencia (Sentencias de 21 de febrero de 1931, 30 de abril de 1940, 10 de marzo de 1945, etc.); pero en la práctica se ha abusado tanto de este medio interruptivo del plazo para retraer, que es necesario delimitar con precisión su alcance para evitar posibles errores de interpretación.

El primero consiste en la creencia de que basta con consignar el precio al intentar la celebración del acto de conciliación para exonerarse después del cumplimiento de este requisito; pero ha de pensarse en que si bien es conveniente y necesario realizar la consignación o afianzamiento subsidiario en dicha diligencia para mover mejor el ánimo del adquirente demandado a fin de que voluntariamente acceda a la petición del actor, habrá de repetirse la consignación al presentarse la demanda del pleito. Por tanto, la Sentencia de 12 de junio de 1936 (declara que: «el retrayente debe cumplir en dicho acto la obligación ineludible de consignar el precio, o, en su caso, la de prestar fianza») y la de 10 de marzo de 1945 (establece que: «no debe entenderse que el acto conciliatorio o la demanda del mismo por el retrayente dentro del plazo preclusorio señalado por la Ley, producen por sí solos el efecto obstativo de la caducidad del transcurso que de aquel se deriva, porque si son tales medios utilizables y adecuados para ejercitar el derecho de retracto, este ejercicio se hallará desprovisto de la eficacia que persigue si únicamente se observa en él el requisito relativo al tiempo en el que ha de serlo y se incumple el de la consignación del precio conocidamente satisfecho por el comprador demandado...») deben ser completadas con la doctrina establecida por la Sala 5.<sup>a</sup> en su Sentencia de 24 de junio de 1946.

La segunda advertencia que debemos hacer consiste en que a estos efectos es bastante con que la demanda de conciliación se presente dentro del plazo legal debidamente formulada, pues aunque la diligencia se celebre después de transcurrido aquél, ya queda obviada la caducidad, según advierte la Sentencia de 7 de junio de 1945.

Otra advertencia va encaminada a llamar la atención del lector

sobre cierta desviación de las características de la caducidad cuando media acto conciliatorio, ya que la Sala 5.ª, en Sentencia de 24 de junio de 1946, parece establecer separación respecto a las consecuencias derivadas del hecho de constituir el plazo retractual supuesto de caducidad y no de prescripción, toda vez que admite la posibilidad de suspenderlo; coincidiendo con la misma tesis la Sala 1.ª en Sentencia de 30 de abril de 1940.

Finalmente debemos advertir que la Sentencia de la Sala 5.ª de 22 de abril de 1946 condiciona en cierto modo el efecto suspensivo que se atribuye al acto de conciliación a estos efectos; y que si se presenta una demanda defectuosa dentro de plazo legal, pero no se subsanan los defectos antes de que éste transcurra, opera la caducidad, según se deduce de las Sentencias de la Sala 1.ª de 4 de octubre de 1907, 6 de julio de 1920, 30 de junio de 1941, etc., y de la de 18 de noviembre de 1946, dictada por la Sala 5.ª

## § 8

### d) *Iniciación del plazo retractual.*

También en este aspecto introduce fuerte innovación la Reforma, pues separándose del criterio tradicional sobre la materia reflejado en el primitivo texto del artículo comentado, no menciona la inscripción registral como raíz de inicio de dicho plazo, y evidente resulta que el significado de tal omisión consiste en rechazar la aludida raíz, ya que mantiene dos de las antiguas—el «conocimiento» y la «notificación»—, pero silencia dicha inscripción: «ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit»: sin olvidar, además, que esta modificación opera también respecto a los litigios que estuvieran en tramitación el día en que se publicó la Reforma, según advierte su Transitoria 2.ª

Por consiguiente, no abre el plazo retractual el hecho de que se inscriba la transmisión en el Registro de la Propiedad, e incluso carece de toda trascendencia la presunción de que todos conocemos su contenido.

Después estudiaremos la obligación que se impone al comprador para que dé a conocer al arrendatario la transmisión originadora de su adquisición, mas desde ahora constatamos nuestra repulsa hacia el camino seguido por el Legislador en este particular. No concebimos el motivo por el cual, aun imponiendo taxativamente dicha obligación, no sanciona su incumplimiento en la forma adecuada, es decir, negando la apertura del plazo retractual hasta que se realice dicha notificación, pues con el sistema adoptado resulta que, aun mediando contemplada infracción, opera sustantivamente el «conocimiento» como raíz de inicio; siendo de lamentar también que no se haya aprovechado la ocasión para suprimir esta última, toda vez que el mayor contingente de litigios relacionados con el retracto nacen precisamente en virtud de

la distinta valoración que los interesados dan a la noticia que el arrendatario pueda tener de la transmisión.

Lo lógico y conveniente sería imponer al comprador el deber de notificar al arrendatario la transmisión y que hasta no cumplirlo permaneciera cerrado el plazo retractual aunque por cualquier otro conducto obtuviere aquél completo conocimiento de la enajenación.

1.º *Notificación del adquirente.*—En primer lugar, debemos advertir que esta notificación ha de ser completa y detallada, haciendo conocer al arrendatario los datos esenciales de la transmisión, pues que, en otro caso, no abrirá dicho plazo, según advierte reiteradamente la Sala 5.ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de mayo de 1940, 12 de mayo y 2 de diciembre de 1941, 12 de mayo de 1942, 29 de abril y 11 de mayo de 1943, 24 de marzo de 1944, 21 de noviembre de 1945, 19 de enero de 1948, etc.

No tiene fijada forma alguna para su realización (véanse, entre otras, las Sentencias de 1.º de enero y 3 de febrero de 1948) y, en su virtud, será válida y eficaz la efectuada verbalmente; mas ha de tenerse en cuenta que cuando se trate de finca arrendada por parcelas, la notificación ha de relacionarse con todos y cada uno de los posibles retrayentes, para que surta plenos efectos. Así lo establece la Sentencia de 2 de diciembre de 1941 respecto al «conocimiento», y ninguna duda cabe sobre la pertinencia de aplicar esta doctrina al supuesto de «notificación».

Esta ha de hacerse al «arrendatario»; por tanto, no autorizando el texto comentado la ampliación del sujeto beneficiario de ella como en algunas hipótesis se hace por mandato de varios preceptos habrá de acreditar el adquirente que hizo saber directamente a aquél la transmisión, o que aun habiéndola dado a conocer a determinada persona de su familia o a cualquier otra, realmente transmitieron la noticia al presunto retrayente.

La manera más conveniente de realizarla consiste en entregar copia de la escritura de transmisión, y aconsejamos que así se realice para eludir posibles divergencias respecto a si las condiciones innotificadas eran o no esenciales.

En cuanto a su contenido ha de considerarse, además de la necesidad de que sea detallada y completa, según hemos advertido, lo siguiente: 1.º En régimen de Derecho común no tiene gran importancia, desde este punto de vista, el conocimiento de la persona que adquiere la finca, y generalmente no se considera este detalle como elemento esencial de la notificación; más teniendo en cuenta el carácter personal del arrendamiento y la posibilidad de que el nuevo titular de la finca accione de desahucio (por ejemplo, recabando el cultivo), es evidente que en régimen de arrendamientos rústicos nos debemos distanciar de aludida corriente de opinión, reconociendo que tanto respecto a la «notificación»

como con referencia al «conocimiento» que en definitiva sirven de raíz de inicio al plazo retractual, es circunstancia integrante, para su cabal realización, que el presunto retrayente sepa la persona que adquiere la finca. 2.º Según la Sentencia de 16 de abril de 1945, «son inoperantes los actos que aluden al anuncio de la venta y su propuesta, porque anteriores a su momento, no juegan al fin del retracto y al proceder de alguno de menor edad sin capacidad de obligarse por el mismo». 3.º La notificación se ha de relacionar con la transmisión «consumada», siendo inoperante la que afecte a la meramente «perfeccionada»: así lo establecen las Sentencias de 24 de diciembre de 1920, 24 de junio de 1927, 19 de diciembre de 1935, 20 de mayo de 1943, etc., y la Sala 5.ª en Sentencia de 21 de diciembre de 1944. 4.º Conforme a lo establecido por la Sentencia de dicha Sala de 16 de octubre de 1944, «toda vez que la compra de la finca arrendada objeto del retracto, realizada conjuntamente con otra y precio global sin distribuir el correspondiente a cada una, no fué notificada a sus arrendatarios, y la demanda fué presentada y completada en sus requisitos del artículo 1.518 del Código civil antes de la fecha en que la anotación se convierte en inscripción de citada compra, es visto que no había caducado el plazo para retraerla». 5.º Insistiendo en lo antes expuesto, la Sentencia de 4 de julio de 1945, de la Sala 5.ª, declara que «la existencia del compromiso de venta no podía ser momento inicial para el ejercicio de la acción de retracto ni tiene eficacia para enervar la ejercitada dentro del término legal a partir del otorgamiento de la escritura pública de compra de la finca arrendada, pues este otorgamiento es el instante preciso del que se arranca el deber de notificar y el del nacimiento del derecho de retracto.

2.º *Conocimiento de la transmisión.*—Cuanto acabamos de decir respecto a la «notificación» es aplicable al supuesto que nos ocupa, y considerando que ella exige, para su correcta realización, que la haga el «comprador», según indica el texto legal, procede admitir que si no sucediera así y la efectúa cualquier otra persona obrando sin conexión con aquél, operará cuando menos como «conocimiento» a los fines que nos ocupan, ya que según la Sentencia de 26 de noviembre de 1900, «es indiferente que tal conocimiento lo adquiera el retrayente en una u otra forma, ya que el Código no impone ninguna determinada ni especial, operando con independencia del medio por el que haya llegado al que retrae el «conocimiento», y así lo indica expresamente el precepto comentado».

Para abrir el plazo retractual, ha de ser cabal y completo dicho conocimiento, y así lo advierte el Tribunal Supremo, diciendo que «a los efectos del ejercicio de la acción de retracto, el conocimiento presupone no sólo tener noticia del hecho de la enajenación, sino conocimiento suficiente de los pactos y condiciones de la misma, para que el retrayente pueda saber si le conviene o no

utilizar el retracto»; y la Sala 5.<sup>a</sup> confirma rotundamente esta tesis en Sentencia de 13 de mayo de 1940; 12 de mayo y 2 de diciembre de 1941; 12 de mayo de 1942; 29 de abril y 11 de mayo de 1943; 24 de marzo de 1944; 21 de noviembre de 1935, etc. Por tanto, no basta conocer el «simple hecho» de la transmisión de la finca, sino que se requiere el conocimiento de las «condiciones» en que aquélla se realice; bien entendido que, según las Sentencias de 21 de diciembre de 1898 y 16 de marzo de 1926, «hay que estar a la apreciación de la Sala respecto a si había tenido o no conocimiento de la venta el retrayente antes del plazo».

Aun no siendo este, en realidad, el lugar adecuado para tratar las consecuencias derivadas de la infracción del deber de notificar la transmisión al arrendatario, teniendo en cuenta que una de ellas estriba en atraer el juego del «conocimiento» como raíz de inicio del plazo retractual, nos consideramos obligados a insistir en lo que indicábamos al comenzar este § 8, resaltando que tal es el único efecto apropiado según la Ley, pues ambas raíces operan sustantivamente a estos fines desde el momento que advierte que «si el vendedor de la finca no diera cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificara 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», de donde se deduce que ninguna sanción puede ser impuesta al infractor.

El Tribunal Supremo pareció mantener tesis opuesta en algunas sentencias, pues en las de 3 de agosto de 1939, 13 de mayo de 1940, 12 de mayo de 1941, etc., declara que «el plazo señalado en este artículo para ejercitar el derecho de retracto ha de computarse según las normas que en el mismo se establecen, ya que para eso van fijadas y su especialidad lo requiere, prefiriéndolas a otras generales; y toda vez que allí se consignan precisamente a seguida de anunciar el lapso de tiempo que «a contar de la fecha de la notificación del comprador», así debe procederse, sin tomar como inicial del cómputo otra, cual «la que el retrayente haya conocido por cualquier medio la transmisión», porque esta, típicamente ordinaria y última consignada, debe ceder ante la particular, y sobre todo porque no puede admitirse que el comprador incumplidor de su obligación, taxativamente establecida, de notificar al arrendatario su adquisición para que éste pueda accionar, resulte mejor tratado o favorecido que quien hubiere cumplido». Y confirmando esta doctrina, advierte, en Sentencia de 21 de noviembre de 1945, que «no es dable que el incumplidor de la terminante obligación impuesta en este artículo de notificar su compra al arrendatario, halle cobijo para sus habilidades, siempre claudicantes ante su proceder contra la Ley, y en su amparo no ha de venir más que en muy excepcionales supuestos—si alguno cupie-

re—la aludida raíz (se refiere a la fecha del conocimiento con referencia al plazo de que se trata»).

Recientemente ha variado de criterio, ya que, en Sentencia de 19 de enero de 1948, establece que «la tesis contraria a la que se propugna conduciría a la conclusión, inadmisibile por injusta y contraria al derecho expresado en el párrafo cuarto (texto antiguo), del artículo 16 de la Ley de 1935 y sus fundamentos doctrinales, de admitir la subsistencia indefinida del plazo retractual para el arrendatario de quien se hubiere probado cumplidamente en juicio que había leído—oficiosamente si se quiere—una copia de la escritura pública de venta no inscrita, sin que tan cumplido conocimiento afectara a dicho plazo, porque no hubiese obedecido a un acto del comprador. La subsistencia del referido plazo no puede considerarse como sanción impuesta al comprador que no notificó, porque la lectura del texto comentado enseña que no es posible tal interpretación, pues alude al caso de que el comprador hubiere dejado de notificar..., no obstante lo cual manda que el «conocimiento» inicie el plazo para retraer».

Nosotros, en la necesidad de amparar nuestras opiniones en los textos legales, reconocemos que esta última tesis es la correcta, pero ello no significa que la compartamos en terreno de Derecho constituyente.

Terminamos el estudio de esta raíz de inicio del plazo retractual tratando el problema del «onus probandi», pues si bien el artículo 1.214 del Código civil y la Jurisprudencia que, al interpretarlo, ha concordado sus dictados con las modernas doctrinas, conducen a la solución de que el actor, o sea el arrendatario retrayente, ha de probar los «hechos normalmente constitutivos» del derecho que reclama, siendo uno de tales hechos accesorio, claro es, del principal, consistente en la transmisión de la finca, que el plazo legal no haya transcurrido, parece que debiera estar gravado con la carga de probar esta circunstancia; mas también ha de considerarse que el demandado, o sea el adquirente, ha de probar los «hechos obstativos-impeditivos» que puede motivar la negación de lo pedido por el actor, y siendo evidente que la extinción del plazo es «hecho obstativo» del «constitutivo» creado por la transmisión, resulta que el demandado habrá de acreditar tal circunstancia, máxime que es subjetiva negativa y, por tanto, imposible de ser probada como tal, bastando al actor con afirmar que adquirió el conocimiento de la transmisión en la fecha que indica.

El Tribunal Supremo estableció esta conclusión con claridad meridiana en su Sentencia de 21 de mayo de 1902, al decir que «no cabe exigir la justificación especial de la verdad de tal conocimiento, pues ni esto sería posible, tratándose de una mera situación subjetiva que permanece desconocida mientras que actos positivos no la exterioricen, ni existe presunción alguna «*juris tantum*» de la que sea forzoso partir para suponer semejante cono-

cimiento; por lo tanto, corresponde al demandado y no al actor, probar que la fecha del conocimiento es distinta y anterior de la alegada como fundamento de la demanda».

## § 9

### 4.º *NEGOCIOS JURIDICOS CREADORES DEL RETRACTO.*

La amplitud de expresión usada a este respecto por el artículo examinado, orilla gran parte de las dificultades interpretativas que surgen en relación con el artículo 1.521 del Código civil, al mencionar las transmisiones que viabilizan este derecho, y tal amplitud indica el propósito del Legislador para hipertonizar su funcionamiento, por cuyo motivo habrán de resolverse siempre las dudas en el sentido de conceder el retracto al arrendatario.

Dicha expresión consiste en la frase «en todo caso de transmisión a título oneroso...», palabras estas que ya existían en el texto antiguo y que, como se ve, han sido respetadas íntegramente por la Reforma.

Antes de iniciar el catálogo de transmisiones determinantes del retracto, nos permitimos insistir en lo antes indicado sobre la necesidad de que para resolver las cuestiones que puedan plantearse sobre el particular, hemos de prescindir de la rotulación jurídica que le den los contratantes y de los términos o expresiones usadas en el contrato (al menos, como índice exclusivo a conjugar para su catalogación), porque siempre debe prevalecer la voluntad real sobre la declarada, según estableció repetidamente el Tribunal Supremo, y esta doctrina, ya incontrovertible en Derecho común, es superlativamente aplicable en la legislación social de Arrendamientos rústicos, por cuanto niega—artículo 1.º de la Ley de 1935—la libertad de estipulación concedida en el artículo 1.255 del Código civil, ya que en otro caso, serían ámbitos los contratantes para aplicar o rechazar los ordenamientos legales con sólo denominar las convenciones en desacuerdo con su naturaleza objetiva, a fin de que, no apareciendo como constitutivas de los negocios jurídicos engendrados del retracto, poder burlar el cumplimiento de estos mandatos legales típicos de derecho imperativo o necesario.

La Sala 5.ª acoge expresamente esta doctrina en numerosas Sentencias (entre otras, las de 1.º de julio de 1941, 18 de marzo de 1942, 1.º y 18 de marzo de 1945, etc.), declarando que «no se determina la naturaleza de las convenciones por el nombre que se las dé, sino por lo que de su propio carácter resulte»; y precisamente la Sala 1.ª sostuvo el mismo criterio respecto al retracto legal en su Sentencia de 9 de mayo de 1925, pues persistiendo en la doctrina de que no lo vitaliza la permuta, declaró que «procede el retracto si las partes califican de permuta un contrato que el Tribunal aprecia constitutivo de compra-venta».

Después de rechazar como viabilizadoras del retracto las transmisiones «mortis causa», aunque en parte revistan carácter oneroso en determinados casos (así lo indica claramente su exclusión del catálogo que formula el artículo 17, al no estimarlas como determinantes de la infracción de la prohibición que establece), pasamos a considerar los negocios jurídicos más importantes a los fines interesados.

a) *Compra-venta.*

Evidente es su subsunción en la dición legal, ya que es la transmisión de propiedad por esencia y necesariamente ha de efectuarse mediante precio, según el artículo 1.455 del Código civil.

Por ello, nos limitamos a hacer las siguientes Indicaciones: 1.ª) La venta o transmisión ha de realizarse en favor de persona que no sea condueña de la finca, colindante o familiar a efectos de la preferencia de sus respectivos retractos, pues entonces permanece nonnato el del arrendatario en virtud de la prioridad que a aquéllos otorga el precepto comentado. Análogicamente admite esta tesis la Sentencia de 4 de diciembre de 1896, y la Sala 5.ª en la de 11 de junio de 1945. 2.ª) No surge en la venta realizada por expropiación forzosa, ya que el interés público operante en la adquisición de la finca debe prevalecer sobre el privado del arrendatario, a pesar del carácter social que ostenta; pero sí procede en las ventas forzosas o voluntarias, públicas y privadas. Análogicamente conduce a esta solución el mandato formulado por el artículo 1.636 del Código civil. 3.ª) Se vitaliza este derecho de retracto en cuanto se realiza la venta, con independencia de las vicisitudes que respecto a su mantenimiento, rescisión o anulabilidad ocasionen los intervinientes; de modo es que, aun efectuada la retroventa por conveniencia de éstos, opera libremente el retracto. Así lo establecen las Sentencias de 13 de abril de 1896, 10 de mayo de 1904, 26 de febrero de 1916 y, concretamente, la de 12 de octubre de 1912, al declarar que «el derecho de retraer nace al celebrarse la venta y desaparece al anularse el contrato o rescindirse por causas legales, pero no si la nulidad o rescisión se debe a la voluntad de las partes. 4.ª) Completando lo que antes dijimos respecto al particular, debemos indicar que si bien la Sentencia de 27 de octubre de 1933 estableció que «para ejercitar el retracto basta la perfección de la venta, aunque no se haya consumado», posteriormente ha cambiado el Tribunal Supremo de criterio, pues en Sentencias de 20 de mayo de 1943 y de 21 de diciembre de 1946, de la Sala 1.ª, declara que «el retracto sólo puede tener lugar cuando la venta está consumada, esto es, cuando el vendedor ha transmitido al comprador el dominio con la posesión de la cosa mediante la tradición real o simbólica». 5.ª) Recuerde el lector lo que anteriormente dijimos sobre la ineficacia de la promesa de venta respecto a la creación del retracto, ya que sólo cons-

tituye mera expectativa de transmisión, con el consiguiente derecho expectante del arrendatario para retraer la finca—Sentencias de 21 de febrero de 1944, 4 de julio y 16 de abril de 1945, etc., de la Sala 5.ª— 6.ª) Respecto a las ventas con pacto de retro se discutió si originaban o no la creación del retracto, porque no se había precisado suficientemente los efectos que dicha convención ocasiona a pesar de la declaración formulada en el artículo 1.511 del Código civil, pero una vez que se admitió como indudable que, a diferencia de lo que sucede con el «*pactum reservati domini*», el dominio de la cosa vendida se transmite íntegramente al comprador por efectuarse la transferencia dominical sin esperar a que venza el plazo del retracto—Sentencia de 7 de diciembre del año 1925—y aun cuando el dominio transmitido esté, sin embargo, sujeto a la resolución por propio poderío del vendedor al querer ejercitar el derecho de rescate—Sentencia de 23 de mayo de 1944—, resultaba evidente que la transmisión en venta sujeta a retracto convencional no impedía el ejercicio del mismo derecho de origen legal, aunque esté subordinado a los efectos de aquél, pues según el artículo 1.511 del Código civil, «el comprador con pacto de retro sustituye al vendedor en todos sus derechos y obligaciones», salvando, claro es, los efectos de la Ley Hipotecaria con relación a terceros adquirentes.

#### b) *Permuta.*

Reiteradamente había negado el Tribunal Supremo, respecto a los retractos legales de Derecho común, que esta transmisión sirviera para crearlos—Sentencias del 9 de julio de 1903, 7 de julio de 1915, etc.—, y aunque en otras Resoluciones (por ejemplo, las Sentencias de 14 de mayo de 1912, 9 de mayo de 1925, etc.), sostuvo lo contrario, ello fué debido a que si bien los contratantes habían considerado como permuta el contrato transmisional e incluso lo denominaban así, en realidad existía compra-venta encubierta bajo tal denominación.

En la legislación sobre arrendamientos rústicos no cabe dudar de que debe mantenerse la tesis opuesta si se considera la amplitud comprensiva de la frase «transmisión a título oneroso», ya que resulta manifiesto que la permuta tiene este carácter, por cuanto que el arrendador o propietario permutante recibe compensación en su patrimonio jurídico y económico por lo que se desprende, y si bien es cierto que las palabras usadas por el precepto comentado siempre se refieren al «comprador-vendedor-venta», pareciendo así que exclusivamente se refieren a la típica compra-venta, la clara expresión antes subrayada no admite distinguos fundados en locuciones gramaticales que, en el mejor de los casos, serían simples indicios frente a la manifiesta voluntad del Legislador para conceder el retracto «en todas las transmisiones a título oneroso».

Nuestra tesis es confirmada por el contenido del segundo inciso del párrafo primero del precepto que nos ocupa, cuando advierte que «si la enajenación no se hubiere verificado por precio en metálico, el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto, además de los citados reembolsos» (los del artículo 1.518 del Código), pues evidente resulta que este supuesto ocurre única y exclusivamente en la permuta, conforme a lo establecido por el artículo 1.538 de dicho Cuerpo legal.

El Tribunal Supremo acepta también esta doctrina en las Sentencias de la Sala 5.<sup>a</sup> de 11 de junio de 1945, 1 de diciembre de 1947, etc.

c) *Censo reservativo.*

Ya sabemos que éste consiste en un contrato por el que una persona cede a otra el dominio de una o varias fincas de su propiedad, reservándose el derecho a percibir, con carácter indefinido o perpetuo, una pensión anual sobre aquella finca y que debe pagar el censatario. Esta definición formulada por Planas y Casals, coincide en lo substancial con el concepto que de tal entidad jurídica contiene el artículo 1.607 del Código civil.

Evidente es que mediante este censo se transmite integralmente la propiedad de la cosa, según advierte de modo expreso el citado artículo, y a simple vista se aprecian sus analogías con la compraventa, pues, como ya declaró la Sentencia de 11 de julio de 1902, concurren todos los requisitos esenciales de ésta, pudiendo decir que se trata de una venta especial en la que el comprador no paga el precio en el momento de realizarse la entrega; si bien ha de considerarse que siempre continúa en manos del transmitente la facultad de imponer la rescisión—es decir, el comiso—y esto resulta incompatible con los efectos definitivos de la compraventa.

El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión en sentido positivo por considerar esta modalidad transmisoria como originadora del retracto, y así, en Sentencias de 9 de marzo de 1893, 11 de junio de 1902, etc., declara que «la constitución del censo reservativo debe estimarse venta a los efectos del retracto, por transmitirse el dominio pleno de un inmueble a cambio de una pensión redimible a metálico por cantidad cierta, equivalente al valor del mismo inmueble».

d) *Prenda o hipoteca.*

Evidente es que su simple constitución no crea el retracto porque no motiva transmisión de la propiedad; pero llegado el momento de la ejecución por no pagar el deudor, o sea el arrendador de la finca, surgirá aquel derecho al efectuarse la adjudicación.

e) *Renta vitalicia.*

De acuerdo con lo indicado por el artículo 1.802 del Código civil, puede definirse—como lo hace Castán—diciendo que constituye un contrato aleatorio por virtud del cual una persona queda obligada a pagar cierta pensión o rédito anual durante la vida de otra u otras determinadas, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se le transfiere, desde luego, con la carga de la pensión.

Evidente es su analogía con la compraventa, por cuanto existe una transferencia de dominio y un precio, pero entre ellas media la diferencia esencial de que éste no es cierto, sino aleatorio.

Tal es el motivo de que generalmente no acepten los autores esta transmisión como vitalizadora del retracto; mas aun siendo discutible la corrección de esta doctrina con relación a los de Derecho común por virtud de la restringida dicción del artículo 1.521 del Código, es rechazable de modo manifiesto con referencia al retracto que nos ocupa si se considera la amplitud de comprensión deducible de la frase «transmisión a título oneroso» usada por la Ley a este fin, ya que no cabe duda alguna de que la renta vitalicia encaja en su ámbito.

f) *Transacción.*

Ciertamente que se asemeja más a la dación en pago que a la compraventa a causa de la naturaleza del contrato transaccional, pero también resulta evidente que en parte es análogo a ésta por concurrir en él sus mismos requisitos o elementos integrantes, máxime si para realizar la transacción se recibe cantidad en dinero o signo equivalente por quien cede la finca, pues en tal hipótesis resulta comprendida, sin género alguno de duda, en la frase legal antes subrayada.

El Tribunal Supremo admitió esta tesis incluso con referencia a los retractos legales de Derecho común, declarando, en la Sentencia de 31 de marzo de 1899, que «las daciones en pago por medio de transacción están incluidas en este artículo (el 1.521 del Código) si puede conocerse el precio que impliquen, ya se realice aquélla voluntariamente o necesariamente, como si, por consecuencia de deudas, es declarado en quiebra y la sindicatura cede el dominio a un tercero».

g) *Transmisión separada del usufructo o nuda propiedad.*

Surgen dudas sobre esta modalidad transmisoria, ya que la Ley no distingue respecto al particular y, por consiguiente, cabe discutir si habrán de estimarse aptas, al efecto de crear el retracto, estas transmisiones limitadas.

Debemos advertir al lector que la jurisprudencia ha contestado negativamente en relación con el Derecho común—Sentencia de 24 de enero de 1928—y respecto al retracto arrendaticio, pues la Sala 5.ª, en Sentencia de 3 de marzo de 1944, declara que «la finalidad inspiradora del otorgamiento de este retracto de facilitar el acceso a la propiedad completa de la tierra a quien la trabaja ciertamente, en vez de obtenerse se malogra, si se entendiese que tal derecho incluye la transferencia del usufructo, pues en su supuesto, el arrendatario que lo adquiere perdería esa cualidad al convertirse en usufructuario, y consiguientemente, si llega el caso de transmitirse la nuda propiedad, ya no le sería posible retraer arrendatariamente, falto de una condición peculiar de arriendo y sólo por éste dable... Por lo dicho, a la transmisión del usufructo no se estima adecuado el retracto arrendaticio, ni la cesión por la misma de facultades opuestas a la continuidad en el disfrute cedido que la Ley protege».

Ante estas taxativas declaraciones jurisprudenciales no queda otro remedio que aceptar solución negativa al problema planteado: mas permítasenos que, con el debido respeto para el Alto Tribunal, mostremos nuestra disconformidad con esta tesis desde el punto de vista teórico, porque es muy fácil burlar las prescripciones legales de carácter «necesario» e «imperativo» con sólo enajenar separadamente las facultades integrantes de dominio, y tal interpretación contradice las normas de hermenéutica legal que tantas veces hemos señalado durante este comentario.

Además ha de considerarse que la tesis jurisprudencial impide totalmente la subrogación del arrendatario en el usufructo o nuda propiedad, pues tal interpretación negativa ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias, y si se niega el retracto en los supuestos de transmisión parcial de las facultades integrantes del dominio, ni podrá ser ejercitado cuando se transmita primeramente una de aquellas ni al cederse la otra; en cambio, con la solución contraria podría al menos adquirir la que se transmite durante su titularidad simplemente arrendaticia.

Sería justo a estos efectos, para evitar aquellas conductas dolosas, estimar que la Ley permite la subsistencia de la personalidad del arrendatario a fin de adquirir también la otra facultad dominical cuando fuera enajenada, máxime que, en realidad, dicho arrendatario continúa siéndolo de la que no se enajenó o dejó de adquirir a través del retracto y, por tanto, se mantiene parcialmente el estado de hecho necesario a la originación de esta acción, con lo cual queda orillado el inconveniente puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo.

Parece ser que recientemente va evolucionando éste hacia nuestra tesis, pues hace ciertas concesiones que la antes transcrita Sentencia de 3 de marzo de 1944 rechazaba en absoluto. Así sucede en la Sentencia de la Sala 1.ª de 3 de diciembre de 1946; y, por su parte, la Sala 5.ª, en Sentencia de 22 de enero de 1947, establece que «la finalidad que persigue el retracto arrendaticio que

el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 establece, es la de dar acceso a la propiedad de la tierra a quien la trabaja, modalidad de carácter social que no tenía existencia en nuestra legislación civil anterior, y, por ello, es inaplicable la jurisprudencia recaída con anterioridad a la publicación de esta legislación especial de arrendamientos rústicos, la que debe interpretarse en el sentido de que instituciones tan importantes como la del retracto arrendaticio que la misma crea, no puedan ser burladas; y podrían serlo si en el caso de transmisión separada del dominio útil y el directo hubiera de retractarse el ejercicio de la acción de retracto hasta que ambos se consolidasen en una persona, por lo que es más adecuado, al objeto que este retracto persigue, que se ejercite la acción de retraer cuando se efectúa la transmisión de la nuda propiedad, porque ésta supone cambio de titularidad propietaria, que es la permanente, a diferencia de lo que ocurre con la transmisión del usufructo, que es la existencia transitoria, y al extinguirse éste han de refundirse en el nudo propietario los dos dominios que integran el pleno...»

#### h) *Cesión solutoria de una finca; dación y adjudicación en pago.*

El Código civil menciona expresamente, en el artículo 1.521, la «dación en pago» como creadora de los retractos legales que establece, siendo lógica esta posición ante la manifiesta analogía existente entre ella y la compraventa.

La expresión del precepto comentado—«todo caso de transmisión a título oneroso»—obliga a comprender en su ámbito la dación y adjudicación; mas se impone hacer ciertas distinciones con el intento de precisar algunos negocios jurídicos cuyo contenido es muy semejante al de éstas, pero que en realidad no llevan implícita enajenación de dominio.

En puridad dogmática cabe distinguir ambas transmisiones, a pesar de sus muchas analogías, con el pago por cesión de bienes, ya que la dación o adjudicación son conocidas como «*cessio in solutum*» y el pago por cesión es «*cessio pro solvendo vel solvendi gratia*», y de esta distinta naturaleza se origina diversidad de efectos, según veremos seguidamente.

1.º) *Pago por cesión de bienes o "cessio pro solvendo vel solvendi gratia"*.—Consiste en el abandono que de sus bienes hace el deudor insolvente en favor de los acreedores para que los realicen y apliquen cuanto obtengan a solventar sus créditos; pudiendo ser convencional y judicial, según se lleve a cabo por acuerdo privado entre deudor y acreedores o intervenga la Autoridad judicial: bien lo haga el deudor no comerciante—concurso de acreedores—o el comerciante—quiebra propiamente dicha—:

mas así como aquélla requiere el consentimiento de todos los acreedores como único requisito para su existencia (Sentencia de 11 de mayo de 1912), la judicial exige varias condiciones reguladas en la Ley de Enjuiciamiento civil y en el Código de Comercio o Leyes que le complementan.

Sus efectos y elementos constitutivos sirven para distinguir esta cesión de la dación o adjudicación en pago, pues éstas no requieren como presupuesto vitalizante la insolvencia del deudor ni alcanza a la universalidad de bienes y derechos de aquél, en tanto que la cesión necesita ambos elementos. Además, la cesión, según el artículo 1.175 del Código civil y citada Sentencia de 11 de mayo de 1912, sólo extingue la deuda hasta el importe obtenido con la liquidación del patrimonio cedido; por el contrario, la dación en pago extingue totalmente la deuda. Aquélla, de acuerdo con dicha Sentencia y las de 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, etcétera, no transmite la propiedad de los bienes cedidos a los acreedores y solamente les concede su posesión y administración más el mandato para proceder a su venta aplicando los valores obtenidos al pago de las deudas; la dación en pago transmite íntegramente la propiedad de una cosa.

Ahora bien: ¿puede crear el derecho de retracto esta cesión de bienes? Prescindamos de la hipótesis de que al realizar la cesión se acuerde especialmente transferir su propiedad (en este caso existe realmente dación en pago), y pensemos en que dicha cesión comprende varios bienes que se transmiten en pago de diversas deudas cuya cuantía y certeza se desconoce, pues unas sólo han de solventarse parcialmente, otras quedan excluidas según el orden de preferencia a seguir en la aplicación de los valores obtenidos, etc., y, por consiguiente, faltando la certeza del precio, queda obviada la subrogación, que, como ya hemos repetido, es el nervio del derecho de retracto, máxime que en realidad no se transmite la propiedad de las cosas cedidas, según declara la Sentencia de 11 de mayo de 1912 antes transcrita.

Claro es que la liquidación de bienes puede ir acompañada de verdaderas daciones o adjudicaciones en pago cuando se entregue (por ejemplo: en vía de transacción) determinada finca a un acreedor concreto que acepta la transferencia en pago de su deuda, pero si entonces se crea tal derecho será a consecuencia de la dación y no de la cesión, hasta el extremo de que será la fecha de aquélla y no la de ésta la computable en la fijación de los plazos. A estas pseudo-cesiones es únicamente aplicable la doctrina establecida en la Sentencia de 31 de mayo de 1889, antes citada, cuando declara que las daciones en pago por medio de transacción están incluidas en el artículo 1.636 (cuya dicción es semejante a la del precepto comentado respecto a la originación del derecho de retracto en la enfitéusis) «si puede conocerse el precio que al condeño deba ser declarado.... ya sea voluntaria o necesariamente,

como si, por consecuencia de deudas, es declarado el deudor en quiebra y la sindicatura cede el dominio a un tercero.

De cuanto antecede se deduce que el mero hecho de ceder una finca en las condiciones expuestas no crea «per se» el retracto, hasta que en concreto se adjudique por cuantía conocida para pagar cualquier deuda, y, por tanto, el plazo retractual no comenzará a correr hasta que el arrendatario conozca, o le sea notificada por el adjudicatario, esta entrega concreta; bien entendiéndolo, además, que en el caso de que la cesión sea global y, en su virtud, no llegue a valorarse independientemente la finca arrendada, entrará en juego el índice subsidiario de valoración en función de la renta capitalizada (véase apartado c) del § 6).

2.º) *Dación y adjudicación en pago o "cessio in solutum".*—Ambas instituciones jurídicas son idénticas en cuanto a la naturaleza y efectos; sólo se distinguen en cuanto a su origen inmediatamente voluntario o forzoso por intervenir cualquier Autoridad en la adjudicación, si bien ésta suele ocurrir generalmente en las transmisiones hereditarias.

Corresponde al Derecho común el estudio de esta figura jurídica; mas siguiendo nuestra norma de intentar ayudar a la mejor comprensión de los ordenamientos legales facilitando una visión conjunta, haremos ligeras indicaciones sobre ella después de haber estudiado ya sus diferencias con la cesión de bienes «para» pago de deudas.

Realmente constituye una excepción a la exigencia de que el deudor entregue precisamente la cosa que debe y no otra (principio de identidad de la prestación), pudiendo ser definida como el contrato (la adjudicación es simple acto, generalmente) por el que determinado acreedor consiente en recibir cosa distinta de la que se le debe, a fin de extinguir mediante esta entrega totalmente su obligación.

Aun cuando se discute su naturaleza (unos la consideran como modalidad de novación objetiva acompañada de la facultad de ejecución inmediata contra la cosa entregada; otros la catalogan como simple efecto solutorio de la autorización concedida por el acreedor al deudor para que solvente la obligación entregando cosa distinta de la debida, etc.), está considerada casi unánimemente como contrato análogo a la compraventa, pues que en ella concurren los elementos esenciales de ésta, o sea la transmisión de la propiedad de una cosa y precio cierto, a diferencia de lo que sucede, según vimos, en la «cessio pro solvendo» o pago por cesión, al desconocerse la cuantía de la deuda o la que en realidad va a ser satisfecha.

El Código civil carece de regulación específica de este instituto solutorio, y ante la necesidad de disciplinarlo, se ha acudido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la Dirección de los Registros al remedio de equipararla a la compraventa siguiendo

la indicación de citado Cuerpo legal que siempre sitúa ambos contratos en el mismo plano de posibilidades—arts. 1.521 y 1.536—, y expresamente lo declaran así las Sentencias de 21 de diciembre de 1905, 9 de enero de 1915, 10 de agosto de 1918, Resoluciones de 14 de noviembre de 1891, 13 de diciembre de 1934, etc.; pero la que con mayor claridad y concisión sintetiza esta doctrina es la Resolución de 8 de febrero de 1941.

De esta equiparación se deduce lo siguiente: a') Para que en virtud de un acuerdo celebrado con los acreedores al amparo del artículo 1.139 de la Ley de Enjuiciamiento civil se considere realizada la transmisión de los bienes del deudor a éstos, convirtiéndose, por una especie de novación, la cesión en dación en pago, ha de haberse consignado de una manera terminante—Sentencia de 11 de mayo de 1942—; b') Cuando no pueda conocerse la intención de las partes sobre si la cesión fué «pro solvendo» o «in solutum» (es decir, pago por cesión o dación en pago), habrá de considerarse existente aquélla, de acuerdo con el sentido del artículo 1.170 del Código civil; c') Si la dación se realiza con el pacto de mediatizar la extinción de la deuda a cualquier circunstancia relacionada con la cosa entregada, se convierte en «cessio pro solvendo» con las consecuencias señaladas al examinar esta figura jurídica, y, concretamente, con la no creación del derecho de retracto que nos ocupa; d') Como el vínculo obligacional se extingue coetáneamente a la entrega de la cosa en dación, aunque el acreedor la pérdida no revive su crédito antiguo, sino que solamente tendrá en su favor los beneficios de evicción y saneamiento, pues lo definitivamente extinguido no puede resurgir: análogicamente se deduce así del artículo 1.849 y de la equiparación indudable entre dicho contrato y la compraventa; e') Son aplicables a la dación, hablando en términos generales, las normas jurídicas propias de este contrato. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo respecto a la capacidad para concertarla—Sentencia de 10 de agosto de 1918—y en lo que se refiere a los vicios de la cosa y derechos y obligaciones de las partes—Sentencia de 21 de diciembre de 1905 y 9 de enero de 1915, etc.—; f') La «adjudicación en pago» consiste, según indicábamos anteriormente, en una modalidad de la «cessio in solutum» caracterizada por su origen forzoso respecto al deudor. Implica decisión autoritaria de tipo administrativo o judicial y hasta del representante legal que asume la liquidación de un patrimonio—herencia, bienes del concursado o quebrado, etc.—para realizar la transmisión de la cosa a fin de que mediante ella se solvete la deuda reclamada ante las Autoridades cuyo amparo solicita el acreedor; g') Suele hablarse de adjudicación «en» pago o «para» pago de deudas; mas ya se ve que la primera es la verdadera dación forzosa o «cessio in solutum» y la segunda constituye simple pago por cesión o «cessio pro solvendo»; por tanto, habrá de prescindirse de la palabra «adjudicación» que conviene a ambas modalidades y fijarse exclusivamente en si se realiza «en» o «para» pago de deudas. En el primer

supuesto origina el derecho de retracto, pero no en el segundo, salvo en la hipótesis de que exista pacto expreso en contrario por convenir la extinción total de la deuda mediante la simple entrega de lo adjudicado, o de que el adjudicatario adquiriera, desde luego, la propiedad de la cosa con la obligación de solventar determinada deuda, pues en ambos supuestos se convierte en «adjudicatio in solutum» y no opera la forma extrínseca de «adjudicatio pro solvendo»; h') Claro es que no hace falta que la adjudicación se realice mediante subasta pública o privada, aunque esta modalidad de contratación es la más típica y adecuada a su carácter, pues también puede efectuarse privadamente. Ahora comprenderá el lector por qué sostuvimos antes que la prenda e hipoteca no originaban el retracto en favor del arrendatario cuando se constituían y que sí lo creaban en el momento de ejecutarse la obligación por cualquiera de los procedimientos aptos a tal efecto, ya que entonces existe verdadera «adjudicación en pago de deudas»; i') Considerando que en estas figuras jurídicas no existe precio a entregar, ya que estriba en el importe de la deuda que trata de satisfacerse, resulta indudable que el precio notificable al arrendatario y el que éste ha de pagar para obtener la finca será el importe de aquélla.

#### i) *Donación.*

De propósito hemos dejado el examen de esta transmisión para hacerlo en último lugar, pues la Reforma introduce innovación en el texto primitivo a fin de regular específicamente tales transmisiones, en él silenciadas por carecer de toda normación sobre el particular.

Al efecto establece que «la donación *inter vivos*, con excepción de la de por razón de matrimonio, de finca sujeta a arrendamiento, comprendida en el párrafo primero del artículo 4.º 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 a 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 ascendiere el importe de los gastos de la transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hechas en el fundo donado. Si sólo una parte de la total extensión de éste hubiere 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».

La defectuosa sintaxis o redacción de estas normas nos obligan a estudiarlas separadamente, ya que sólo así se comprenderá con facilidad la verdadera intención del Legislador.

Antes de comenzar su estudio, debemos hacer constar que,

como la donación no encaja en la dicción del artículo 1.521 del Código civil cuando alude a las transmisiones determinantes de los retractos legales, no cabe reconocer a sus titulares la posibilidad de alegar su preferencia establecida por el precepto comentado frente al colono, ya que, lo mismo en la hipótesis de que éste sea precisamente el donatario como en la de que no lo sea y ejercite el retracto contra el donatario, nunca les correspondía este derecho a comuneros, colindantes, etc.

1.º) *Requisitos para crear el retracto.*—Además de los de carácter general ya estudiados en relación con las demás transmisiones onerosas, se requieren ineludiblemente los siguientes: a') Donación *inter vivos*; b') Finca sujeta a arrendamiento especialmente protegido; c') Donatario que no sea heredero forzoso; y d') Que aun concurriendo todos los anteriores, no resulte afectada la transmisión por alguna de las excepciones que luego indicaremos.

Por tanto, faltando cualquiera de estas exigencias, no se viabilizará el retracto, ya que la regulación precisa de que ahora es objeto la donación a estos efectos indica claramente que en cualquier otro supuesto distinto al previsto por el Legislador, no crea aquel derecho, según se deduce de los axiomas «*inclusionis unus, exclusionis alterius*» y «*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*».

a') Es indiferente la modalidad que adopte la donación *inter vivos*, pues todas las clases existentes según el Código civil y la doctrina quedan comprendidas en el texto comentado conforme a otro axioma legal: «*ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*». Mas ha de tratarse de verdadera donación *inter vivos*, ya que, de acuerdo con los axiomas antes enunciados y con el contenido del artículo 17 de esta Ley, que también excluye de sus prescripciones las *mortis causa*, no viabilizan nunca el retracto.

El criterio diferencial básico entre ambas categorías de donaciones consiste en el momento en que han de producir sus efectos, pues si son supeditados al fallecimiento del donante la donación es *mortis causa*, y si los causan en vida de éste es *inter vivos*. Existen también otras diferencias (revocación, forma, aceptación, etcétera), pero como el estudio detallado de esta exigencia corresponde al Derecho común, no insistimos más sobre el particular, máxime que la Sentencia de la Sala 1.ª de 6 de marzo de 1945 aclara definitivamente la cuestión en forma muy interesante.

b') La donación ha de afectar a finca arrendada en virtud de contrato especialmente protegido; y teniendo en cuenta lo que respecto a este dato hemos explicado anteriormente en relación con las demás transmisiones, tampoco insistimos en su estudio; pues, además, la mención por el texto examinado del supuesto de que tan sólo esté arrendada parte de la finca objeto de donación, equivale a una remisión integral a lo ordenado en el párrafo octavo de este precepto, por lo que resulta aplicable cuanto dijimos en el apartado c) del § 6 en razón a la analogía manifiesta que existe entre ambos ordenamientos.

c') Con el fin de evitar fraudes y de respetar en lo posible los intereses familiares hereditarios, no se concede el retracto cuando el donatario sea un heredero forzoso del donante, y como la Ley, obrando lógicamente, no formula prescripciones sobre la materia, resultará que para valorar este requisito deben considerarse los dictados del Código civil y legislación foral respecto al asunto.

Téngase en cuenta que, según el artículo 628 de dicho Cuerpo legal, «las donaciones hechas a personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta», y esta doctrina es aplicable analógicamente cuando la «interpositio personae» se use para encubrir la donación hecha realmente en favor de extraños.

d') Ya hemos advertido que, no obstante la concurrencia de todas estas condiciones, existen dos casos de excepción que excluyen el retracto.

La primera consiste en la restricción establecida en el párrafo décimo respecto al colono que sea propietario de más de cien hectáreas en secano o de diez en regadío, pues la amplitud con que es enunciada, la negación que su texto hace de «todos» los derechos concedidos por el precepto al arrendatario, y su colocación posterior al párrafo ahora en estudio, evidencian que también afecta al contenido de éste.

La otra excepción estriba en la hipótesis de que la donación se efectúe por «razón de matrimonio», y precisamente es esta alusión, por el lugar en que se hace, la que oscurece el sentido del texto comentado, el cual se comprende mejor si dicha mención se coloca al final del párrafo, pues tal es, en realidad, la intención del Legislador.

No nos corresponde estudiar esta modalidad de donación, ya que, al igual que sucede respecto a los herederos forzosos, la Ley se remite íntegramente a la legislación común y foral en este extremo y, por tanto, sus dictados han de considerarse para valorar esta exigencia, que, generalmente, encierra graves dificultades. El Código las regula específicamente a partir del artículo 1.327.

La prueba de estas excepciones corresponde al demandado donatario, por ser «hechos obstativos» del «constitutivo» consistente en la concurrencia de los demás requisitos que viabilizan el retracto en la hipótesis que nos ocupa y que habrá de ser demostrado por el arrendatario: Así se desprende del artículo 1.214 del Código civil y de las Sentencias tantas veces citadas.

2.º) *Elemento personal.*—La Ley menciona, como titular activo, al «arrendatario»; mas también ha de comprenderse en esta locución al «aparcerero» en quien concurren las exigencias acabadas de examinar, según explicamos en el apartado 3.º) del § 2.

Asimismo alude al «donatario» como obligado por los dictados que formula, pero en virtud del carácter real atribuible a esta acción de pseudo-retracto, la obligación de vender la finca alcanza a cuantas personas la hayan adquirido de aquél por cualquier

título, quedando anuladas estas transmisiones intermedias (véase § 5).

Claro es que el deber de notificar la transmisión impuesto por el párrafo tercero del precepto sobre el «comprador», ha de relacionarse integralmente con el «donatario» para efectuar la traslación gramatical apropiada al supuesto contemplado, y lo propio sucede respecto al mandato del párrafo segundo referente al «vendedor».

3.º) *Elemento temporal*.—Esta especie de retracto concedido al arrendatario tiene la misma duración que el ordinario, contándose el plazo a partir de la consumación de la donación; mas ¿cuándo ocurre esto?

El problema corresponde al Derecho común, y por ello nos limitamos a hacer constar que el artículo 623 del Código civil establece que «la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario», y que el 629 advierte que «la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación»; pero esta contradicción se resuelve generalmente en el sentido de conceder preferencia a los dictados del 623 por ser de carácter especial y estar de acuerdo con la teoría general de los contratos establecida, en lo que al particular se refiere, por el artículo 1.262, cuando dispone que «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento».

4.º) *Contenido*.—Si se contrasta la naturaleza del derecho que ahora se concede al arrendatario con la propia del retracto legal según el artículo 1.521 del Código civil, comprenderemos que en puridad no se trata de verdadero retracto, toda vez que aquél no se subroga directamente en la donación, y ello es lógico por el carácter «intuitu personae» de ésta. Pero en definitiva se llega al mismo resultado a través de la venta que se impone al donatario; de modo es que subsiste íntegramente la donación, a todos los efectos, entre éste y el donante; mas respecto al arrendatario se ha de pensar en que tan sólo existe pura y simple compraventa en relación con aquél.

Los reintegros a efectuar por el retrayente son los mismos que los establecidos por el artículo 1.518 para los retractos ordinarios, y como la deducción del importe de las cargas redimibles es sumamente fácil de efectuar, pues que por mandato del artículo 633 han de constar en la escritura pública en que se constate la donación, no nos detenemos en su estudio, remitiéndonos a lo que sobre el particular exponemos en el § 11. Sólo diremos que no se consideran como «gastos de transmisión» el importe del impuesto de Derechos reales, pues, en definitiva, el donatario sigue benefi-

ciado con el valor de lo donado aunque se sustituya la finca por su valor.

También debemos indicar que por imperativo legal ha de constatare en la escritura este valor; mas si por cualquier motivo no pudiera ser conocido con precisión, entrará en juego el índice de valoración subsidiario con arreglo a la renta, según razonamos en el apartado c) del § 6.

No obstante el carácter de la nulidad atraída por las circunstancias de que no se constate la donación en escritura pública o no se cumplan en ella los requisitos exigidos por el artículo 633 del Código civil, o cuando no ostenten los intervinientes plena capacidad necesaria al efecto, el arrendatario no podrá impugnar su validez; de la misma manera que la anulación o rescisión de la donación a instancia del donante o de terceros interesados, incluso por las causas de revocación establecidas en la Ley, no afectan a aquel retrayente para privarle de la finca, pues la transmisión ocasionada por el retracto es definitiva y se impone a todos. En aludidos supuestos se sustituirá la cosa donada por su valor a efectos de la posible restitución.

Damos fin a esta Exposición recordando que, por mandato de la Transitoria 2.ª de la Ley reformadora, estas nuevas prescripciones han de tenerse en cuenta para resolver los litigios pendientes.

## § 10

### 5.º) EFECTOS DEL RETRACTO.

Teniendo en cuenta que afecta al patrimonio jurídico o económico de varias personas, estudiaremos separadamente los distintos aspectos del problema, pues aunque algunos de ellos (por ejemplo, en relación con el deber de notificar la existencia del arrendamiento y la transmisión) no guardan conexión con el retracto propiamente dicho, toda vez que deben antecederle en lo temporal, ante la conveniencia de sistematizar esta Exposición realizaremos ahora su estudio, aun cuando sólo sea mediante las oportunas referencias.

#### a) *Adquirente demandado.*

Queda privado de la finca en mérito de la subrogación creada por el retracto, pero conserva las acciones derivadas de la infracción del mandato establecido por el artículo 17, según veremos en el apartado 4.º) del § 18.

El artículo 1.525 del Código civil declara aplicable al retracto legal lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518 respecto al convencional, y aunque la aceptación exclusiva de este último precepto por el comentado pudiera inducir a la creencia de que en el

retracto arrendaticio no opera el artículo 1.511 (declara que «el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones»), es correcta la tesis contraria, porque la técnica jurídica exige admitir que el adquirente de la finca sustituye al arrendador en la integridad del complejo jurídico que ostente sobre ésta; por tanto, no pueden transmitirse más derechos que aquellos de que estuviera investido el transmitente, e incluso continuarán condicionados en la misma forma que lo hicieren en relación con éste.

Así pues, la transmisión de la finca origina subrogación integral del adquirente y, como consecuencia lógica, sustitución del arrendador por el titular adquisitivo, pudiendo ejercitar todas las acciones que correspondan a aquél, e incluso la de desahucio por causas vigentes al efectuarse la transmisión. Mas no debe olvidarse que cuantos actos o negocios jurídicos realice el adquirente quedarán subordinados a la condición resolutoria de que el arrendatario ejercite el retracto, según lo da a entender analógicamente el artículo 1.620 del Código civil al ordenar que habrá de recibirse la cosa objeto de retracto libre de todas las cargas impuestas por el adquirente; demostrando, además, el contenido del artículo 1.509 que si transcurrido el plazo legal para el ejercicio de la acción del retracto no lo hace el arrendatario, quedará definitivamente consolidado el derecho del adquirente (el apartado 10 del artículo 107 de la vigente Ley Hipotecaria reconoce a éste la facultad de hipotecar los bienes sujetos a condición resolutoria, si bien advierte que la hipoteca quedará extinguida al resolverse el derecho del hipotecante).

Antes de tener lugar el retracto le impone el precepto la obligación de hacer saber al arrendatario su adquisición, a cuyo fin establece que «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...».

Nada tenemos que decir sobre estas prescripciones por haberlas estudiado en el § 8, bastando con hacer dos indicaciones: a) Como quedó razonado allí, la infracción de este deber no acarrea ninguna consecuencia para el adquirente, a no ser la posibilidad de que no se inicie el transcurso del plazo retractual hasta que el arrendatario tenga conocimiento de la transmisión. b) La alusión legal a «comprador-vendedor-compra» equivale a «transmisor-transmisión», y la mención del «arrendamiento-finca arrendada» comprende también la «aparcería» o finca cedida a través de esta modalidad arrendaticia.

Sólo con estas ampliaciones es correcta la dicción legal.

#### b) *Otros adquirentes.*

En el § 5 quedó expuesta la necesidad de demandarlos a juicio a causa del interés que tienen en el asunto en razón a ser causantes intermedios de la adquisición realizada por el demandado.

Sus respectivas adquisiciones y subsiguientes transmisiones quedan mediatizadas al resultado del retracto.

c) *Arrendador transmitente.*

Evidente es que desaparece integralmente su personalidad arrendaticia en cuanto transmite la finca, excepto en lo que se refiere a derechos u obligaciones ya causados, pues si, por ejemplo, el arrendatario le adeuda rentas atrasadas, indemnización por daños, etc., aunque cese como arrendador, podrá reclamarlos, ya que la subrogación sólo opera respecto al complejo jurídico derivado de la evolución normal del contrato, a no ser que por pacto expreso se amplíe también a los derechos y obligaciones ya ingresados en su patrimonio o en el del arrendatario desconectado del arrendamiento: analógicamente se deduce así del artículo 1.511 del Código civil, según queda razonado.

El precepto comentado establece, además, que «en todos los casos de enajenación de una finca arrendada, el vendedor tendrá la obligación de notificar al comprador el arrendamiento a que está sujeta, notificándole la existencia del contrato y los pactos o condiciones del mismo, y exigiendo un recibo de esta notificación».

Comparado este mandato con el formulado en el texto primitivo, puede observarse que no ha habido modificación esencial, limitándose a variar lo referente a la forma en que se debe comunicar al adquirente la existencia del arrendamiento, pues aquél ordenaba al efecto que entregara «el contrato o una copia autorizada del mismo», y ahora bastará con hacerle saber «la existencia del contrato y las condiciones del mismo». La innovación es lógica, toda vez que no se requiere la constatación escrita del arrendamiento para que surta efectos, según el artículo 2.º de la Ley de 1942.

Carece de trascendencia la alusión al recabamiento del recibo justificador de esta notificación, pues en caso de alegarse el incumplimiento de tal deber, no es dicho recibo la única prueba admisible para su acreditamiento, sino que la cuestión quedará afectada al resultado de todas las pruebas practicadas sobre el particular. Por esto consideramos que en realidad sólo se trata de crear garantías para el arrendador mediante la norma que nos ocupa, la cual, por tanto, queda reducida a la categoría de simple recomendación carente de eficacia coactiva.

La única consecuencia derivada de la infracción del deber examinado por parte del arrendador consiste en la posibilidad de que el adquirente reclame la oportuna indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1.902 del Código civil si no conocía la existencia del arrendamiento y prueba la realidad de aquéllos: y sólo en casos muy excepcionales le cabrá pedir la rescisión o anulación del negocio jurídico transmisional antes de que el arrendatario ejercite el retracto

Véase que las locuciones «vendedor» y «arrendamiento» empleadas por el Legislador equivalen, en realidad, a «transmitente» y «arrendamiento-aparcería», según hemos indicado repetidas veces.

## § II

### d) *Arrendatario-aparcerero.*

Advierte el artículo examinado que podrá ejercitar el 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», coincidiendo, por tanto, este concepto con la definición formulada en el artículo 1.521 de dicho Cuerpo legal sobre el retracto legal de Derecho común.

Esta subrogación opera sin tracto alguno en cuanto a las condiciones del contrato transmisor, por lo que ni el adquirente que pierda la finca ni el retrayente pueden pretender su variación; condiciones que, por otra parte, serán generalmente las «figuradas» en aquél, aunque siempre habrá de reconocerse al retrayente la facultad de impugnarlas, demostrando que las realmente «estipuladas» son otras; de aquí que resulte evidente que la subrogación opera respecto a éstas y no en relación con aquéllas.

A consecuencia de dicha subrogación se extingue por confusión el arrendamiento, ya que desaparece la personalidad contractual de arrendatario y además sustituye al arrendador, pero téngase en cuenta que no opera la extinción frente a tercero y que no actúa con retroactividad; en su virtud, no afecta a los derechos y obligaciones ya causados que no dimanen «in actu» del arrendamiento, cabiendo al primitivo arrendador o al adquirente accionar contra el retrayente para reclamar el importe de rentas atrasadas, daños causados en la finca, etc. Mas, como decíamos en el § 4, aquella extinción queda subordinada a la subsistencia de la adquisición del arrendatario por no ceder ante otro retracto preferente.

La remisión integral hecha por el precepto con relación al artículo 1.518 del Código nos libera de comentar detenidamente sus prescripciones, porque corresponde hacerlo a los Tratadistas de Derecho común. Por tal motivo nos limitaremos a formular ligeras indicaciones que ayuden al lector a comprender su significado cuando declara que «el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta y además: 1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida».

Recuérdese que en el supuesto de donación de finca arrenda-

da, el retrayente abonará «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 (al inmueble), incrementado en la suma a que ascendiere el importe de los gastos de la transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hechas en el fundo donado»; y que cuando la transmisión se efectúe mediante permuta, «el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto, además de los citados reembolsos», realizándose la tasación pericialmente durante el juicio de retracto si no hubiera conformidad de las partes sobre el particular.

Comenzaron las discusiones sobre el significado del transcrito artículo 1.518 al interpretar las palabras iniciadoras de su texto, pues la frase «no podrá hacer uso de su derecho el retrayente sin reembolsar...» llevó a algunos a estimar imprescindible que en cuanto patentice el retrayente su voluntad de retraer, debe reembolsar o consignar el importe del precio y el de los gastos aludidos; mas casi se ha llegado a la conclusión unánime de que para usar el derecho, mejor dicho, para iniciar su ejercicio, bastará con «consignar» el precio en la transmisión, aunque para consumarla haya de «reembolsar» los demás abonos que indica dicho precepto. El Tribunal Supremo lo ha declarado así en sus Sentencias de 16 de octubre de 1906, 8 de diciembre de 1914, 7 de noviembre de 1925, 13 de julio de 1945, etc., aclarando la primera que «ofrecer el precio no es «reembolsar», y esto es lo que ha de hacerse en la demanda de retracto». La Sala 5.<sup>a</sup> coincide con esta doctrina en sus Sentencias de 10 de diciembre de 1940, 11 de enero de 1942, 25 de mayo de 1943, 31 de marzo y 24 de noviembre de 1944, etc.; aclarando la de 6 de febrero de 1946 que «por aparecer de los autos de instancia hecha la consignación del precio conocido en el inicio del pleito, así como el ofrecimiento de reembolso y de los demás gastos legítimos que fueran de abono, aparece cumplida la exigencia del artículo 1.518 del Código civil a los efectos del ejercicio de la acción de retracto arrendaticio, sin que esa situación procesal pierda su eficacia por el hecho de estimarse durante el pleito precio más elevado que, en todo caso, el actor ofreció completar». Y en 17 de diciembre de 1948 advierte que «la cuestión de si es necesario, para que la conciliación interrumpa el tiempo de caducidad de la acción de retracto rústico, consignar al tiempo de instarla el precio conocido o dar fianza en otro caso, acerca de la cual tiene que reconocerse la existencia de vacilación jurisprudencial civil, tiene que decidirse, cual con completa precisión lo hizo la Sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1945, en sentido negativo, o sea, en el de ser innecesaria la consignación en ese momento, bastando al efecto del acto su presentación en tiempo hábil para ejercer la acción y que dentro de los dos meses del mismo se presente la demanda de retracto ya con su consignación o fianza».

1.º) *Consignación del precio.*—A nuestro juicio no es necesario el cumplimiento de esta exigencia en el retracto que nos ocupa, pues al no existir en el Código ni en la legislación de arrendamientos rústicos ningún precepto que la imponga, y teniendo en cuenta que el artículo 1.618 de la Ley procesal civil es el estatuidor de tal requisito, no cabe estimarlo operante, porque, como razonaremos en el apartado c) del § 13, este precepto ritual y sus concordantes son inaplicables en el proceso de retracto que necesariamente ha de seguir los trámites marcados por la Norma 3.ª de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 1940; de aquí que solamente exista obligación de «reembolsar» cuanto indica el artículo 1.518 del Código, pero no sucede lo propio respecto a la de «consignar» ante la inexistencia de prescripción legal que ordene la realización de esta garantía.

El Tribunal Supremo ha dictado ya varias Sentencias contrariando esta tesis, pues mantiene la obligación de consignar el precio; pero nos parece que en ella obra más como Legislador que como Juezador al crear garantías y estatuir obligaciones carentes de preciso apoyo legal por quedar derogado íntegramente el procedimiento de la Ley de Enjuiciamientos por el de indicada Norma 3.ª. El propósito perseguido por tales Sentencias es laudable, ya que intenta proteger al adquirente desposeído de la finca mediante el retracto, pero estando condicionada la adquisición de la propiedad por el retrayente a la satisfacción de los reembolsos legales según el tan repetido artículo 1.518, ello es suficiente garantía para los intereses de aquél; sin olvidar, por otra parte, que la interpretación jurisprudencial viola formidablemente el principio rector y básico de hermenéutica en legislación social, que exige se oriente siempre a favorecer a su protegido—en este caso, el arrendatario—, pues la condición previa de la consignación impide o limita en modo superlativo las posibilidades de actuar retractualmente, y sabido es que ha de intentarse siempre lo contrario para hipertonizar el funcionamiento del mecanismo retractual.

Mas, como antes decimos, el Tribunal Supremo viene exigiendo en todos los casos dicha consignación del precio o la oportuna fianza, según vimos por la enunciación de las Sentencias de la Sala 5.ª efectuada al iniciar este apartado, habiendo declarado también que no basta la promesa de consignar o de afianzar el reembolso, sino que es indispensable la realidad de estas conductas según se conozca o no el precio (Sentencias de 10 de diciembre de 1940, 11 de enero de 1942, 25 de mayo de 1943, 31 de marzo y 24 de noviembre de 1944, etc.); «esta consignación, con su general efecto liberatorio para el reembolso de pago, no se estima razonable requirirla más intensa que la prestación obligada..., pues de imponerse al retrayente, en casos como en el de la presente litis, de compraventa con parte del precio aplazado e hipoteca de la misma finca para su seguridad, la necesidad de con-

signar la totalidad del precio contratado, se obtendría un exceso que ciertamente está fuera del concierto y significado del reembolso... Ni el cambio de persona deudora puede contar en el retracto arrendaticio como motivo procedencial del anticipo que implicaría se obligase a consignar todo el precio aplazado no vencido, pues la impuesta especie de inalienabilidad de la finca durante cierto tiempo—artículo 17—asegura la efectividad del crédito.»

(Véanse además sobre el particular cuantas Sentencias hemos mencionado anteriormente y que aluden al aspecto de la consignación del precio, así como la de la Sala 1.<sup>a</sup>, de 3 de diciembre de 1946, referente a dicha exigencia cuando se transmita separadamente la nuda propiedad o el usufructo.)

También se discutió en Derecho común sobre cuál fuera el contenido de esta consignación, pues en tanto que algunos la relacionaban con el «valor real» de la finca, otros, los más numerosos, concordaban este deber con el precio asignado en la escritura, sin perjuicio de las acciones que después pudiera ejercitar el retrayente para evidenciar la simulación y obtener el reintegro de lo indebidamente percibido. La Jurisprudencia se orientó hacia esta última tesis, que también compartimos nosotros, y la Sala 5.<sup>a</sup> la ratifica, entre otras, en Sentencia de 11 de enero de 1942, declarando que «este precio consignable no debe creerse sea el valor que a la finca se le otorgue, bien por su tasación, bien por la distribución de otro global, medios en verdad supletorios si aquél no se conociere, sino el que efectivamente fuere concertado en la transmisión, a menos que por una u otra circunstancia fuera advertida su fijación con fraude».

Para no incurrir en repeticiones remitimos al lector a lo que exponemos en el apartado c) del § 6 sobre la facultad de reembolsar y consignar el precio resultante de la capitalización de la renta, cuando no pueda ser conocido el asignado a la finca o fincas en la transmisión, pues si bien este índice subsidiario sólo va impuesto por la Ley cuando se trate del retracto de finca parcialmente arrendada, nosotros la ampliamos a todos los supuestos, según queda indicado allí.

La posibilidad de afianzar el precio cuando es desconocido para el retrayente queda establecida en el apartado 2.º del artículo 1.618 de la Ley procesal, que ordena no dar curso a la demanda de retracto mientras no se consigne el precio si es conocido o se afiance su consignación luego que lo sea, y considerando que esta garantía previa es exigida reiteradamente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada en su doble aspecto de «afianza» y «consignación», el Juez ante el que se presente una demanda sin cumplir estos requisitos debe abstenerse de tramitarla hasta que se subsane el defecto, y si entonces hubiera transcurrido ya el plazo retractual, se estimará caducada la acción, pues por «ejercicio» de éstas ha de entenderse, según indicábamos ante-

riormente, su correcta realización cumpliendo todos los mandatos legales que les afecten.

El Tribunal Supremo viene aceptando esta doctrina (Sentencias de 23 de mayo de 1861, 13 de mayo de 1864, 12 de mayo de 1883, 13 de noviembre de 1894, 6 de diciembre de 1918, etc.); pero la duda surgía sobre la posibilidad de que el Juez actuara de oficio para rechazar la demanda aun no mediando la oportuna pretensión del demandado, o si por necesidad debía confiarse a éste la manifestación de la infracción cometida. La jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> es vacilante respecto al particular, y lo mismo sucede con la de la Sala 5.<sup>a</sup>, pues en tanto que en la Sentencia de ésta de 25 de mayo de 1943 advierte expresamente que «para que la falta de consignación o fianza surta efecto de la absolución de la demanda, es preciso que la parte demandada lo haya alegado oportunamente, y como excepción», la de 18 de noviembre de 1946 parece aceptar la tesis contraria.

La fianza puede ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, ya que el Juez tiene pleno arbitrio para decidir en cuanto al particular, y este remedio subsidiario del afianzamiento puede funcionar no solamente cuando es desconocido el precio, sino también cuando se aplace su pago, pues en esta hipótesis deberá consignarse el ya pagado y afianzar el que queda por abonar.

2.º) *Reembolso de los gastos del contrato y pagos legítimos.* Como este ordenamiento va dirigido a obtener el resarcimiento total del adquirente que pierda la finca, han de admitirse las siguientes Conclusiones: a) Están comprendidos en el concepto no sólo los gastos causados propiamente por la escritura, sí que también los de obtención de copia, impuestos, etc., siempre que el adquirente desposeído por el retracto los haya abonado. b) Realmente han de haber sido causados y abonados todos los pagos y gastos cuyo importe se reclame, pues si a pesar de estar obligado a realizarlos el adquirente dejó de hacerlo por cualquier causa, no procederá su abono, ya que el artículo 1.518 sólo se orienta a proteger a quien pierde la cosa por el ejercicio del retracto, y ninguna garantía concede a tercero o al transmitente respecto al particular. c) De aquí se deduce que conforme a lo dispuesto por el artículo 1.214 del Código civil, el demandado de retracto está obligado a demostrar la realidad de tales gastos y pagos. d) Aun cuando debiera limitarse el ámbito de esta exigencia para impedir que la mala fe del arrendador y del adquirente puedan gravar excesivamente al arrendatario echando sobre éste gastos que según Ley corresponde sufragar al transmitente, la dicción del precepto obliga a considerar como «legítimos» cuantos pagos y gastos realice el adquirente por Ley, costumbre o contrato. e) Ya dijimos anteriormente que respecto a este requisito sólo opera la necesidad de «reembolsar» al adquirente, pero no la de «consignar» cuando se presenta la demanda de retracto. La Sentencia de 9 de febrero de 1916 declara que «no está obli-

gado el retrayente a reintegrar el importe de las costas del pleito seguido entre vendedor y comprador para elevar el contrato de venta a escritura pública, por no ser pago legítimo hecho para la venta, y dichos gastos se refieren a la relación meramente existente entre aquéllos, sin afectar al retrayente». g) De acuerdo con lo antes expuesto, la Jurisprudencia ha declarado que «es imprescindible quede comprobada la necesidad o propia conveniencia de tales gastos» —Sentencia de 12 de febrero de 1904—, añadiendo la de 7 de julio de 1909 que «en las adjudicaciones al acreedor, además del precio en que se adjudica, debe satisfacer los gastos de la subasta y adjudicación, pero no el capital e intereses del crédito y las costas del juicio ejecutivo».

3.º) *Reintegro de gastos necesarios y útiles hechos en la finca.*—También es aplicable a este particular la declaración jurisprudencial que considera innecesaria la consignación de su importe, bastando con reembolsarlo en el momento oportuno.

Siendo innegable que el adquirente de la finca la posee, según el artículo 432 del Código civil, a título de dueño, de acuerdo con lo dispuesto en el 446 resulta que también lo hace con justo título, operando en su favor la presunción del artículo 434 para considerarlo poseedor de buena fe. Este razonamiento obliga a estimar superfluo el ordenamiento comentado, pues que el Código civil regula con precisión los derechos del poseedor así calificado; pero llevado el Legislador de su deseo de advertir que el adquirente privado de la cosa ha de ser indemnizado en tal cuantía por todos los conceptos hasta que no sufra el menor perjuicio en virtud del ejercicio del retracto, llegó a hacer una aplicación concreta de aludidas normas, y como su regulación no es completa ni comprende todos los supuestos que pueden plantearse, resulta que hemos de obtener solución para las cuestiones no previstas acudiendo a las normas estabilientes de los derechos y obligaciones del poseedor de buena fe: siendo esta remisión correcta en relación con la legislación sobre arrendamientos rústicos por cuanto que la motiva el artículo 1.518 como consecuencia lógica de sus mandatos, y el precepto comentado no alude a él como escuetamente aplicable, sino que lo menciona como atrayente del régimen jurídico global que crea o atrae en tanto en cuanto no se dicten normas especiales sobre aspectos relacionados con la posesión disfrutada por el adquirente de la finca que es objeto de retracto.

Sabido es que los gastos a que se alude pueden ser necesarios, útiles y de lujo, según que sea indispensable su realización, o convenga ésta porque a través de lo gastado se beneficie la finca o sus ocupantes, o que, aun no prestando ninguna utilidad, contribuyan exclusivamente a la ornamentación sin ocasionar beneficio objetivo. Pues bien: la enunciación exclusiva de ambas modalidades de gastos y el silenciamiento de los llamados «de lujo» demuestra que respecto a éstos no tiene el adquirente de la cosa,

cuando la pierde por el retracto, ningún derecho a su reembolso ; más no estableciéndose nada sobre ellos, entran en juego las antes indicadas normas posesorias, y concretamente el artículo 454, autorizándole a retirar los adornos con que hubiera embellecido la finca si no sufriera deterioro y si el arrendatario no prefiriera abonar el importe de lo gastado ; salvando, claro es, la posibilidad de que hubieran sido realizadas tales mejoras por aquél.

Estas mejoras o gastos (nos referimos a los necesarios o útiles) han de ser causados de buena fe, pues, en otro caso, se daría lugar a que se gravara hasta tal extremo al presunto retrayente que de hecho se le impidiera la adquisición de la finca a causa del reembolso tan cuantioso que hubiera de realizar—Sentencia de 3 de julio de 1912—, excepto en el caso de que el presunto retrayente no opusiera reparos de ninguna clase, a pesar de su elevado coste, cuando fueran realizados durante el plazo retractual.

Esta Sentencia ha de contribuir considerablemente a esclarecer la cuestión aunque aluda a supuesto difícilmente planteable en el retracto que nos ocupa, pero asumiendo su doctrina en sentido traslativo y analógico cuando proceda, es evidente su corrección respecto a este retracto, ya que también declara que «sólo tienen el carácter de gastos necesarios y útiles, conforme al artículo 1.518, los exigidos para la conservación o que redunden en provecho, comodidad o interés de la cosa vendida, de cuyas condiciones carecen los que se han de derivar de la construcción de una casa sobre un predio destinado a cereales, para cambiar su naturaleza, sin ventaja para el retrayente, y, además, edificada durante el juicio de retracto cuando su dominio era inseguro, como dependiente del litigio, y con el propósito de burlar la acción del retrayente».

Nótese también el lector que el artículo 453 concede «jus retentionis» a quien pierda la posesión mientras no se efectúe el abono de su importe, pero este derecho es inoperante en la hipótesis de que sea desposeído en virtud del ejercicio de retracto, porque ya le protege la exigencia del artículo 1.518 desde el momento en que mientras no haga el reembolso tiene derecho a negar la adquisición real o material de la finca por el retrayente, y ya se ve que en definitiva ostenta en esta hipótesis un derecho parcialmente semejante al de retención aunque referido a la propiedad que no podrá alcanzar el arrendatario en tanto no efectúe el reembolso integral.

También debemos advertir que en el mismo artículo 453 se concede al vencedor en la posesión, o sea al arrendatario retrayente, «jus optionis» entre abonar el importe de los gastos o el del aumento de valor que por ellos haya adquirido la finca : mas a pesar de que, según dijimos, son subsidiariamente aplicables las normas sobre reintegro de gastos creadas para la posesión genérica, teniendo en cuenta que el artículo 1.518 introduce excepción

precisa a dichas normas porque sólo autoriza el reembolso del importe real de los gastos útiles, no ostenta el arrendatario aludido derecho de opción.

## § 12

6.º) *RECABAMIENTO DEL CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL.*

Ha de reconocerse que la Ley reformadora no es lugar muy propicio para tratar la cuestión que ahora nos ocupa; pero deseando el Legislador culminar la super-protección que concede al arrendatario especialmente protegido, aprovechó la ocasión para ordenar, en la Disposición transitoria 1.ª, que «la facultad que la Ley de 23 de julio de 1942 reconoce a quien adquiera una finca rústica, sujeta a arrendamiento comprendido en el párrafo primero del artículo cuarto de la citada Ley, para subrogarse en los derechos del arrendador y exigir del colono, cuando aquél pudiere hacerlo, la entrega del inmueble, comprometiéndose a la explotación directa y personal del mismo durante un plazo mínimo de seis años, no podrá ser ejercitada hasta 1.º de octubre de 1954 en los casos en que dicho adquirente o su causante o causantes hubieren efectuado la adquisición con posterioridad a la publicación de la presente Ley, por título oneroso o por la donación comprendida en el párrafo noveno del artículo 16».

Vea el lector, en primer lugar, que a pesar de nuestra continuada afirmación equiparando la aparcería al arrendamiento a todos los efectos relacionados con el retracto en sus diversas facetas, no son aplicables a aquélla las normas acabadas de transcribir, ya que, como puede apreciarse, se limitan a condicionar la facultad de recabar el cultivo directo y personal de las fincas y esta conducta no afecta ni remotamente a las aparcerías por no establecerlo así ningún precepto, y cuando el propietario recaba la finca por haber expirado el plazo contractual no se le impone dicha restricción ni ninguna otra parecida, pues recobra íntegramente la libertad de disposición sobre ella.

La principal cuestión surgida de tales prescripciones (mejor dicho, la única) consiste en precisar cuáles sean los arrendamientos en ellas comprendidos, ya que aparentemente existe contradicción entre el propio texto legal y la Exposición de Motivos que le precede, al declarar ésta que «A tal efecto, resulta de manifiesta procedencia suspender parcialmente la vigencia del párrafo primero del artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1942 hasta tanto hayan de subsistir por imperativos de la legislación vigente los arriendos de esta clase comprendidos en los párrafos segundo de las dos primeras Disposiciones adicionales de la meritada Ley, no permitiendo que quien, a partir de la fecha de esta Ley, adquiera por título oneroso una finca rústica sujeta a arrendamiento com-

prendido en el párrafo primero del artículo 4.º del mismo texto legal, pueda exigir antes del 1.º de octubre de 1954 del colono o colonos la entrega de aquélla para su cultivo directo y personal».

Pues bien; teniendo en cuenta la alusión a las Disposiciones adicionales de la Ley de 1942 y considerando que la facultad mencionada por el texto va establecida, entre otros preceptos, en los artículos 6.º, 8.º, 9.º y citadas Disposiciones, es dudoso el alcance de la Reforma, ya que, por un lado, parece que sólo debe afectar a los arrendamientos en ellas comprendidos por estar vigentes al publicarse dicha Ley, y, desde otro punto de vista, también parece que, además de estos contratos, se ha de relacionar con los regulados en el articulado de la misma por ser posteriores a tal publicación.

Nosotros optamos por esta última amplia tesis, ya que la Exposición de Motivos carece de fuerza coactiva en lo que pueda contradecir al texto legal del articulado y, además, ni siquiera creemos que exista tal contradicción, pues la mención que hace de las Adicionales se formula para aceptarlas como simple índice de referencia respecto a la fecha hasta cuyo advenimiento haya de suspenderse la facultad de recabar el cultivo, a fin de igualar, en lo que a lo temporal se contrae, ambas categorías de arrendamiento. Pero esencialmente nos fundamos, para mantener nuestra opinión, en que el texto no distingue ni indica a qué grupo de arrendamientos se refiere, sino que tácitamente prescinde de toda diferenciación, y sabido es que «ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus»; sin olvidar, por otra parte, que en el caso contrario se crearía un contraste injusto entre ambas clases de contratos aun haciendo caso omiso, precisamente, de la alusión a las Adicionales hecha en la Exposición de Motivos, por cuyo motivo, en todo caso cabría sostener que tan sólo afectaba la Reforma a los arrendamientos que regulan, mas a esta exclusividad se opone la alusión al artículo 9.º de la Ley de 1942 (en realidad no guarda ninguna relación con estos contratos) y la consideración de que también respecto a ellos son posibles las conductas dolosas orientadas al desplazamiento del cultivador y que pretenden ser orilladas por el autor de la Ley, sin que exista motivo alguno para variar de criterio legal a fin de negar este amparo respecto a unos y concederlo a los otros.

Por tanto, mantenemos que todos los arrendamientos anteriores o posteriores a la Ley de 1942 están afectados por la limitación examinada; mas no sucede lo propio en los que se conciertan después de publicada la Ley reformadora, porque el texto ya advierte que el arrendamiento ha de estar vigente como comprendido en el artículo 4.º de dicha Ley de 1942, además de que respecto a ellos no caben las conductas dolosas contempladas por el Legislador. Este grupo de arrendamientos se regulará íntegra y exclusivamente según el articulado de la misma y el de la Ley de 18 de marzo de 1944.

Pero si, como acabamos de establecer, la Reforma alcanza también a los contratos comprendidos en las Adicionales de la Ley de 1942, ¿qué interferencia motiva la Reforma en las Disposiciones legales reguladoras de dichos arrendamientos?

Estas consisten, principalmente, en la Ley de 4 de mayo de 1948, cuyo artículo 1.º establece que «se entenderán prorrogados hasta el 30 de septiembre de 1954 los arrendamientos de fincas rústicas que, hallándose comprendidos en el párrafo segundo de las Disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley de 23 de julio de 1942, continuasen subsistentes a la publicación de esta Ley. Se exceptúan de la prórroga los casos en que el arrendador se proponga realizar alguno de los fines señalados en el artículo 7.º de aquella Ley, o se comprometa al cultivo personal y directo de la finca arrendada durante un plazo mínimo de seis años».

Contrastando estas normas y las de la Ley comentada observaremos que, según ésta, no puede recabarse el cultivo directo y personal hasta 1.º de octubre de 1954, en tanto que, conforme aquéllas, podía hacerse en cualquier momento con tal de contraer el compromiso pertinente; y, además, la Reforma sólo autoriza a formular esta reclamación en tal fecha, en tanto que la Ley de mayo de 1948 indicaba que entonces se obtendrá la libertad de cultivo, pues no establece ninguna restricción sobre el particular.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el precepto comentado derogó a dicha Ley por ser posterior en el tiempo, se llega a la conclusión de que ésta queda enervada con relación a todos los arrendamientos especialmente protegidos sobre fincas adquiridas con posterioridad a la publicación de la Reforma (día 17 de julio de 1949).

Después de tratar este problema, sólo podemos hacer las siguientes indicaciones: 1.ª) Ténganse muy en cuenta todas las normas que formula el artículo 4.º de la Ley de 1942, pues faltando cualquier requisito para considerar al contrato como «especialmente protegido», no se aplicará el precepto examinado y jugarán libremente las Leyes de 1935, 1940 y 1942 a fin de condicionar la recuperación del cultivo con la exclusiva traba de efectuarlo mediante explotación directa en la forma que establecen. 2.ª) Para el recabamiento del cultivo directo y personal siguen en vigor las prescripciones de la Ley de 18 de marzo de 1944. 3.ª) Véase que el precepto supedita este recabamiento a que el propietario «pueda hacerlo», ya que ha de respetar siempre el plazo contractual o la prórroga en curso, según indican los artículos reguladores de este supuesto. 4.ª) Cuando efectúe dicho recabamiento no hace falta preaviso por ser innecesario respecto a los casos de cultivo directo y personal al no imponerle ningún precepto, en contraste con lo que sucede respecto al cultivo directo. 5.ª) Sabido es que tampoco hace falta contraer expresamente dicho compromiso de cultivo, ya que el mero hecho de recabar la explotación lo lleva implícito (Sentencias de 2 de octubre de 1942, 24 de abril, 9 y 11

de noviembre y 16 de diciembre de 1943, 28 de marzo de 1945, etcétera). 6.ª) No existe ninguna restricción para que el adquirente arrendador pueda ejercitar en cualquier momento la acción de desahucio amparada en los diversos motivos mencionados por la Ley, incluso fundamentándolo en el artículo 7.º de la de 1942. 7.ª) La fecha computable, según el precepto, es la de publicación de la Ley reformadora, lo que tuvo lugar en el *Boletín Oficial del Estado* del día 17 de julio de 1949. 8.ª) Ténganse en cuenta las indicaciones de los artículos 1.218 y 1.227 del Código civil sobre eficacia de la fecha de los documentos públicos y privados respecto a terceros, como lo es el arrendatario no interviniente; permitiéndonos llamar la atención del lector sobre una conducta actual generalmente seguida y que consiste en elevar a escritura pública un documento privado con el fin de que el contrato constatado en éste se considere como realmente otorgado en la fecha en que, según los interesados, fué perfeccionado, ya que la fe notarial no alcanza a estas autodeclaraciones y, por tanto, sigue operando el citado artículo 1.227 del Código civil con el resultado de cuantas pruebas se practiquen sobre el particular. 9.ª) La catalogación hecha en el § 9 al explicar el concepto «transmisión a título oneroso» y cuanto allí decíamos es de pertinente aplicación al supuesto que nos ocupa, quedando comprendido también, por consiguiente, la adquisición mediante retracto, incluso si, por ejemplo, lo ejercita el arrendatario sobre una finca arrendada por parcelas por no haber actuado conjuntamente todos los demás según el párrafo sexto del precepto comentado, ya que también esta adquisición es causada «a título oneroso» en virtud del precio que hubo de abonar. 10.ª) «A sensu contrario» se deduce que las demás adquisiciones efectuadas gratuitamente no quedan comprendidas en la Reforma.

### § 13

#### 7.º) *NORMAS PROCESALES.*

##### a) *Aspecto transitorio.*

El Legislador se preocupa, en la segunda Disposición transitoria de la Ley comentada, de la acomodación de los litigios pendientes a las nuevas prescripciones, declarando que «los juicios de retracto legal, cuya tramitación se hallare en curso al publicarse esta Ley, serán fallados por los Jueces o Tribunales competentes, haciendo expresa aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente Ley, y atemperándose a las normas procesales contenidas en la Disposición adicional séptima de la de 23 de julio de 1942, con la única excepción de que, habiendo absoluta conformidad en los hechos no procederá el recibimiento a prueba».

De aquí se deduce la retroactividad otorgada a las normas de

la Ley reformadora, pues habrán de aplicarse en todos aquellos litigios que no estén terminados por sentencia firme; a cuyo efecto, el Juzgado o Tribunal ante el que estén pendientes las actuaciones concederá «ex officio» el trámite de rectificación de pedimentos por ser de «orden público»; mas véase que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos contemplados por las Transitorias 16.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup> de la L. A. U., aquí se autoriza a modificar las alegaciones amparadas en preceptos sustantivos y que incluso esta es la única finalidad perseguida, toda vez que no se introduce modificación alguna en lo procesal, al contrario de lo que sucede en dichas Transitorias. Más aún: cabe que las partes no evacuen el trámite o que lo hagan en sentido negativo y el Juzgado o Tribunal deberá guardar las nuevas prescripciones porque el texto le advierte que hará «expresa aplicación» de su contenido.

La alusión a los «juicios de retracto legal» ha de asumirse con amplitud necesaria a fin de acoger cuantos litigios no acabados por sentencia firme estuvieran pendientes el día 17 de julio de 1949 en que se publicó la Ley reformadora y se relacionaran con la aplicación del antiguo artículo 16 (procedencia del retracto o preferencia entre esta clase de derechos) ó 17 (infracción de la prohibición de transmitir la finca retraída), pues ahora también afecta a este último artículo la acomodación procesal tratada, por cuanto que se concuerda con todo el «artículo 1.º» de dicha Ley, y en él se contiene la modificación de los artículos 16 y 17. O sea que la acomodación afecta a todos aquellos litigios que se relacionen, aun indirectamente, con el retracto legal, a pesar de que específicamente no estén encaminados al ejercicio de esta acción.

Para viabilizar la concordancia de legislaciones indica el Legislador, como apropiadas, las normas procesales contenidas en la Disposición adicional séptima de la Ley de 23 de julio de 1942, cuyo tenor es como sigue: «En los pleitos que estén en tramitación al publicar esta Ley se observarán las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> En los que se hallen en primera instancia, si aún no se ha llegado al momento procesal de la proposición de pruebas, se concederá por el Juzgado un término de seis días a cada parte para que puedan modificar sus acciones y excepciones, ajustando sus pedimentos a los derechos de que se crean asistidas por virtud de la presente Ley. Y después de evacuado este trámite continuará el procedimiento su curso normal.

Si los autos estuvieran en momento procesal de proposición o práctica de pruebas, o en otro posterior, se concederá también a las partes el indicado trámite de rectificación de sus pedimentos, y a continuación se abrirá un período extraordinario de diez días comunes para proponer y practicar aquellas que versen sobre hechos que se relacionen directamente con las cuestiones que motivan la rectificación de sus pedimentos. Después del indicado período de prueba, el pleito continuará por los trámites que corresponden luego de concluido el período normal de las mismas.

El Juzgado fallará el pleito con sujeción a lo estatuido en la presente Ley.

2.<sup>a</sup> Si el pleito se encuentra en segunda instancia, la Sala de Audiencia respectiva concederá a las partes el mismo trámite de rectificación de pedimentos indicados en la regla anterior y a continuación el período extraordinario de prueba que también se expresa. Estas pruebas se declararán pertinentes y se practicarán ante el Magistrado que sea ponente en el pleito.

La Sala dictará el fallo con sujeción a esta Ley.

3.<sup>a</sup> Si el pleito se encuentra en tramitación ante el Tribunal Supremo, sin haberse dictado aún sentencia, seguirá el recurso su tramitación normal y se dictará aquélla de acuerdo con la legislación que regía cuando se estableció en el litigio el cuasi contrato de «litis contestatio».

4.<sup>a</sup> En los pleitos comprendidos en las reglas primera y segunda no será causa lo dispuesto en esta Ley para alterar los pronunciamientos sobre costas causadas antes de la publicación de la misma, teniendo arbitrio los Tribunales para decidir sobre la imposición de las que con anterioridad se causen.»

Como no es éste lugar apropiado para estudiar tales prescripciones, nos limitaremos a indicar los dictados de la jurisprudencia sobre ellas.

En Sentencia de 27 de noviembre de 1945 se declara que el hecho de aplicar esta Adicional sin solicitarlo las partes, no puede dar lugar al éxito del recurso de revisión amparado en la causa tercera de la norma séptima de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 1940. En la de 23 de noviembre de 1943 se hace constar que la Ley de Enjuiciamiento civil es complementaria de estas normas, por lo que debe ejercitarse el recurso de reposición contra cualquier decisión que luego haya de ser recurrida. La Sentencia de 11 de febrero de 1944 advierte que el período de prueba sólo se abrirá cuando así lo soliciten los interesados. En 17 de octubre de 1945 declara que «la modificación o rectificación autorizada por esta Adicional permite alterar las tesis anteriores produciendo otras diversas, sin más límite que no rebasar el objeto controvertido, y significa en puridad, respecto a los autos pendientes en segunda instancia, la instauración de la única a tal propósito, con mentado dique».

La única modificación introducida por la nueva Ley en la Adicional consiste en que «habiendo absoluta conformidad en los hechos no procederá el recibimiento a prueba». En verdad que no era necesaria tal aclaración si se tiene en cuenta que las probanzas van encaminadas a resolver la discordancia sobre las cuestiones de hecho alegadas por las partes, y si no existe tal base, carece de sentido la práctica de aquéllas; siendo pertinentes los artículos 551 y 552 para regular esta hipótesis.

b) *Competencia.*

Desde la publicación de la Ley de 1935 se sostuvo repetidamente que los Juzgados de Primera Instancia eran los únicos competentes para conocer de los juicios relacionados con el retracto, apoyándose los mantenedores de esta tesis en las normas procesales comunes sobre la materia.

Nosotros, fundándonos en la amplia dicción del vigente artículo 51 de dicha Ley (establece que «la jurisdicción para conocer de cuantas cuestiones surjan en la ejecución e interpretación de la presente Ley corresponderá, según su cuantía, al Juzgado Municipal o al de Primera Instancia competente... Los Juzgados Municipales conocerán, por los trámites del juicio verbal civil, de todas las cuestiones de cuantía no superior a 1.000 pesetas...»), mantuvimos que también los entonces llamados Juzgados Municipales eran competentes si la cuantía rentística lo permitía, prosperando esta tesis en la Sentencia de 12 de julio de 1943.

Después, a raíz de la publicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que atribuye exclusivamente a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de estos litigios relacionados con el retracto, se ha insistido en aquella doctrina, fundándose en la analogía con esta nueva Ley; pero ha de reconocerse que no es posible sostenerla en Derecho después de que el párrafo H) del artículo 8.º del Decreto de 24 de enero de 1947 (regulador de la competencia de los Juzgados Comarcales-Municipales y de Paz) declara que aquéllos conocerán *de los juicios de cualquier clase* sobre arrendamientos rústicos que la legislación vigente atribuye a los Juzgados Municipales (hoy llamados «de Paz»), y de hecho viene distribuyéndose la competencia según la cuantía rentística, excluyendo a los Juzgados de Paz porque el citado Decreto se la niega.

Según dijimos, la acción de retracto es de carácter real (Sentencias de 11 de octubre de 1905, 24 de diciembre de 1920, etc., y la de 23 de octubre de 1946, de la Sala 5.ª), y tanto por esta naturaleza—Regla tercera del artículo 63 de la Ley procesal—como por prescripción específica de la décimotercera del mismo artículo, será competente el Juzgado del lugar en que esté sita la finca para conocer del juicio en que aquélla se ejercite.

c) *Procedimiento.*

Hay una importante cuestión que no es resuelta en la Ley y que ha originado diversidad de prácticas, consistente en determinar si el proceso discurrirá por los trámites específicos del juicio de retracto señalados en el Título XII del Libro II de la Ley procesal común—artículos 1.618 al 1.630—o serán aplicables los de la Norma tercera de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 1940.

Vaya por delante nuestra protesta de acatamiento hacia las de-

ciones de los Tribunales que de manera expresa o tácita—por la aceptación de aquellos trámites cuando son seguidos por los Juzgados inferiores—están en desacuerdo con lo que exponemos a continuación; pero sí debemos decir que, a nuestro juicio, las palabras usadas en la citada Norma conducen a la última solución, teniendo en cuenta que el primer inciso de su apartado A) comienza refiriéndose a «cuantas cuestiones surjan en la ejecución e interpretación de la presente Ley» (actualmente, toda la legislación sobre arrendamientos rústicos) para ordenar se sustancien con arreglo a las normas que formula a continuación; de manera es que todos, absolutamente todos los litigios derivados de tales ordenamientos han de sujetarse a las prescripciones contenidas en las tres primeras Normas. Y como éstas establecen que los desahucios—Norma segunda—se tramitarán con arreglo a la Ley procesal común y que «todos los demás»—Norma tercera—se sustanciarán por los ritos procesales que indica, y el juicio de retracto deriva esencialmente de la legislación especial, visto es que su tramitación ha de regularse conforme a las prescripciones procesales de ésta y que en su relación son inaplicables los trámites específicos señalados en la Ley común procesal.

La Sentencia de 14 de mayo de 1946 establece esta tesis; pero la de 17 de octubre del mismo año admitió como válido el procedimiento de mayor cuantía ordinario en que se ejercitó el retracto arrendaticio.

Esta conclusión es el motivo de que, como decíamos en el apartado 1.º del § 11, sea innecesaria la previa consignación del precio para ejercitar la acción de retracto, pues ello viene impuesto por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil y acabamos de establecer su inaplicación; pero, no obstante, nos consideramos obligados a recordar al lector que el Tribunal Supremo mantiene la tesis contraria en las numerosas Sentencias allí citadas.

Terminamos esta Exposición advirtiendo que «la obligación de consignar las rentas vencidas durante el pleito no alcanza a los procesos en que se ejercitan acciones de retracto arrendaticio»; que en dichos juicios no es preceptiva la imposición de costas (Sentencias de 24 de diciembre de 1940, 26 de septiembre y 17 de diciembre de 1941, 22 de enero de 1946, etc.), y que, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo B) de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 1940, no es necesaria la intervención de Abogado y Procurador en estos litigios cuando las partes comparezcan por sí mismas.

## § 14

## ARTICULO 17

La limitación que respecto al *jus disponendi* implica el derecho de retracto, por impedir al propietario de la cosa transmitirla a quien libremente eligió, requiere, para no quedar reducida a imposición legal injustificada, que el retrayente no actúe durante determinado plazo en contra de la razón motivadora de la concesión de preferencia a su favor para adquirir la finca. Esta consideración llevó al Legislador a establecer—en los apartados cuarto, quinto y sexto del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil—la obligación de que en la demanda se asuma el compromiso de no transmitir durante determinado plazo la cosa adquirida mediante retracto o de no separar los dominios directo y útil, pues pretendía se cumpliera en todo este tiempo el fundamento que le indujo a reconocer el retracto, dejando después en plena libertad de acción al retrayente.

Esta es también la causa de que el precepto a examinar establece que «cuando por haber usado el derecho que le concede el artículo 16 de esta Ley, el arrendatario adquiriera la propiedad de la finca arrendada, no podrá, por ningún título *«inter vivos»*, ni en todo ni en parte, enajenarla, arrendarla, cederla en aparcería ni enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio de la misma hasta que transcurran seis años desde la fecha de la adquisición de la finca.

*Por excepción o lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá el arrendatario retrayente hipotecar la finca retraída; pero la acción del acreedor no podrá tener efectividad, en ningún caso, sino hasta transcurridos seis años desde la fecha en que ejerció el retracto.*

*No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, el arrendatario o arrendatarios retrayentes de una finca rústica podrán transmitirla, en cualquier momento, al Instituto Nacional de Colonización, cuando, siéndole ofrecida, este Organismo estimare conveniente para el cumplimiento de sus fines parceladores, llevar a efecto la compra del inmueble.*

Vea el lector que lo escrito con letra cursiva constituye novedad frente al antiguo texto del artículo comentado y que, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en la Transitoria 2.ª de la Ley reformadora, estas modificaciones han de aplicarse en los litigios pendientes el día de su publicación (véase apartado a) del § 13).

## 1.º) NATURALEZA DE ESTE MANDATO.

Muchas y muy complejas cuestiones motiva el ordenamiento a comentar si ha de examinarse en toda su integridad, pero sin duda alguna es la más importante la de precisar su naturaleza, pues de

la solución adoptada dependerá la interpretación que haya de realizarse y los efectos obtenibles, especialmente el relacionado con la posibilidad de que el adquirente que perdió la finca al prosperar el retracto, pueda o no liberar de este mandato al retrayente, ya que si bien el precepto comentado parece formular su mandato en términos conminatorios, existen otras normas legales que pudieran conducir a la admisión de tal posibilidad.

En efecto; sabido es que en la Legislación de arrendamientos rústicos existen tres clases de ordenamientos: los que instituyen beneficio para el arrendatario y que, según el artículo primero de la Ley de 1935, no admiten estipulaciones que los contradigan; los que conceden beneficios al arrendador y, por tanto, son renunciables, y, finalmente, existen otros que por su carácter prohibitivo no toleran pactos de ninguna clase encaminados a su enervamiento (por ejemplo: la prohibición de subarrendar, establecida por el artículo cuarto de dicha Ley).

Pues bien, la expresión gramatical categórica utilizada en el precepto llevaría a catalogarlo en esta última clase si no fuera por la posible aplicación subsidiaria de la Ley procesal civil, considerándolo, en consecuencia, como típico de derecho necesario e imperativo que escapa a las actuaciones de las voluntades particulares; máxime que el contraste existente entre la dicción de esta Ley y la comentada, confirma esta tesis, pues la de Enjuiciamiento, habla de «compromiso» y la de 1935 formula su exigencia en calidad de prohibición terminante, y como aquel ha de asumirse en la demanda que vincula al actor retrayente con el demandado, resulta que se trata de un simple compromiso privado con este, del cual, por tanto, puede liberar al compromitente.

Desde otro punto de vista ha de considerarse que la Ley de Enjuiciamiento civil se fundamenta parcialmente en consideraciones de interés social al establecer la necesidad del referido compromiso, pero esta misma forma de expresión demuestra que tal interés queda reducido al afectante a quien perdió la cosa, como si le diese satisfacción de que la razón de preferencia que le pospuso frente al retrayente habrá de subsistir durante los plazos fijados, a no ser que él, estimándose satisfecho, le libere; de modo es que en definitiva se crea el compromiso en su beneficio. Mas el fundamento del precepto comentado carece de aspecto privado, y únicamente consiste en la voluntad del Legislador para que se cumplan los fines que persiguió al conceder el retrato al arrendatario; o sea, que se inspira en su deseo de que el patrimonio propio conseguido a través del ejercicio del mencionado derecho, subsista, cuando menos, durante seis años, y claro es que siendo esta finalidad típicamente social y, como tal, imperativa o de derecho necesario, que opera por encima de los intereses o conveniencias particulares, no puede quedar mediatizada a la voluntad de éstos hasta ser burlada, aún sin guardar o respetar el indicado plazo, con cuyo señalamiento demuestra el Legislador se considera sa-

tisecho si se cumple durante él la prohibición, y si no se le diera esta satisfacción resultaría preferido el interés privado al social y desconocida en absoluto la razón de ley que inspira estos ordenamientos.

Nosotros, fundándonos en la dicción terminante del precepto comentado y en el carácter social de la Legislación de arrendamientos rústicos, optamos por esta última solución, estableciendo, en consecuencia, que la prohibición comentada grava al arrendatario retrayente aunque el adquirente que perdió la finca pretenda liberarle de ella, si bien hemos de reconocer que el mandato legal será enervado en la hipótesis que aquel no actúe a fin de obtener las consecuencias propias de la nulidad del pacto liberatorio por ser opuesto a la prohibición, y, conforme a lo establecido en el artículo cuarto del Código civil, creemos que no quedará vinculado al no operar el nexo derivado de sus «propios actos».

Como derivación lógica del carácter imperativo e indeclinable de meritada prohibición adviene la innecesidad de que en la demanda de retracto se asuma el compromiso de no transmitir la finca durante seis años, pues que esta exigencia se impone por ministerio de la ley y resultaría vacuo e inútil comprometerse a cumplir una obligación que necesariamente ha de ser respetada.

## § 15

### 2.º) SUJETO DE LA PROHIBICION.

Lo precisa la Ley diciendo que «cuando por haber usado el derecho que le concede el artículo 16, el arrendatario adquiera la propiedad de la finca arrendada...»; y como no distingue en cuanto a la conducta de estos causantes de la adquisición, es indudable que encaja el titular de mencionado derecho que lo esgrimió en vía judicial y quienes obtuvieron la finca por acceder voluntariamente a entregársela el adquirente, ya que no indica el texto legal la necesidad de que se haya accionado ante el Juzgado para surgir la prohibición comentada. Por tanto, si se acredita suficientemente que la adquisición de la finca fué meritada en las pretensiones del arrendatario formuladas con apoyo de los ordenamientos legales creadores del aludido derecho, aunque inexistiera decisión judicial estimativa por no haber sido necesario impletarla a consecuencia del acomodamiento voluntario del adquirente, opera la prohibición.

Claro es que, según quedó razonado en el apartado 3.º del § 2 y en el § 3, también ha de estimarse comprendido en la prohibición al aparcerero, no obstante la exclusiva alusión legal al «arrendatario», pero la duda surge cuando éstos adquirieron directamente la finca conforme a lo indicado en el apartado undécimo del artículo 16 de la Ley de 1935.

A nuestro juicio procede hacer la siguiente distinción: Si

ningún otro presunto retrayente se enfrentó con aquéllos, podrán disponer libremente de la finca, pues su adquisición se regula íntegramente por el Código civil sin rozar en nada a esta Legislación especial; mas si hicieron valer la preferencia que dicho ordenamiento les otorga a fin de posponer a otro retrayente, quedarán comprendidos en el precepto comentado, aunque de modo expreso alude al «arrendatario retrayente» como sujeto de la prohibición, porque también opera respecto a dicho adquirente la «ratio legis» determinante de esta norma y que ya hemos puesto de manifiesto repetidas veces; además de que no se puede justificar el hecho de que por un lado se ampare en la Ley mientras por otro la infringe evidentemente en su espíritu.

Respecto a la obligación de probar dicho requisito, o sea, que la adquisición se hizo en virtud del derecho de retracto, sólo indicaremos que pesa sobre quien pretenda obtener las consecuencias derivadas de este mandato prohibitivo, por ser uno de los elementos integrantes y constitutivos del hecho en que fundamenta su derecho para resolver la transmisión anulándola o para rescindir los efectos del retracto.

## § 16

### 3.º) OBJETO DE LA PROHIBICION.

A primera vista parece sencilla la precisión de este aspecto, ya que el texto legal ordena que «no podrá, por ningún título "inter vivos", ni en todo ni en parte, enajenar (la finca) arrendada, cederla en aparcería ni enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio de la misma»; pero la amplitud del significado atribuible a tales palabras origina muchas dudas respecto a los negocios jurídicos que puedan comprenderse en el ámbito por ellas delimitado.

Como es lógico, sólo se veda transmitir «inter vivos», y en virtud del axioma de hermenéutica legal «inclusionis unus, exclusio alterius», resulta innegable que, por el contrario, pueden efectuarse libremente transmisiones «mortis causa»; y aunque sería lógico imponer a los adquirentes por este título la persistencia en la prohibición hasta completar el plazo legal como sucede en el artículo 65 de la L. A. U., es lo cierto que ahora no se establece tal condicionalidad, y, en consecuencia, no la consideramos apropiada; máxime que el ordenamiento comentado es de carácter limitativo y sancionador en potencia, y ya sabemos que ha de interpretarse en sentido restrictivo. Por consiguiente, el arrendatario retrayente puede transmitir con toda libertad la finca en testamento, y ni los sucesores testamentarios ni los legítimos quedan vinculados por la prohibición a pesar de que la Ley debería disponer lo contrario.

Tampoco distingue entre transmisión gratuita y onerosa: por

consiguiente, ambas modalidades encajan en la esfera prohibida ; pero ya no es tan clara la solución a adoptar respecto a las donaciones, puesto que pueden efectuarse, según los artículos 620 y 621 del Código civil, «inter vivos» o «mortis causa», de modo es que si como donación se comprenden ambas modalidades en el precepto comentado, respecto a la última es posible surjan dudas, ya que puede suceder que por fallecimiento del arrendatario donante adquiera la finca el donatario antes de que transcurra el indicado plazo legal. Teniendo en cuenta que, aun efectuadas en consideración a la muerte del donante (y ya es sabido que su característica estriba en que sólo han de producir sus efectos después de ésta), realmente son transmisiones «inter vivos» supeditadas a tal acaecimiento, en la hipótesis planteada actuará la prohibición ; mas si el fallecimiento ocurriera después de transcurrir los seis años, no habrá lugar a conjugar el ordenamiento comentado, pues tales donaciones no crean sus efectos propios transmisorios hasta después de la muerte del donante, quien, mientras tanto, no pierde la cosa donada (Sentencias de 28 de enero de 1898, 3 de enero de 1905, 14 de diciembre de 1910, etc.), y, en consecuencia, no la «transmite». Por tanto, el simple hecho de donar por tal título la finca no crea el presupuesto vitalizador de la prohibición y puede realizarse libremente sin que se ocasione los efectos derivados de su infracción, siempre que el fallecimiento no ocurra antes de completar el plazo legal, porque entonces se causa verdadera transmisión «inter vivos».

Desde el punto de vista técnico-jurídico más usual puede decirse que «enajenación» es todo acto de disposición por el cual se excardina una cosa-finca del patrimonio, del transmitente y se incardina en el del adquirente, bien se realice gratuita u onerosamente. En este concepto amplio ha de asumirse la palabra subrayada, y de aquí que encaje como prohibidos: a) Las donaciones «inter vivos», ya que no formula ninguna excepción frente a lo establecido sobre el particular por el artículo 16. b) La compra-venta, pues su esencia consiste precisamente en transmitir el dominio de la finca vendida : mas no está prohibida la promesa o compromiso de venta, ya que no produce efectos transmisorios, sino que únicamente autoriza a exigir el cumplimiento de lo pactado. c) La permuta, por consistir en una entrega recíproca del dominio de las cosas permutadas. d) La dación y adjudicación en pago de deudas, ya que mediante ellas se cede el dominio de una cosa para pagar con su importe la deuda motivadora de la transmisión. e) La transmisión en censo reservativo, pues, según el artículo 1.607 del Código civil, mediante él cede una persona a otra el pleno dominio de una cosa, reservándose únicamente el derecho de percibir una pensión con cargo a aquélla. f) La realizada por contrato de renta vitalicia, por cuanto el artículo 1.802 del citado Cuerpo legal lo define aludiendo a la transferencia del dominio en contraprestación a la renta a percibir por el trans-

mitente; y la Jurisprudencia ha declarado que para existir este contrato ha de cederse el pleno dominio de la cosa (Sentencias de 27 de junio de 1906 y 12 de octubre de 1912. g) Ya hemos visto que la Ley autoriza la hipoteca de la finca aunque condiciona en lo temporal su efectividad, y por razón de analogía, ha de aplicarse la misma tesis a la prenda. h) La Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de diciembre de 1946 admite el embargo de estas fincas; pero creemos que ante la manifiesta semejanza con el supuesto acabado de contemplar y para evitar conductas dolosas, cabrá al adquirente vencido en el retracto obtener las consecuencias de la infracción de este mandato prohibitivo como después hemos de explicar. i) La Ley aclara con precisión que tampoco se podrá «enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio», o sea el usufructo o la nuda propiedad, o ceder la finca en censo enfitéutico. j) Por razón de analogía, aunque nada dice la Ley expresamente, tampoco podrá ceder por ningún concepto alguno de sus aprovechamientos aunque el retracto haya funcionado en la hipótesis contemplada por el párrafo séptimo del artículo 16. k) Opera también este mandato ampliamente en los casos de que, por tratarse de fincas destinadas a varios aprovechamientos o divididas en parcelas, se adquiriera por retracto no sólo el aprovechamiento principal que ya se disfrutaba, si que también los secundarios, o se obtenga la propiedad de las parcelas que ya se tenían arrendadas y las de los arrendatarios que no actuaron retractualmente: el resultado del citado derecho es toda la finca y a su integridad hay que referir las consecuencias. l) No encaja en la dicción legal la modificación del régimen de explotación para convertirlo en aparcería, pues a pesar de su creación, se respeta el fundamento del precepto comentado: prohibición al retrayente de desentenderse del cultivo de la finca. m) También constituye infracción del mandato la creación de cualquier clase de Sociedad para la explotación de la finca aunque el arrendatario retrayente forme parte principal de aquélla, pues al constituirse la personalidad social, media una cesión de aprovechamiento a su favor. Análogicamente se ha declarado así, respecto a los arrendamientos urbanos, en las Sentencias de 20 y 29 de enero, 6 de febrero, 15 de marzo de 1948, etc.

También pueden surgir otras dudas en relación con esta prohibición, y sin ánimo de tratar todas las posibles, y mucho menos con la pretensión de solucionarlas cumplidamente, exponemos a continuación las que a nuestro entender son más propicias a nacer en la práctica:

1.ª ¿Puede pactarse anticipadamente la liberación de esta traba al derecho de libre disposición del adquirente por retracto? Al comenzar este Comentario tratamos el supuesto de que la liberación se pretenda realizar después de consumada la adquisición de la finca por aquéllos, y llegamos a contestación negativa fundándonos, esencialmente, en que la aludida traba se impone por con-

sideraciones de interés público y social que escapan a la posibilidad de ser objeto de acción de las voluntades particulares. En virtud de cuanto allí expusimos también mantenemos ahora la misma solución, declarando nulo el pacto contemplando; y si bien es cierto que las consecuencias de tal nulidad pueden ser obviadas en cuanto a los principales titulares de la acción encaminada a conseguirla dejen de ejercitarla, burlando así las prescripciones legales, teniendo en cuenta que no sólo está interesado en ella el adquirente, sino que existen otros titulares mediatos de la mencionada acción de nulidad (por ejemplo: los presuntos retrayentes postergados por el arrendatario, según veremos después), resulta evidente que, aun no actuando los intervinientes en el pacto cuya admisión rechazamos, podrán hacer valer los mandatos legales los referidos titulares mediatos.

2.<sup>a</sup> ¿Se infringe la prohibición cuando la finca se transmite al tercero adquirente que la perdió en virtud del retracto? Ciertamente que la Ley, al establecer la prohibición de transmitir, no distingue entre éste y cualesquiera otras personas para abrogarla cuando se relacione con aquél; por tanto, formulándose el mandato prohibitivo en términos personales genéricos, parece que no podemos ni debemos distinguir nosotros para crear excepciones, máxime que no se inspira, según dijimos anteriormente, en el simple beneficio o satisfacción de quien se vió privado de la finca para el ejercicio del retracto, sino que se fundamenta principalmente en valoraciones de interés público o social; de aquí que, interpretando el texto legal en su sentido literal, habríamos de estimar nula la transmisión contemplada y, además, motivaría todas las consecuencias propias de tal efecto. Pero si nos adentramos en el espíritu de ese ordenamiento veremos que la Ley considera también al estatuirlo la conveniencia de que no se rompa mediante la transmisión de la finca el círculo de personas afectadas por el retracto, para que la razón de preferencia del arrendatario no sea burlada enajenando aquél en cuanto ésta operó, siendo como una especie de satisfacción a los postergados que saben será respetada la aludida razón durante seis años. En consecuencia, creemos que puede transmitirse libremente la finca al titular inmediato de la acción de nulidad sin ocasionar los efectos propios de la infracción del mandato legal. sin perjuicio, claro es, de las acciones que puedan asistir a los demás retrayentes para hacer valer su derecho de preferencia frente al adquirente, pues al resolverse la adquisición del infractor con la consiguiente rescisión de sus derechos, mejor dicho, de sus efectos, desapareció la causa de postergación, y entonces pueden hacerlos valer si concurriesen las condiciones necesarias según Ley, ya que, en otro caso, sería sumamente fácil burlarlos con sólo actuar preferentemente el arrendatario devolviendo después la finca a quien la transmitió, sin respetar el plazo legal. No debe olvidarse tampoco que los derechos postergados no se extin-

guieron automáticamente con la actuación de aquél como retrayente preferido, sino que, en virtud del mandato comentado, permanecen latentes durante los seis años, para surgir en cuanto cese la actuación de quien los postergó.

3.<sup>a</sup> ¿Operará también la prohibición en las transmisiones con pacto de retracto, respecto a las cuales se subrogó el adquirente de la finca? Pensando en que la esencia del retracto consiste en la subrogación integral en las condiciones de la transmisión, no está permitido al retrayente impugnarlas, sino que necesariamente ha de aceptarlas como condición previa al ejercicio del aludido derecho, y pudiendo estar afectada la enajenación que lo vitalizó con el pacto de retro, en mérito de cuanto antecede es indudable que su adquisición estará gravada con esta especie de carga, ya que, según dijimos en el apartado a) del § 9, también hacen nacer el derecho de retracto las ventas-transmisiones con tal pacto. Si pues el retrayente está vinculado inexorablemente por él, a menos de creer que el ordenamiento comentado deroga la esencia del mencionado derecho rompiendo la subrogación integral, llegado el plazo señalado al cumplimiento del pacto habrá de transmitir nuevamente la finca al adquirente, sin que los retrayentes postergados o el tercer adquirente puedan impugnarlo. La Ley sólo establece su prohibición para el supuesto de que no exista obligación válida de transmitir la finca, porque entonces imperan los efectos de la subrogación sobre los causados por ella.

No creemos sea necesario razonar que la carga de probar la realidad de esta transmisión ilegal grava a quien accione para obtener los efectos derivados de la infracción del mandato legal, pues realmente constituye dicha transmisión «hecho constitutivo» del derecho que se reclama.

La única excepción admitida consiste en la enajenación efectuada en favor del Instituto Nacional de Colonización, pues la clásica de «advenimiento a peor fortuna» ni siquiera es mencionada por el texto y no cabe estimar supletoria la Ley de Enjuiciamiento civil a estos fines.

## § 17

### 4.º) DURACION DE LA PROHIBICION.

Se fija al efecto el plazo de seis años, a contar desde la «adquisición de la finca».

Conviene advertir que lo perseguido por la Ley es que durante este tiempo no salga su dominio del patrimonio propio del retrayente; por tal motivo resulta válida y admisible la transmisión sujeta a condición suspensiva, mas no la afectada por resolutoria, ya que en la primera hipótesis permanecen nonnatos los efectos de la transmisión y en la segunda los surte plenos, aunque media-

lizados al evento contemplado en la condición si se cumpliera dentro del plazo legal.

Respecto a su computación rigen los principios comunes, o sea que quedará excluido el día en que se realice la adquisición y, en cambio, habrá de guardarse la prohibición durante todo el último día del plazo, efectuándose el cómputo por días naturales y completos, no de momento a momento, sin excluir los inhábiles (véase apartado b) del § 7).

La cuestión más importante que plantea este aspecto del mandato prohibitivo es la de precisar cuál sea la fecha determinante de la adquisición. En las transmisiones comunes, es decir, en las que admiten modalidades de tradición real, suele identificarse con el día en que entra el adquirente en posesión de la cosa; mas en el supuesto que ahora nos ocupa no puede conjugarse esta norma, ya que el arrendatario está en posesión del inmueble y es muy difícil determinar con exactitud cuándo cesa de tenerla en nombre de otro para poseer en el propio, máxime que el problema planteado consiste precisamente en señalar el momento en que se efectúa tal conversión de titulación posesoria. Análogicamente se originan las mismas hipótesis que pueden surgir respecto a la entrega de la cosa vendida, por cuanto en Derecho español no existen normas específicas reguladoras de la «traditio» como institución jurídica sustantiva complementaria de variados negocios jurídicos y suele adoptarse las normas del Código civil sobre dicha entrega, además de que precisamente es la compraventa el presupuesto contractual contemplado en forma inmediata por el Legislador al crear el derecho de retracto y los demás son admitidos a causa de su identidad de naturaleza con aquélla. Jugando, pues, los artículos 1.462 y siguientes del mencionado Cuerpo legal, procede establecer que cuando la tramitación se realice mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la adquisición de la finca por el retrayente, a no ser que de aquélla se dedujere lo contrario (art. 1.462); pero aun cuando solamente se identifica la aludida fecha con el otorgamiento de «escritura pública», es evidente que la «traditio ficta» opera también en la hipótesis de constatarse la transmisión en documento privado, y así lo reconoció la Sentencia de 19 de diciembre de 1924, declarando que «el acto de suscribir un documento privado de venta de un inmueble debe considerarse tradición simbólica para estimar entregado el derecho que se enajena, por analogía a lo que el artículo 1.463 dispone con respecto a la escritura pública»: bien entendido que es posible computar fecha anterior a la de los escritos si se probase que realmente cesó en ella toda relación del anterior dueño con la finca, sustituyéndole el ex arrendatario, pues la ficción o simbolismo de la equiparación del otorgamiento de la escritura a la entrega de la finca ha de ceder ante la realidad derivada de la práctica de cualesquiera otros actos que únicamente competen al propietario del inmueble: mas así como el actor que se apoya en la

infracción del mandato comentado le bastará con acreditar la fecha de la escritura para demostrar el comienzo de la iniciación del plazo prohibitivo (y ya se ve cuán fácil es cumplir esta carga), cuando pretende indentificarla con la efectuación de los mencionados actos ya reveladores de la transferencia de dominio habrá de acreditar, no sólo la fecha de éstos, sino que realmente fueron realizados como propietario de la finca por mediar el acuerdo a que luego hemos de referirnos. La Sentencia de 13 de diciembre de 1930 confirma esta posibilidad declarando que «la tradición en los inmuebles se realiza con el otorgamiento de la escritura o por la realización de otros actos que la demuestra».

Adviértase que el presupuesto previo para originar la transferencia del dominio es el cumplimiento de la obligación de reembolso y accesorias en la hipótesis del retracto, porque el artículo 1.519 del Código civil, aceptado explícitamente por el 16 de la Ley de 1935, así lo exige: de modo es que mientras no se cumpla este requisito, a no ser que el tercer adquirente libere temporalmente de él al retrayente, no se efectúa la adquisición de la finca, sirviendo generalmente la fecha en que se pague el precio y demás reembolsos como índice de la conversión de la titularidad posesoria por haberse efectuado ya la transmisión y subsiguiente adquisición.

Subsidiariamente, para la hipótesis de que no se otorgue escritura pública o privada, actúan las normas del artículo 1.463, pues aunque solamente se relacionan con la entrega de bienes muebles, no cabe duda alguna de que analógicamente son aplicables a los inmuebles: de aquí que en tal hipótesis de inexistencia de escritura, teniendo en cuenta que la cosa a entregar ya es poseída «nomine alieno» por el presunto dueño, la adquisición de propiedad se realizará por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, pero quien pretenda identificar su fecha con determinado día habrá de acreditar la realidad de tal acuerdo.

En el supuesto de actuación judicial no se considera como fecha de adquisición la en que la sentencia aceptatoria de retracto quede firme, ya que esta Resolución se limita a declarar la vitalidad de tal derecho y después han de realizarse cuantos requisitos son necesarios como previos indispensables—salvo acuerdo entre los interesados—para que la declaración se traduzca en la transmisión de la finca el tercer adquirente con la automática adquisición por el retrayente.

Según la Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup>, de 3 de abril de 1945, «la prohibición de enajenar la finca obtenida, hasta el transcurso de seis años, no entra en juego hasta que en efecto se haya logrado por el retracto el predio correspondiente, y en su virtud, no ha de servir para anticiparse produciendo la negativa de concesión».

Ya hemos indicado que grava al actor que se apoye en la infracción de la comentada prohibición la carga de demostrar que la transmisión ilegal se efectuó antes de transcurrir seis años, con-

tados a partir de la adquisición de la finca por el transmitente, y, por tanto, habrá de demostrar también cuál sea la fecha determinante de ésta si la otra parte impugna sus afirmaciones.

## § 18

### 5.º) *EFFECTOS DE LA INFRACCION.*

Pueden distinguirse los creados en relación con la transmisión de la finca, para señalar la calificación precisa que ha de atribuírsele respecto a su posible nulidad o anulabilidad; en relación con los terceros, sean o no hipotecarios, que hayan adquirido la finca por habérsela transmitido el retrayente infringiendo el mandato legal; respecto a la posible resolución del retracto, y en relación con los titulares de tal derecho que fueron postergados por el arrendatario infractor del mandato legal comentado.

#### 1.º) *Respecto a la transmisión de la finca.*

Teniendo en cuenta que la prohibición de efectuarla se establece con miras de interés social, y siendo una prohibición legal absoluta, es evidente que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, ha de considerarse nula esta transmisión como opuesta a la Ley. Advierta el lector que su nulidad es también absoluta, y, en consecuencia, son aplicables las normas comunes que diferencian este efecto de la nulidad relativa o anulabilidad: de aquí que, si bien habrá de obtenerse la pertinente declaración judicial sobre ella (a pesar de que suele decirse actúa «ope legis», según se deduce claramente de la Sentencia de 18 de enero de 1904), podrán conseguirla no sólo los obligados principal o subsidiariamente por el acto nulo (art. 1.302), sino que también está permitido accionar a cuantos tengan interés en que se declare la nulidad (Sentencias de 12 de octubre de 1916, 12 de noviembre de 1920, 11 de enero de 1928, etc., aceptadas analógicamente), y, además, no puede convalidarse el acto infractor del mandato legal, porque en tal caso se reconocería la posibilidad de burlar la Ley sin causar las consecuencias propias de toda transgresión jurídica.

Cuanto antecede ha sido expuesto pensando en el problema que luego hemos de plantear respecto a la subsistencia del derecho de retracto pospuesto por el arrendatario que transmitió ilegalmente la finca, pues a causa de catalogar esta transmisión como acto radicalmente nulo, resulta que pueden actuar para impugnarlo el tercer adquirente y el nuevo titular de la finca (así sucedería en la hipótesis de nulidad relativa o anulabilidad), y también están legitimados aquellos posibles retrayentes pospuestos, a causa del interés que tienen en la resolución del retracto, para, si fuera po-

sible, vitalizar su propio derecho de ese carácter al desaparecer el preferente.

Respecto a la duración de la acción de nulidad ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo que por ser ésta esencialmente distinta de la nulidad relativa y de la rescisión, no le son aplicables los preceptos del Código civil sobre ellas (Sentencias de 6 de marzo y 30 de noviembre de 1909, 21 de junio de 1927, etc.), y, concretamente, en relación con este plazo de ejercicio, sostienen la misma doctrina las de 31 de octubre de 1922 y 24 de febrero de 1927, que, además, establecen la inaplicabilidad de los términos temporales señalados en las disposiciones generales en materia de prescripción.

El artículo 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento civil expresamente declara que «la enajenación que se hiciera antes del nacimiento de los respectivos plazos sin la conformidad del comprador vencido será nula...», y si este efecto se ocasiona por la infracción de un compromiso privado, con mayor razón habrá de producirlo la violación de mandato legal.

## 2.º) *En cuanto a terceros adquirentes.*

Ninguna duda cabe de que el tercero civil o no hipotecario resulta afectado plenamente por la nulidad de la transmisión, sin perjuicio de las acciones que pueden asistirle contra el transmitente: de modo es que deberá ser citado al juicio en que se accione para conseguirla: pero conviene tratar el supuesto de que el adquirente haya inscrito su derecho en el Registro, a fin de orientar ligeramente al lector sobre el juego de los preceptos hipotecarios, pues luego veremos no debe constar en sus libros la prohibición de disponer.

En el sistema de la Ley procesal también podía ocurrir esta omisión, por cuanto el mandato de su artículo 1.628 para exigir el oportuno mandamiento judicial a fin de que se tomase razón del compromiso contraído por el retrayente sólo operaba a instancia de parte, considerando al vencido por el retracto árbitro absoluto de la prohibición, y hasta puede, según el artículo 1.629, liberar autónomamente de aquél al retrayente: mas con facilidad comprenderá el lector que este mecanismo judicial-registral no se pondrá nunca en marcha en los supuestos que nos ocupan a causa de que, según dijimos anteriormente, no es necesario asumir en la demanda la obligación de no enajenar la finca, y, por tanto, no existe base para anotar registralmente la prohibición comentada.

Si los autores catalogaban los efectos del mencionado compromiso como «prohibición legal» de disponer a pesar de tratarse de simple «compromiso» privado, cuya efectividad no depende enteramente de la Ley sino del beneficiado, o sea de quien perdió la cosa por el ejercicio del retracto (arts. 1.629 y 1.630 de la Ley procesal), con mucho mayor motivo merece tal catalogación el

efecto creado por el artículo en estudio, por cuanto se prescinde de la fórmula compromisoria, y ya hemos visto que el vencido por el retracto puede exonerar de la prohibición establecida al adquirente de la finca que ejercitó tal derecho; por tanto, resulta que estamos en presencia de típica limitación legal al derecho de disponer.

Pues bien; la cuestión nos la da resuelta el artículo 26 de la Ley Hipotecaria cuando dispone que: «Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efectos con arreglo a las siguientes normas: Primera. Las establecidas por la Ley que sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales de dominio»: de modo es que por ser innecesaria la constatación registral de la prohibición comentada, y aunque realmente no se haya tomado nota de ella en el Registro, no podrá apoyarse el tercer hipotecario en esta circunstancia a fin de estimarse protegido por los principios de publicidad y legitimidad establecidos en los artículos 32 y siguientes de la citada Ley, pues si bien no precisa el transcrito los efectos de aludidas limitaciones a pesar de que anuncia lo contrario, tácitamente da a entender que en lo hipotecario ocasiona el cierre del Registro para cuantos actos o negocios jurídicos se realicen contraviniéndolas, y en lo civil opera por ministerio de la Ley con independencia de su constatación en dicha Oficina, ya que la presunción de conocimiento general creada en las leyes sustituye a la de publicidad registral.

### 3.º) *Respecto al retracto.*

Nada dice la Ley sobre este aspecto de la cuestión, y, por tanto, puede discutirse si la transmisión ilegal de la finca ocasiona o no la resolución del retracto.

A nuestro juicio no ofrece duda la contestación afirmativa, a causa de las siguientes razones: a) La formidable limitación que implica tal derecho en relación con la libertad de disposición del dueño de la finca sólo puede justificarse por los móviles de interés social repetidamente resaltados durante este Comentario: o sea que ellos, y sólo ellos, sirven de amparo a la preferencia del arrendatario para obtener la propiedad de aquélla. Desaparecida esta razón de Ley por la transmisión efectuada en favor de tercera persona que no ostente el mencionado título contractual atrayente de preferencia, no existe motivo alguno para que el adquirente siga siendo preferido a quien de hecho contrató con él, subsistiendo la postergación de aquél, pues desaparecida la causa que la originó, deben cesar sus efectos: b) En el artículo 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin duda contemplado por el autor de la comentada al crear estos ordenamientos, se establece expre-

samente, después de declarar nula la enajenación ilegal de la cosa retraída, que el retracto quedará sin efecto si lo solicitare el comprador; c) Realmente es incomprensible la facultad de anular dicha transmisión por el adquirente vencido en el retracto si no ha de obtener más beneficios que su satisfacción personal de hacer respetar el mandato legal, ya que la nulidad de aquélla no atrae por sí sola la posibilidad de que readquiera la finca. Precisamente en la antigua Ley de Enjuiciamiento civil se ordenaba anular la enajenación de la cosa retraída pero nada se decía respecto a la resolución del retracto, y al publicarse la hoy vigente, teniendo en cuenta estas consideraciones, se adicionó lo que antes hemos constatado sobre el particular; así, mediante tal ordenamiento, colabora el actor en hacer respetar el mandato prohibitivo llevado de su deseo de readquirir la finca; d) Sabido es que el «compromiso» de no enajenar la cosa retraída crea un derecho simplemente potestativo en favor del vencido por el retracto, siendo árbitro supremo para exonerar al retrayente de su cumplimiento. Pues bien, si respecto a la infracción de mero derecho privado se establece la facultad de resolver el retracto como sanción al violador del aludido compromiso, considere el lector si no procederá hacer lo mismo, y con mayor rigurosidad si cabe, en relación con la infracción de un mandato legal de interés público, en el que no tienen ninguna intervención las voluntades particulares.

Por consiguiente, establecemos que el retracto está sujeto a la condición resolutoria de que sea respetada la prohibición legal comentada, y cumplida dicha condición mediante la transmisión ilegal, se originan los efectos propios según el Derecho común para tales supuestos, o sea que el arrendatario-retrayente devolverá la finca y el tercer adquirente vencido en el retracto reintegrará a su vez a aquél cuanto de él percibió, aplicando analógicamente el artículo 1.123 y concordantes del Código civil que regulan el cumplimiento de las condiciones resolutorias.

Aquél ha de pedir la nulidad de la transmisión de la finca en favor de tercero adquirente, la resolución del retracto y la nulidad de la transmisión realizada por el arrendador al vencido mediante el mencionado derecho, y claro es que la acción habrá de dirigirse también contra el adquirente en virtud de su legitimación pasiva por el interés que tiene en el asunto, quedando a salvo las acciones resarcitorias que puedan asistirle contra el infractor del mandato legal si hubiera contratado con él desconociendo la prohibición que para ello existía; acciones que podrán apoyarse en el artículo 1.902 del Código civil.

#### 4.º) *En relación con posibles titulares de derecho de retracto postergados al del arrendatario.*

El artículo 16 otorga preferencia a éste frente a otros derechos similares: por tanto, fácilmente se comprende el interés que tienen en que el retracto preferente se resuelva de acuerdo con lo

anteriormente expuesto, porque entonces surge el que ostentan siempre que reúnan en este momento las condiciones necesarias para hacerlo viable.

Habiendo establecido antes que la transmisión ilegal es nula de pleno derecho, como opuesta a la ley, la acción originada por esta nulidad no puede ser esgrimida tan sólo por el principalmente interesado—adquirente vencido en el retracto—, sino que, según vimos, pueden ejercitarla cuantas personas tengan interés mediato o inmediato en que se declare el mencionado efecto; de modo es que los presuntos retrayentes pospuestos pueden accionar en consecuencia, a fin de enfrentarse con el adquirente de la finca para hacer valer su derecho preferente, surgiendo problemas procesales que no pueden ni deben ser estudiados en este Comentario.

## § 19

### 6.º) *NORMAS PROCESALES.*

Quedó establecida anteriormente la superfluidad de asumir en la demanda de retracto el compromiso de no enajenar durante seis años—en contraste con los demás retractos, según el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil—, pues que por ministerio legal opera la prohibición y afecta a tercero hipotecario, aunque no se haya tomado razón de ella en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria; por consiguiente, no son necesariamente aplicables los artículos 1.628 y siguientes en lo que se refieren a la relación entre el Juzgado y el Registro, sin perjuicio de que se libren los oportunos mandamientos para anotar o inscribir tal limitación cuando a ella se aluda en la demanda y lo solicite el interesado, pues la Ley no lo prohíbe.

En régimen común es indispensable la constatación registral del compromiso, porque como según el artículo 1.629, dependía su vinculación enteramente de la voluntad del interesado, el tercero adquirente debía saber a qué atenerse respecto a la limitación que gravaba a aquél, acudiendo al Registro, ya que si en éste no aparecía anotada, tampoco resultaría, seguramente, afectado por la acción de nulidad y posible subsiguiente resolución de la enajenación realizada en su favor; mas, actualmente, considerando la naturaleza imperativa del mandato legal y la declaración de la Ley Hipotecaria sobre los efectos de las limitaciones legales del dominio, resulta pueril poner en marcha el mecanismo de inscripción o anotación registral, pues (una vez más insistimos en ello) se haga o no constar en la escritura o en el Registro la prohibición examinada, afectan las consecuencias de su infracción a los nuevos adquirentes de la finca ilegalmente transmitida.

Teniendo en cuenta que es íntegramente aplicable al caso que nos ocupa cuanto dijimos sobre el particular en el § 13, terminamos nuestro Estudio.

Sólo insistimos en que cualquier acción amparada en este precepto (por ejemplo: la de anulación de la transmisión efectuada por el arrendatario retrayente, cuando aquella es ejercitada por otro pospuesto) se ha de sustanciar en el procedimiento marcado por la Norma 3.ª de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, a causa de la amplitud de su expresión al indicar el contenido del mismo.