

1.3. Derechos reales

Estudio jurisprudencial del derecho de retracto arrendatario

The right of first offer of the tenant

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil

Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: El derecho de retracto arrendatario en una finca urbana (que es el que se va a estudiar en estas líneas), tiene una serie de características y cuestiones todavía no pacíficas en la doctrina, debido en parte a las modificaciones legislativas a las que se ha visto sometido, que merecen ser analizadas a la luz de la jurisprudencia más reciente que ha ido perfilando aquellas. Por eso, se pretende en este artículo poner de relieve los cambios, aclaraciones y confirmaciones que el TS y la DGRN han ido estableciendo a la hora de ejercitar este derecho real de adquisición preferente que recae sobre finca urbana arrendada.

ABSTRACT: *The right of lease retraction, in an urban estate (which is the one that is going to be studied in these lines), has a series of characteristics and issues still not pacifying in the doctrine, due in part to the legislative modifications to which it has been seen submitted, that deserve to be analyzed in light of the most recent jurisprudence that has been shaping those. For this reason, it is intended in this article to highlight the changes, clarifications and confirmations that the TS and the DGRN have been qualifying on this real right of preferential acquisition that falls on leased urban land.*

PALABRAS CLAVE: Retracto. Arrendamiento. Arrendatario. Finca. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: *Right of first offer. Lease. Tenant. Estate. Land Register.*

SUMARIO: I. EL DERECHO REAL DE RETRACTO: CONCEPTO, REGULACIÓN Y CARÁCTERES. II. DERECHO DE RETRACTO A FAVOR DEL ARRENDATARIO DE FINCA URBANA. III. PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DERECHO DE RETRACTO ARRENDATARIO Y SU EJERCICIO: III.1. CONDICIONES DE EJERCICIO: 1. *Acto o negocio desencadenante del retracto.* 2. *Sujeto del retracto: Condición de arrendatario de la finca.* 3. *Plazo del ejercicio del retracto y notificaciones.* III.2. *Objeto del retracto.* III.3. *RENUNCIA AL RETRACTO.* III.4. *PREFERENCIAS.* —IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DERECHO REAL DE RETRACTO: CONCEPTO, REGULACIÓN Y CARACTERES

El derecho real de retracto es un derecho de adquisición preferente que otorga a su titular la facultad de adquirir con preferencia a cualquier otro el bien sobre el que recae. Este derecho es normalmente estudiado conjuntamente con el derecho de tanteo, pero se diferencia netamente de aquel en que el retracto otorga a su titular la facultad de retraer, es decir, que su titular puede ejercitar su derecho de adquirir preferentemente frente a otro, después de que ese primer adquirente ya hubiese adquirido la propiedad del bien transmitido, y arrebatárselo a este, para ingresar en el patrimonio del retrayente, siempre que lo haga en los plazos y condiciones que la ley establece; mientras que el tanteo supone la facultad de adquirir ese bien en cuestión, siempre que su propiedad no haya sido todavía transmitida a un tercero, con anterioridad a dicha transmisión¹.

Pues bien, el derecho de retracto está perfectamente admitido y regulado con carácter general en nuestro Código civil (a diferencia del tanteo), en los artículos 1507 a 1525, en sede de compraventa, pues es este el supuesto más frecuente² en el que el retrayente ejerce su derecho cuando se vende a un tercero la cosa sobre la que recae el derecho de retracto, readquiriendo la cosa ya vendida, o se permite al vendedor recuperar la cosa vendida ante el incumplimiento del pago del comprador.

Con carácter general el del Código civil establece dos tipos de derechos de retracto: el legal y el convencional.

Convencional, el que se ha establecido por la voluntad de las partes, y está recogido en los artículos 1507-1520 del Código civil, aunque realmente lo que el Código civil regula es la venta a carta de gracia, o el pacto de retro, que ofrece a su titular, el vendedor, la posibilidad de recuperar la cosa vendida, pagando el precio que pagó el comprador, subrogándose en su posición, cuando el comprador incumpla su obligación del pago —normalmente aplazado— del precio de la cosa; funciona a modo de garantía, y da lugar a la resolución del contrato de compraventa. El vendedor tiene un plazo legal de 4 años si nada se hubiera pactado, o un máximo de 10, para ejercitar este derecho de retracto, desde que se formalizó el contrato de compraventa, reembolsando el precio y los gastos de dicha compraventa al comprador. Junto a este tipo de retracto convencional a favor únicamente del vendedor, existe el derecho de retracto voluntario a favor de un tercero (no es el vendedor), de recuperar una cosa previamente vendida (readquirirla), abonando su precio y gastos al comprador cuando así se hubiera establecido entre las partes³.

Por su parte, el retracto legal es aquel que establece la ley, *ope legis*, en determinados supuestos perfectamente concretos, sin necesidad por tanto de que exista un convenio previo entre las partes para admitirlo, regulado de forma general en los artículos 1521 a 1525 del Código civil, aunque existe otra serie de retractos legales diseminados en otros artículos del Código civil (enfiteusis, de primeras cepas), e incluso en otros cuerpos legales, por ejemplo, LAU y LAR que recogen el retracto arrendaticio, o la Ley de Montes, o Ley de Patrimonio de Administraciones públicas, o LHMPSD, entre otras.

En concreto los retractos legales que establece el Código civil son: a) Comuneros: El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos (1522 CC); b) Coherederos: Si alguno de los herederos vendiere a un

extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber (1067 CC); c) Enfiteusis: Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica (1636 CC); d) A primeras cepas: Es el contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole el cessionario una renta o pensión anual en frutos o en dinero. En las enajenaciones a título oneroso, el cedente y el cessionario tendrán recíprocamente los derechos de tanteo y de retracto, conforme a lo prevenido para la enfiteusis, y con la obligación de darse el aviso previo que se ordena en el artículo 1637 del Código civil. e) Colindantes: También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea (1523 CC).

Entre los retractos legales reconocidos en otras leyes destacan el retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) y Rústicos (LAR), a favor del arrendatario cuando el arrendador enajene la finca arrendada a un tercero; también los encontramos en otras disposiciones, como puede ser el retracto a favor de comunidades autónomas de determinados montes (art. 25 Ley de Montes) o el derecho de retracto de los propietarios de fincas colindantes, que sean titulares de explotaciones prioritarias agrarias, cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo (art. 27 Ley de Explotaciones agrarias); o el reconocido a favor de los titulares de derechos vigentes sobre bienes patrimoniales, cuando se acuerde la enajenación onerosa de los mismos (art. 103 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 2003); o el derecho a favor de la Administración del Estado para adquirir fincas en zonas con especiales servidumbres de protección (Ley de Costas 1988); o de los ayuntamientos para readquirir fincas situadas dentro de las áreas previamente delimitadas como de tanteo y retracto, y que consten así en el Registro de la Propiedad (arts. 83-86 RD 1093/1997 para la inscripción en el Registro de actos de naturaleza urbanística).

Cada uno de estos retractos legales establecidos en leyes especiales tiene sus peculiaridades en cuanto a plazo de ejercicio y condiciones, siendo común para los establecidos en el Código civil que el plazo de ejercicio sea de 9 días contados desde la inscripción de la venta en el Registro, o desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la misma y, además, se le aplica lo dispuesto para el retracto convencional en el artículo 1518 en cuanto al precio y gastos que debe abonar el retrayente.

Como condiciones generales de ejercicio para todos los retractos legales, podemos decir que para todos ellos es preciso que: a) Que se haya producido un contrato de compraventa perfeccionado y consumado con transmisión de la propiedad a un tercero⁴; b) que sea una ley la que atribuya expresamente al retrayente el derecho a subrogarse en la posición del tercero; c) que la subrogación se produzca en los mismos términos y circunstancias de la venta; d) que el primitivo comprador quede en las mismas circunstancias en que se encontraba antes de la venta, recuperando todo el precio y gastos realizados; e) la enajenación debe ser compra o dación en pago, sin que queda en transmisiones gratuitas, u otro tipo de transmisión onerosa (permuto); aunque, como luego veremos, también cabe en adjudicaciones judiciales o ventas forzosas⁵; f) el ejercicio de este derecho se produce a través de la acción de retracto, regulada en el artículo 249.1.7 LEC.

Visto el panorama general de los derechos de retracto, conviene que nos centremos ahora en un derecho de retracto legal concreto: el que tiene a su favor el arrendatario de una finca urbana sobre la que se ha establecido un derecho de arrendamiento sometido a la LAU. Este derecho de retracto a favor del arrendatario cuando el propietario enajena la finca en la que él vive a un tercero, es el retracto arrendatario, que está regulado en el artículo 25 LAU, y que ha dado lugar a una serie de cuestiones controvertidas en la jurisprudencia que vamos a tratar de exponer a continuación.

II. DERECHO DE RETRACTO A FAVOR DEL ARRENDATARIO DE FINCA URBANA

El artículo 25 LAU establece que «en caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes», exponiendo a continuación dichas condiciones. En este artículo 25 de la LAU, como luego se verá, otorga al arrendatario tanto un derecho de tanteo (antes de la venta de la finca), como un derecho de retracto legal.

Lo primero que hay que decir al tratar de explicar este concreto derecho de tanteo y retracto es que el mismo ha variado a lo largo de las sucesivas modificaciones de la LAU, y que será de aplicación en cada caso —como ocurre siempre con los arrendamientos—, la LAU vigente en el momento de suscribir el contrato y, por lo tanto, el derecho de retracto del inquilino será aquel que contemple la concreta redacción de la LAU vigente en su momento.

No obstante, delimitamos nuestro estudio al retracto establecido en la LAU de 1994, modificada por la Ley 2013, y que acaba de volver a modificarse por el Real Decreto-ley 7/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, olvidándonos de los textos anteriores de la LAU 1964 y sus modificaciones de 1985, por estar la mayoría de los arrendamientos actuales regidos por la LAU 1994. Estas modificaciones legales han introducido, a su vez, cambios en el propio derecho de retracto; luego, habrá que delimitar también para saber el régimen que debe seguir el retracto arrendatario de finca urbana, la fecha del contrato de arrendamiento, y por tanto la versión que deba aplicarse de la LAU 1994 al mismo.

La LAU de 1994 recoge el derecho de retracto legal a favor del arrendatario de finca urbana en el artículo 25, junto con el previo derecho de tanteo. Esta ley que vamos a examinar será aplicable a los contratos de arrendamientos urbanos suscritos a partir de 1 de enero de 1995. Posteriormente ha sido modificado por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del alquiler y señalaremos en cada caso las respectivas modificaciones que haya sufrido.

Este artículo atribuye al arrendatario la facultad de ejercitar el derecho de tanteo dentro de los treinta días naturales siguientes a la notificación fehaciente de la intención de enajenar del propietario de la finca, que siempre debe contener las condiciones exactas de dicha transmisión. Caso de no haberse producido la notificación, o caso de que las condiciones en que se realiza la venta fueran distintas a las pactadas, el arrendatario podrá ejercitar el retracto en los treinta días naturales siguientes a la notificación fehaciente que debe realizar el adquirente, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

Para garantizar estos derechos se establece la necesidad de que en toda escritura de venta se manifieste si la finca está o no arrendada, y caso de estarla, justificar que han tenido lugar las notificaciones expresadas. En otro caso, la escritura no puede tener acceso al Registro de la Propiedad.

Pues bien, esto es la regulación legal general del derecho de retracto arrendatario y, a continuación, la ley establece las excepciones al mismo, y la forma en que debe ejercitarse dicho retracto. Todo ello, junto con el propio ejercicio del derecho, la colisión con otros derechos de retracto, la eficacia *erga omnes* del mismo, son problemas que estos derechos han suscitado, y que la jurisprudencia ha ido resolviendo en el caso concreto, que vamos a analizar a continuación.

III. PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DERECHO DE RETRACTO ARRENDATARIO Y SU EJERCICIO

III.1. CONDICIONES DE EJERCICIO

Vamos a analizar, a continuación, alguno de los supuestos o requisitos del ejercicio del derecho de retracto por el arrendatario que han generado algún tipo de discusión doctrinal y /o jurisprudencial.

1. *Acto o negocio desencadenante del retracto*

En primer lugar nos referiremos al acto o negocio que lleva a cabo el arrendador o propietario, que es el que transmite la propiedad a otro (retraído), y que da pie e inicia la posibilidad del ejercicio del retracto (causa desencadenante del mismo) por parte del arrendatario retrayente, para readquirir dicha propiedad. ¿Ante qué negocio realizado puede ejercitarse el derecho de retracto el arrendatario?

El artículo 25 LAU habla solo de la «venta» del inmueble, por lo tanto, si se realiza una compraventa por parte del propietario, no hay duda de que hay derecho de retracto por parte del arrendatario. ¿Puede ejercitarse el derecho de retracto en más supuestos?

La jurisprudencia ha mantenido de forma constante la interpretación restrictiva que debe hacerse de este derecho de retracto, porque supone una limitación dominical, una limitación de la libertad del propietario en su facultad de enajenación, pues le restringe la posibilidad de enajenar a quién él quiera. Por eso, considera que, en principio, solo cabe el retracto donde así lo dice la Ley, y no debe interpretarse de forma amplia para que quepan otros supuestos⁶.

De este modo, no hay duda de que no cabe el retracto en supuestos como la permuta, todos los negocios a título gratuito de transmisión de la propiedad (donación, herencia, legado), supuestos de aportación a sociedad, división horizontal, división de condominio, todos estos por no ser realmente operaciones transmisivas de dominio, sino solo operaciones modificativas (STS de 14 de noviembre de 2016⁷). Tampoco cabe en la cesión de bienes, pues no tiene carácter transmisor ni solutorio, y por ende es imposible en todos ellos que se lleve a cabo la subrogación necesaria propia del retracto (STS de 30 de junio de 1994).

Un asunto dudoso, y sobre el que se ha discutido, es sobre si cabe el retracto arrendatario cuando el adquirente ha adquirido la finca en virtud de una dación en pago. En este caso, si se transmite la propiedad del bien dado, y tiene carácter solutorio extinguendo la deuda que salda, y sería posible una subrogación del

arrendatario en su lugar, por lo que podría pensarse que sí cabría el retracto. Además el artículo 1521 del Código civil que regula los retractos legales, lo menciona expresamente como alternativa a la venta.

Sin embargo, la redacción del artículo 25 LAU lo excluye. Y subrayamos esta idea porque en la LAU 1964, en sus artículos 47 y 48 donde se regulaba el tanteo y retracto, se decía expresamente que el retracto procedía ante la venta o dación en pago de la finca arrendada («ceder solutoriamente la vivienda»), y en la redacción de hoy, se suprimió ese inciso y esa posibilidad, lo que lleva a pensar que el legislador quiso voluntariamente suprimirla. Esto unido a la interpretación restrictiva que hay que hacer del retracto, nos lleva a la conclusión de que hoy en día no cabe el retracto cuando la finca arrendada cambie de titular como consecuencia de una dación en pago.

La RDGRN de 10 de diciembre de 2007 lo resume perfectamente, basando su negativa en tres claros criterios: 1. El legislador lo excluyó de forma voluntaria, y fue consecuencia dicha exclusión de un arduo debate parlamentario. 2. Hay que interpretar restrictivamente el derecho de retracto porque es una limitación dominical. 3. La dación en pago hoy en día es un negocio jurídico atípico, solutorio, que se diferencia netamente de la compraventa, luego no puede equipararse a esta; y en definitiva no cabe el retracto arrendatario ante una dación en pago⁸.

Cuestión distinta es, si cabe el retracto del arrendatario ante la venta judicial, consecuencia de una ejecución forzosa, contra el propietario, de la finca arrendada. En estos casos un tercero, adjudicatario, adquiere tras la subasta la propiedad de la finca, ¿puede el arrendatario ejercitar su derecho de retracto?

En principio, la jurisprudencia ha afirmado con carácter general que sí cabe el retracto en estos supuestos puesto que la adjudicación consecuencia de un procedimiento de ejecución forzosa es una venta, judicial, pero venta, y por lo tanto entra dentro de la literalidad del artículo 25 LAU, y la palabra venta incluye dicho concepto⁹. Los argumentos para defender esto son los siguientes, tal y como recoge la RDGRN de 24 de marzo de 2017:

1. El Código civil equipara la adjudicación a una venta judicial o forzosa, y así mismo la denomina, como venta pública en su articulado (art. 464 CC), venta en subasta pública o judicial (cfr. entre otros los arts. 1459, 1489 y 1493 CC y, 1514 y sigs. y, 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y por lo tanto se entiende que dentro del concepto amplio de la palabra «venta» se incluye la ejecución forzosa.

2. Por ello se comprende que el derecho de tanteo o retracto establecido para el supuesto de compraventa voluntaria, se reconozca también en los supuestos de ventas judiciales (cfr. arts. 1636 y 1640 CC). De ahí que sea necesario para la inscripción del decreto de adjudicación en una ejecución forzosa, también como tesis de principio, que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada.

Puede por lo tanto ejercitarse un derecho de retracto ante una ejecución forzosa, pues esta se equipara a la venta. Y esto parece que no tiene duda, sin embargo, la modificación de la LAU por la Ley 4/2013 introdujo en su artículo 13.1¹⁰ la inoponibilidad del derecho de arrendamiento si no está inscrito frente a terceros, lo que combinado con la redacción del artículo 7.2 de la LAU y el 14 de la misma, se deduce que se puede producir la extinción del derecho de arrendamiento tras una ejecución forzosa, y si ese derecho no estaba inscrito, o

lo estaba con posterioridad al derecho, por ejemplo de hipoteca, que dio lugar a la ejecución, al extinguirse el derecho de arrendamiento, se extingue el derecho de retracto del arrendatario y no podría hacerlo valer ante el tercero adjudicatario aunque se tratase de una ejecución forzosa = venta judicial.

Es decir, va a ser determinante, a partir de la Ley 2013, para aquellos arrendamientos suscritos a partir del 1 de junio de 2013, el hecho de que el arrendamiento y el derecho de retracto estén inscritos o no, para que pueda jugar el principio de prioridad, dotándole de oponibilidad, o no, al derecho de retracto, que aunque teóricamente sería factible en una ejecución forzosa, no podrá ser ejercitado por su titular en este caso. Para los arrendamientos anteriores a la Ley 4/2013, como el arrendamiento goza de oponibilidad legal, sí se podrá ejercitar el retracto en todo caso¹¹.

Por lo tanto, y como bien afirma la RDGRN de 24 de marzo de 2017¹²:

- Si el derecho de arrendamiento no está inscrito, y se produce una ejecución forzosa que da lugar a la resolución y extinción del arrendamiento (art. 14), no habrá tampoco en consecuencia derecho de retracto.
- Si el derecho de arrendamiento está inscrito, y con anterioridad al derecho que da lugar a la resolución del arrendamiento (vgr. en ejecución, la hipoteca), en este caso, el adquirente (adjudicatario), no puede ser tercero de buena fe, (tercero hipotecario) al constar el derecho de arrendamiento inscrito, y por lo tanto por el principio de prioridad, le afectará el mismo, y el arrendatario podrá ejercitar válidamente su derecho de retracto pues este prevalece frente al adjudicatario, nuevo adquirente de la propiedad.
- Si el derecho de arrendamiento está inscrito pero con posterioridad al derecho que da lugar a la ejecución forzosa, en este caso y por prioridad registral y purga de cargas posteriores, el arrendamiento se extinguirá, y no podrá el arrendatario ejercitar su derecho de retracto frente al adjudicatario.

Por lo tanto y como ya afirmó la RDGRN de 11 de enero de 2016 y, a su vez en consonancia con lo dispuesto en el artículo 25.5 LAU que recoge la necesidad de que cuando se venda una finca arrendada se haga constar en el Registro que se ha procedido a notificar la venta al arrendatario, «a la vista de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se exige un plus de diligencia en el arrendatario para que su derecho sea oponible frente a tercero inscrito (arts. 7 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos); de tal modo que es precisamente en estos supuestos de manifestación inexacta del vendedor-arrendador sobre la situación de estar libre de arrendamientos la vivienda transmitida o la manifestación de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente, donde la inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad adquiere toda su importancia al objeto de que el mismo le sea oponible al tercer adquirente, de tal modo que no puede quien no ha inscrito su derecho hacerlo oponible frente a tercero que inscribe y que adquiere confiado en el contenido del Registro y en la manifestación expresa realizada en documento público de estar la finca libre de arrendamientos o de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente». Solo el arrendamiento inscrito y con anterioridad al derecho cuya ejecución da lugar a la resolución del arrendamiento, será oponible a terceros, y por tanto, solo entonces permanece el retracto y podrá ejercitarse frente a ese tercero.

Sin embargo, y tras la nueva modificación de la LAU por el reciente Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, los arrendamientos vuelven a gozar de oposi-

nibilidad legal por sí mismos, sin necesidad de estar inscritos, luego, volvemos a la situación anterior a la Ley 2013, para los arrendamientos que se concierten con posterioridad a la entrada en vigor de este nuevo Real Decreto-ley de 2019 (6 de marzo de 2019), donde el arrendamiento no inscrito y anterior a la ejecución, no se extinguirá ni, en consecuencia, tampoco el retracto.

2. Sujeto del retracto: Condición de arrendatario de la finca

Otra de las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de retracto, no por obvia menos importante, es que el retracto solo puede ser ejercido por quién en ese momento (cuando se ha vendido la finca arrendada) sea el arrendatario de la finca. Es imprescindible, por tanto, la condición de arrendatario del retrayente.

Esto implica que si el derecho de arrendamiento se resolvió o se extinguío, el arrendatario ya no es tal, y por tanto no podrá en ningún caso ejercitar el retracto (v.gr. el plazo del arrendamiento llegó a su fin, el derecho del arrendador se resuelve por cualquier causa ajena al arrendatario, art. 13 LAU). Si ya no hay derecho de arrendamiento, no hay retracto, pues este trae causa de aquél.

En este mismo sentido, si el arrendatario es el único que puede ejercitar el retracto, ninguna otra persona podrá ejercitárselo, aunque en un futuro fuera a ocupar la posición del arrendatario, subrogándose en la misma, por ejemplo, su cónyuge o pareja de hecho, u otro familiar que conviva con él que pudiera dar lugar a la continuidad del arrendamiento (art. 15 y 16 LAU). El retrayente, en consecuencia, solo es el arrendatario actual y además tiene que poder probar su condición.

Además de arrendatario, se plantea si el retrayente debe ser también poseedor material y efectivo de la finca, es decir, su ocupante; o por el contrario, cabe un derecho de retracto a favor del arrendatario no ocupante, no poseedor de hecho, inmediato, pero sí mediato, por ejemplo porque subarrendó. El artículo 25 LAU no dice anda al respecto, y a diferencia de la legislación anterior de 1964 (art. 47), ya no se exige expresamente que el arrendatario ocupe físicamente la vivienda en ese momento para poder ejercitar el retracto. La jurisprudencia así lo ha entendido y ha establecido la doctrina de que es posible el ejercicio del retracto por el arrendatario no ocupante; no es necesaria la posesión material, física, inmediata del inmueble, bastando la posesión mediata, inmaterial o jurídica, derivada de su título de arrendamiento, que le faculta para ejercitar el derecho de adquisición preferente, con independencia de quién esté dentro de la finca físicamente. Así lo han confirmado las SSTS de 12 de junio de 2002, 13 de junio de 2003, 2 de noviembre de 2006, 18 de marzo de 2010, 25 de febrero de 2011 y 21 de noviembre de 2016 de la que transcribimos su principal fundamento al respecto: «el arrendatario puede ejercer el derecho de retracto previsto en la LAU aun cuando al tiempo de ejercerlo no esté en posesión física o material del inmueble arrendado, bastando con que lo posea de forma mediata o jurídica (como sucede en caso de subarriendo)». Y continua esta sentencia: «aunque el arrendatario no ocupe físicamente el inmueble arrendado al tiempo de ejercitarse el derecho de retracto arrendatario, ello no implica la pérdida de la condición de «ocupante» del mismo, pues detenta la posesión mediata y por ello tiene derecho a ejercer tal derecho como cualquier otro arrendatario, máxime cuando el mismo se le reconoce por el arrendador en el contrato de arrendamiento aunque el citado arrendatario no vaya a poseer la cosa arrendada porque la va a subarrendar —con consentimiento del arrendador— en este caso a Mercadona».

Y es que se entiende que el arrendatario es el «ocupante» —aunque la LAU 1994 como hemos dicho ya no exige tal característica— de la finca arrendada aunque sea en virtud de su posesión mediata, pues es posesión suficiente para ser arrendatario, y por tanto, poder ejercitar el retracto, tal y como subraya la STS de 2 de noviembre de 2006: «Es al arrendatario, y no al subarrendatario, a quien se le reconoce el derecho de adquisición preferente, en cuanto conserva la situación posesoria característica del arrendamiento, mediata o inmediata, según los casos, con presencia en dos relaciones distintas y coexistentes con el arrendador y con el subarrendatario, y esta especial relación con la vivienda o local es lo que le permite disfrutar de los derechos y de las obligaciones propias de la Ley, entre otros, el de poder retraer para el supuesto de enajenación de la vivienda o local arrendado durante la vigencia del arrendamiento (...). Es evidente, por tanto, que manteniéndose el derecho de adquisición preferente, en la vieja y nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que no es posible, sin una referencia expresa, es reconocer al arrendatario un derecho —subarriendo— y negarle otro —retracto— cuando lo ejerce y mantiene en legal forma....».

3. Plazo del ejercicio del retracto y notificaciones

El artículo 25 establece un plazo de 30 días desde que el arrendador notifique fehacientemente al arrendatario su intención de vender la finca arrendada, para que este pueda ejercitar en su caso el tanteo. A continuación, y ya para el retracto, este será posible cuando no se hubiera producido la notificación anterior, o cuando se produjera una modificación de las circunstancias de la venta que se notificaron al arrendatario, este tiene un nuevo plazo de treinta días para ejercitar el retracto, desde que el nuevo adquirente le notifica fehacientemente, a su vez, las circunstancias de la nueva venta realizada mediante la entrega de la escritura o documento en que fuera formalizada.

Pues bien, esos plazos de ejercicio que empiezan a contar desde dos notificaciones diferentes: la del arrendador al arrendatario para el tanteo (en la que debe quedar perfecta constancia de las condiciones en que se va a efectuar la venta, vgr. precio, forma de pago, garantías), que caduca a los 180 días, y la segunda notificación, la del adquirente al arrendatario para el retracto. Esta última notificación es requisito esencial para que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de retracto, y da inicio al cómputo del plazo de 30 días para ejercitárolo, que es un plazo de caducidad, transcurrido el cual ya no hay derecho de retracto.

La notificación fehaciente del adquirente se convierte en un elemento clave del retracto, pues da lugar al inicio del cómputo del plazo; es exigido, si se quiere inscribir una finca arrendada, que conste en el Registro que se han practicado dichas notificaciones, y si no constan, no se inscribirá la nueva compraventa; luego es mucho más que una simple notificación, pues puede impedir la inscripción del adquirente y, en consecuencia por efectos del principio de inoponibilidad, llegar a hacerle perder su derecho. No puede olvidarse que para el caso de venta de una finca destinada a vivienda existe, o bien la obligación de declarar bajo pena de falsedad documental que la finca no está arrendada, o bien, si los estuviera, hacer constar que se han practicado estas notificaciones al arrendatario. Entendemos que, si se hubiera pactado la renuncia al retracto y así se pudiera acreditar, no será necesario hacer constar dicha notificación, pues si el derecho

de retracto ya no existe, inútil será que se practique dicha notificación. En igual sentido, si se trata de un arrendamiento de uso distinto de vivienda, aunque el artículo 31 LAU nos remite al 25 en el caso de existir retracto, como este es voluntario, y el artículo 31 tiene carácter de norma dispositiva, si se excluyó el derecho de retracto en dicho arrendamiento, tampoco será necesario acreditar ante el Registro la notificación requerida, puesto que bastará con la declaración de que se excluyó el derecho de retracto en ese arrendamiento para uso distinto de vivienda.

Pero, si se trata de la venta de una finca arrendada destinada a vivienda, sin renuncia al derecho de retracto, la notificación de la venta se convierte en una verdadera obligación legal para el adquirente, que debe cumplir en todo caso, salvo que conste acreditado que el arrendatario conoció la venta y las condiciones de la misma de forma exacta y plena. En este sentido se manifiesta la STS de 21 de noviembre de 2016 que recoge, a su vez, la doctrina de la STS de 17 de diciembre de 2011, según la cual «debe modularse el rigor del mandato contenido el artículo 25.3 LAU, en el sentido de que pese a que el precepto establece que el derecho de retracto caduca a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente debe hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, tal notificación no resulta necesaria cuando aparezca probado que el arrendatario ha tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones. Este será el momento de inicio del cómputo del plazo de caducidad que establece el artículo 25.3 LAU (STS de 24 de abril de 2007 [RJ 2007, 2419] [RC 2000, 2440] entre otras)».

Sin embargo, no puede entenderse como hecha la notificación, o como prueba plena y exacta del conocimiento de la venta y sus condiciones por el arrendatario, el hecho de que la venta conste inscrita en el Registro. Pues la publicidad registral no sirve como notificación, ya que de la misma no puede deducirse las condiciones exactas de la venta. STS de 24 de abril de 2007, y la STS de 14 de diciembre de 2006: «la publicidad registral del acto traslativo de dominio no desplaza el deber legal impuesto por la norma, ni tiene virtualidad de cara a considerar acreditado el conocimiento completo y exacto de las condiciones de la venta, advirtiendo la jurisprudencia de esta Sala acerca de la claridad y rotundidad del mandato legal, eliminando la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento de los hechos inscritos (sentencia de 14 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 8232], que cita las de 22 de junio de 1962, 6 de febrero de 1965 y 19 de diciembre de 1968)».

Es decir, las notificaciones al arrendatario adquieren una dimensión muy importante porque son realmente medidas de protección del mismo, pues de otra forma se colocaría en una situación muy difícil, sin vivienda. De ahí que, su incumplimiento, desde luego genere la posibilidad del retracto (en caso de notificación del tanteo), o una nueva oportunidad para el arrendatario, y también como dice la resolución citada, un supuesto de incumplimiento legal que podría incluso dar lugar a solicitar la nulidad de la venta ya que se incumplió una norma imperativa.

Practicadas las correspondientes notificaciones, el arrendatario podrá ejercitarse el derecho de tanteo y el de retracto según lo establecido para este en el artículo 1518 del Código civil, es decir, reembolsando al comprador, el precio de venta y además los gastos del contrato y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, subrogándose en la posición del mismo en las mismas condiciones estipuladas en el contrato (1521 CC)¹³.

III.2. OBJETO DEL RETRACTO

Si hablamos del objeto del retracto, no cabe duda de que será la finca retraída, es decir, en el caso que analizamos la finca arrendada que ha sido transmitida a un tercero en virtud de venta.

La finca retraída tiene que ser una finca urbana, pues el retracto que estamos examinando es el contemplado en la LAU (Ley de arrendamientos urbanos), y esta finca puede ser destinada a vivienda (art. 25 LAU), o a otro uso distinto de la vivienda, pues esta ley también se refiere a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, como puede ser para uso profesional, comercial, industrial, o de temporada (art. 3 LAU). En estos casos se les aplica lo dispuesto para el retracto de vivienda del artículo 25 LAU, tal y como dispone el 31 LAU.

Por lo tanto, todas las fincas susceptibles de arrendamiento urbano lo son, a su vez, de retracto, en las condiciones ya explicadas, y recogidas en el artículo 25 LAU.

Sin embargo, la propia ley establece una serie de excepciones o limitaciones al retracto en razón de la finca objeto del mismo. De este modo, y como afirma el propio artículo 25, hay unas restricciones objetivas del derecho de retracto cuando se trate de:

- a) Cuando se venda la vivienda arrendada junto con objetos alquilados como accesorios a la misma (trasteros, plazas de garaje, buhardillas), el retracto deberá ejercitarse sobre todos ellos, sin que pueda limitarse a retraer la vivienda arrendada propiamente dicha. (art. 25.6 LAU).
- b) Se excluye o exceptúa el derecho de retracto, sin que pueda ejercitarse, cuando se produzca la venta de la finca arrendada junto con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen un mismo inmueble (art. 25.7 LAU). En este sentido se manifiesta la STS de 15 de marzo de 2010.
- c) Y la segunda exclusión del retracto se produce cuando se venda de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble (25.7 LAU), como afirma la SAP Cádiz de 25 de enero de 2008.

En estos casos, la imposibilidad de ejercitar el derecho de retracto del inquilino, que vive y posee solo la finca destinada a vivienda o a un uso distinto de vivienda, se basa o justifica en que el negocio transmisor (venta) se realiza sobre un objeto distinto, una unidad mayor que aquel sobre el que recae el arrendamiento, sea vivienda+accesorios, sea la totalidad del inmueble. Si no coinciden ambos objetos, el de la venta y el del arrendamiento, no procede este último, puesto que solo permite readquirir al retrayente el objeto propio del arrendamiento vendido, que sea una unidad independiente. Como afirma COSTAS DE VICENTE¹⁴, en definitiva, procederá el retracto cuando la finca alquilada y vendida sea una sola unidad registral, independiente del resto del inmueble.

La unidad e independencia de la finca retraída debe ser clara. En este sentido, el TS, en sentencia de 26 de mayo de 1988, afirmaba que «la individualidad e independencia de la cosa arrendada, hay que deducirle de sus condiciones físicas, de su naturaleza, límites y destino y del contrato de arrendamiento, no obstante la unidad registral de la finca», doctrina repetida por las sentencias de 26 de marzo de 1960; 6 de marzo de 1965; 18 de diciembre de 1954; 17 de junio de 1958); 17 de mayo de 1962 y 31 de marzo de 1967. Sin que pueda rechazarse

el retracto porque la finca esté integrada por diversas edificaciones con usos distintos, o con numeración diferente, si todas ellas conforman una unidad.

La LAU 1964, sin embargo, restringía estas limitaciones y permitía el ejercicio del retracto sobre una única vivienda arrendada, aunque se vendiera agrupada por plantas o a otros pisos (art. 47 LAU).

La reforma de este artículo 25 de la LAU en virtud del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, modifica el apartado 7 del artículo 25, añadiendo lo siguiente: «En tales casos (cuando se venda la totalidad del inmueble por el propietario único o todos los propietarios), la legislación sobre vivienda podrá establecer el derecho de tanteo y retracto, respecto a la totalidad del inmueble, en favor del órgano que designe la Administración competente en materia de vivienda, resultando de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores a los efectos de la notificación y del ejercicio de tales derechos».

Surge, por tanto, un nuevo derecho de retracto legal a favor del órgano de la Administración competente en materia de vivienda. Se sigue excluyendo la posibilidad del retracto personal del arrendatario, por alcanzar la venta a una unidad distinta de la del arrendamiento, sin embargo, se genera un nuevo retracto legal a favor de la administración, para que pueda retraer el inmueble vendido. Probablemente la razón de este nuevo retracto legal estriba en la necesidad de nuevas viviendas de alquiler social que pone de manifiesto la Exposición de Motivos de este RD, pues si la administración puede retraer el inmueble entero, es más fácil que pueda destinarlo a alquileres protegidos o sociales, o algún otro uso o servicio público¹⁵.

Parece que este nuevo derecho de retracto legal, ahora sí, va a permanecer —hasta nueva modificación—, confirmando, de este modo, lo que de forma efímera ya introdujo el Real Decreto-ley 21/2018 de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, derogado al mes de su publicación, por resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados.

III.3. RENUNCIA AL RETRACTO

El derecho de retracto arrendatario ha sido una medida más de protección del arrendatario, desde la primera Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, como ya hemos mencionado antes y ha puesto de relieve la jurisprudencia, pues puede facilitar el derecho a la vivienda del mismo, al limitar o impedir que, en algunos casos, pueda quedarse sin lugar donde residir ante el cambio de propietario, anulando la vieja regla romana reunida en el aforismo «venta quita renta», que aboga por la desaparición del arrendamiento en caso de venta de la finca arrendada, tal y como recoge nuestra tradición en el Código civil.

Por eso, y hasta la reforma de la LAU por la Ley 4/2013, el derecho de retracto, como garantía del arrendatario ha estado presente en las sucesivas leyes y reformas, y no cabía su renuncia, salvo en los arrendamientos con duración superior a 5 años. Sin embargo, la reforma operada por la ley citada introdujo para todos los contratos firmados a partir de 6 de junio de 2013, un nuevo párrafo 8º en el artículo 25 LAU en virtud del cual el arrendatario puede renunciar a su derecho de retracto y así pactarlo y hacerlo constar en el propio contrato¹⁶ (no cabe como es lógico entender una renuncia tácita de derechos [STS de 21 de noviembre de 2016]), añadiéndose, no obstante, la prevención de que el arrendador comunique al arrendatario su intención de vender la vivienda con una

antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa. Plazo, obviamente, pensado para que el arrendatario tenga tiempo de buscar otra vivienda, aunque no pueda retraer la vivienda vendida. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia, por ejemplo, en la RDGRN de 11 de enero de 2016 afirmando que «la comunicación no tiene por objeto servir como «*dies a quo*» para el inicio del cómputo del plazo en que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de tanteo o en su caso de retracto, del que contractualmente carece, sino como una obligación impuesta por la ley al arrendador-vendedor que, en su caso, podría determinar alguna responsabilidad por falta de cumplimiento o de protección al arrendatario por el pago de buena fe de la renta arrendaticia a quien no fuera ya arrendador. No de otra forma cabe interpretar dicha obligación del arrendador, como se desprende de la justificación de su inclusión por enmienda en el Congreso de los Diputados alegando los inconvenientes derivados de una “situación de que el arrendatario se enterase de la venta del inmueble cuando esta ya se hubiese producido, sin tener un plazo mínimo para buscar una nueva vivienda o realizar las gestiones que estime oportunas. Esta situación sería especialmente grave para el inquilino si el contrato de arrendamiento no está inscrito en el Registro y, por tanto, el comprador de la vivienda decide no respetarlo”».

Por último la STS de 4 de marzo de 2015 afirma que la renuncia al retracto, desde el inicio del contrato de arrendamiento, que es cuando tiene que constar tal y como dice la ley, es decir antes de que haya nacido el propio derecho de retracto —pues obviamente no se ha producido en ese momento la causa desencadenante del mismo— no es si no «un supuesto de exclusión de la ley aplicable que, en el ámbito contractual, resulta posible (art. 1255 CC) salvo que la ley establezca lo contrario para proteger la posición de alguno de los contratantes, como sucede en el presente caso con el derecho de prórroga forzosa y no con el de retracto que resultó válidamente renunciado».

III.4. PREFERENCIAS

Por último, hay que hacer mención al supuesto de colisión de varios derechos de adquisición preferente sobre la misma finca. Si esto ocurre, ¿cuál prevalece y tiene preferencia sobre el resto?

La LAU afirma en su artículo 25.4 que, en caso de colisión, prevalecerá el derecho de retracto del arrendatario frente a otro. De nuevo, una medida de protección del mismo, se protege a la parte más débil, dando preferencia a su derecho de adquisición preferente, de nuevo con la intención de proporcionarle vivienda estable.

Sin embargo, esta preferencia no es absoluta y tiene sus limitaciones, precisamente, tiene su excepción frente al derecho de retracto de un copropietario, o frente al retracto convencional pactado sobre la misma finca, siempre que estuviera inscrito en el Registro de la propiedad al tiempo de concertarse el arrendamiento.

En este sentido la SAP Ávila de 27 de junio de 2007 entiende que se excluye el retracto del arrendatario frente al derecho de propiedad del copropietario, o la STS de 14 de noviembre de 2016 que confirma la preferencia del retracto de comuneros al arrendatario en arrendamientos urbanos LAU 1964. Se trata en estos casos de la colisión de dos derechos de adquisición preferente legales, que resuelve la propia ley al otorgar preferencia a los comuneros.

Y con respecto al derecho de retracto convencional, si está inscrito en el Registro, y entendemos que es anterior al derecho de arrendamiento, es lógico, por principio de prioridad registral que aquel sea oponible y preferente a los posteriores, y por tanto también al retracto del arrendatario posterior. Es una excepción lógica y coherente con todo el sistema de prioridad registral y de los derechos reales, que por su inherencia y exclusividad hay que ordenar cuando recaen sobre el mismo objeto. Dar preferencia absoluta al arrendatario aun constando inscritos esos derechos anteriores, sería una medida de super protección del mismo, contraria, a mi parecer, al resto de nuestro ordenamiento jurídico, donde no podemos olvidar la prioridad registral.

IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de retracto del arrendatario de finca urbana es un derecho de adquisición preferente de carácter legal con unos especiales requisitos de ejercicio, cuya finalidad última es la protección del arrendatario frente a una venta de la casa arrendada.

II. Las condiciones de ejercicio de este derecho de retracto, establecidas en la ley, han sido interpretadas y matizadas por la jurisprudencia, de este modo:

III. Es comúnmente aceptado que este derecho de retracto solo tiene como negocio desencadenante del mismo la venta de la finca arrendada, incluyendo en ese concepto también la venta judicial o forzosa como consecuencia de un procedimiento de ejecución. Sin embargo, no cabe el retracto en otros supuestos de enajenación de la finca, como puede ser la dación en pago, o negocios traslativos a título gratuito.

IV. Otra de las condiciones necesarias para el ejercicio del retracto es que sea ejercitado únicamente por quién tiene la consideración de arrendatario en el momento de la venta de la finca. Si ya no se es arrendatario porque el arrendamiento se extinguió, no procede el retracto. De igual forma, la condición de arrendatario no implica o exige la de ser ocupante o poseedor material e inmediato de la finca; basta ser arrendatario con una posesión jurídica o mediata.

V. Los plazos establecidos para el ejercicio del retracto lo son de caducidad, y empiezan a contarse desde la notificación fehaciente del nuevo adquirente al arrendatario, siendo esta notificación más que el *dies a quo*, implicando un requisito de inscripción de la venta de la finca arrendada a favor del comprador. Solo cabe eximir de la notificación en aquellos casos en que resulte acreditado de forma plena y clara que el arrendatario conoció la venta; no siendo suficiente para ello la inscripción de la misma en el Registro.

VI. El objeto del retracto es la finca arrendada considerada como una unidad independiente y completa, y debe coincidir el objeto del arrendamiento (y en consecuencia del retracto) con el de la venta, no procediendo el retracto cuando lo vendido sea una unidad mayor o diferente de lo arrendado.

VII. Cabe la renuncia al derecho de retracto en los arrendamientos concertados tras la entrada en vigor de la Ley 4 /2013, siempre que sea expresa. Esta renuncia no excluye la necesidad de que el arrendador comunique al arrendatario la venta de la finca que tiene arrendada con la finalidad de protección del arrendatario para que pueda buscar otra vivienda.

VIII. El derecho de retracto arrendatario tiene preferencia sobre cualquier otro derecho de adquisición preferente, salvo el de los condueños de la finca arrendada, o el retracto convencional inscrito con anterioridad al contrato de arrendamiento.

IX. Todos estos requisitos y condiciones hacen que el derecho de retracto del arrendatario de finca urbana se consolide como un derecho con caracteres especiales que hay que conocer.

V. RESOLUCIONES CITADAS

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO (RRDGRN)

- 20 de noviembre de 1987
- 10 de diciembre de 2007
- 3 de julio de 2013
- 10 de abril de 2014
- 11 de enero de 2016
- 24 de marzo de 2017
- 14 de septiembre de 2018
- 11 y 20 de octubre de 2018

AUDIENCIAS PROVINCIALES (SSAP)

- SAP Ávila 27 de junio de 2007
- SAP Cádiz 25 de enero de 2008
- SAP Barcelona 24 de abril de 2012

TRIBUNAL SUPREMO (SSTS)

- 12 de junio de 1924
- 14 de noviembre de 1924
- 18 de diciembre de 1954
- 17 de junio de 1958
- 12 de febrero de 1959
- 26 de marzo de 1960
- 17 de mayo de 1962
- 22 de junio de 1962
- 6 de febrero de 1965
- 6 de marzo de 1965
- 31 de marzo de 1967
- 19 de diciembre de 1968
- 2 de abril de 1985
- 26 de mayo de 1988
- 12 de abril de 1989
- 6 de octubre de 1989
- 6 de febrero de 1991
- 20 de mayo de 1991
- 7 de marzo de 1993
- 30 de junio de 1994
- 8 de octubre de 1998
- 12 de junio de 2002
- 13 de junio de 2003

- 20 de octubre de 2005
- 18 de mayo de 2006
- 2 de noviembre de 2006
- 14 de diciembre de 2006
- 24 de abril de 2007
- 22 de abril de 2008
- 2 de mayo de 2008
- 15 de marzo de 2010
- 18 de marzo de 2010
- 25 de febrero de 2011
- 17 de diciembre de 2011
- 4 de marzo de 2015
- 14 de noviembre de 2016
- 21 de noviembre de 2016
- 3 de diciembre de 2018

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2015). El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto a terceros a partir de la ley 4/2013, de 4 de junio, de «medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas». *RCDI*, núm. 752, 3319 a 3350.
- COSTAS DE VICENTE, B. (2016). Venta del piso o local arrendado: derecho de adquisición preferente del arrendatario, *Blog- SEPIN*, disponible en <https://blog.sepin.es/2016/01/derecho-adquisicion-preferente-del-arrendatario/>
- FLORES GONZÁLEZ, B. (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil común. *RCDI*, núm. 745, 2117 a 2189.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015). Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *RCDI*, núm. 749, 1643 a 1664.
- MAS BADÍA, M.D. (2014). Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *RCDI*, núm. 746, 3049-3107.

NOTAS

¹ Sobre los derechos de tanteo y retracto en nuestro ordenamiento común, véase el artículo: FLORES GONZÁLEZ, B. (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil común. *RCDI*, núm. 745, 2117 a 2189.

² Pero no la única, ya que puede ejercitarse el retracto como consecuencia de una dación en pago, adjudicación en pago de deudas...

³ El retracto voluntario, así definido, ha sido aceptado por la jurisprudencia, e incluso tras un época de vacilaciones, se permite su inscripción en el Registro de la Propiedad con carácter real, siempre que así conste, y se cumplan los requisitos necesarios para su perfecta determinación registral. Véase, en este sentido la RDGRN de 10 de abril de 2014 y la STS de 22 de abril de 2008.

⁴ «El derecho de retracto supone y se deriva del derecho de tanteo, que no pudo ejercitarse en su momento y requiere que "ya ha tenido lugar la transmisión". (art. 19.b. L. 22/01)...

El ejercicio del derecho de retracto implica que la transmisión del derecho de propiedad se ha consumado» (SAP Barcelona de 24 de abril de 2012). Y continua la misma sentencia

«Por lo que en el presente caso no procedía el ejercicio del derecho de retracto, pues la transmisión no está consumada, pues a tenor del artículo 1461 en relación con los artículos 1462; 609 del Código civil “la propiedad se transmite por los contratos —título— y la traditio —escritura pública—. El derecho de retracto procede frente a la transmisión consumada, no a la mera perfección del contrato (art. 1450 CC)»⁵

Asimismo, la jurisprudencia en SSTS de 7 de marzo de 1993; 20 de mayo de 1991; 20 de octubre de 2005, establecen que el derecho de retracto requiere que el retrayente conozca la existencia de la compraventa, sin que basten las referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la venta (STS de 20 de mayo de 1991).

⁵ Las RDGRN de 3 de julio de 2013, 24 de marzo de 2017 (la mas importante), 14 de septiembre de 2018 y, 11 y 20 de octubre de 2018 equiparan la venta forzosa o judicial con la compraventa normal, estando incluida aquella en un concepto amplio de esta. De hecho, el del Código civil las denomina venta publica o venta en subasta publica o judicial, y por eso es aplicable a las mismas el retracto.

Donde no cabe es fuera de estos supuestos de venta o dación en pago, excluyéndose desde luego la cesión de bienes, por no transmitir la propiedad al adquirente y no extinguir la deuda como la dación en pago, ni la aportación de bienes a una sociedad (como cesión en pago), pues no es posible en ellas que se produzca la subrogación necesaria consecuencia del retracto. En este sentido, la STS de 30 de junio de 1994, afirma que «no comparte, en cuanto que en modo alguno puede equipararse una cesión de bienes, referida en el artículo 1175 como forma de extinguir la obligación por pago únicamente hasta donde alcance el valor de los bienes cedidos, con la dación en pago para liquidar también una deuda, a lo que habría de asimilarse la relación jurídica de aportar inmuebles a una sociedad recibiendo como contraprestación unas acciones de la misma sociedad. c) Este supuesto de hecho no es accesible al artículo 1521 del Código civil para basar en él una acción de retracto legal de comuneros, en cuanto que como declara la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 14 de noviembre de 1924, 12 de febrero de 1959 y 12 de abril de 1989) el retracto legal ha de interpretarse con carácter restrictivo, y además en esta institución es fundamental la idea de subrogación, de modo que el retracto se hace imposible cuando el que reúne los requisitos legales para retractar una cosa vendida no puede ponerse en lugar del que la adquirió al no poder cumplir las condiciones lícitas del contrato (en este caso entregar un número de acciones igual al recibido por la persona que aportó un inmueble a la sociedad demandada, como igualmente es un caso de imposibilidad el supuesto de permuta de cosas específicas). Aparte de ello, dada la restricción dominical que el retracto implica, hay que entender que si la ley habla solamente de la compra y la dación en pago, no quiso incluir ningún otro supuesto. d) Por ello hay que entender que procederá el retracto legal siempre que se trate de una transmisión de dominio cuya especial naturaleza no impida la subrogación, como la impide el caso discutido de entrega de acciones que no gozan del carácter de cosas genéricas o fungibles que libremente pueda adquirir el retrayente; por ello, esta Sala en sentencia de 12 de junio de 1924 negó el retracto en la hipótesis de aportación de un bien inmueble a una sociedad, «por ser una enajenación que por su naturaleza no permite la subrogación».

No obstante también se ha cuestionado a veces que pueda ejercitarse el derecho de retracto tras una dación en pago para un arrendamiento urbano, tras la aprobación de la LAU 1994 que expresamente excluye tal supuesto de su articulado; por ejemplo, la RDGRN de 10 de diciembre de 2007, excluye la posibilidad de retracto en el supuesto de dación en pago, pues la ley solo habla de compraventa, y al suponer el derecho de retracto una limitación dominical, debe siempre interpretarse restrictivamente, y por tanto, aplicarse solo en los supuestos que la ley recoge. Luego ampliaremos este supuesto referido exclusivamente al arrendamiento urbano 1994.

⁶ Véase por todas SSTS de 14 de noviembre de 1924, 12 de febrero de 1959; 12 de abril de 1989; 2 de abril de 1985 y 6 de febrero de 1991.

⁷ Véase la STS de 14 de noviembre de 2016, que recoge y reitera los pronunciamientos de las SSTS de 18 de mayo de 2006 y 2 de mayo de 2008, en este sentido, negando la procedencia del retracto en caso de esos actos o negocios no transmisivos: sentencia de 18 de mayo de 2006. «La excepción a la procedencia del derecho de retracto reconocido por

la Ley especial arrendataria al arrendatario, no puede ser extendida por vía de analogía, a otros supuestos que contribuirían a reducir el ámbito de ese derecho. Tampoco se da esa razón de analogía que se pretende en el motivo; la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del retracto que exige, inexcusadamente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago; en la adjudicación a los cónyuges de bienes en pago de su mitad en la sociedad de gananciales por disolución de esta, no supone transmisión alguna del dominio, ya que los bienes adjudicados eran ya propiedad del cónyuge adjudicatario, si bien bajo el sistema de comunidad propia de la sociedad de gananciales».

Sentencia núm. 316/2008 de 2 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 2823), recurso núm. 1913/2001.

«(...) de igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947. Pues bien, según reiterada jurisprudencia de esta Sala la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del mismo que exige, inexcusadamente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago (*SSTS* de 6 de octubre de 1989; 8 de octubre de 1998; 18 de mayo de 2006)».

⁸ RDGRN de 10 de diciembre de 2007:

«Tercero.- En base a todo lo anteriormente expuesto, se formulan las siguientes conclusiones: 1º El artículo 25.1 de la LAU habla solamente de compraventa y hay que entenderlo limitado a ese solo supuesto, en base a los precedentes legislativos y a la propia tramitación parlamentaria del precepto citado. Dada la polémica generada sobre su contenido y el elevado número de enmiendas de que fue objeto y tras un amplio debate, el legislador contempló solamente la compraventa, lo que debe llevar a la conclusión que tuvo en cuenta solamente ese supuesto como desencadenante del derecho de adquisición preferente y que, como consecuencia de ello, quedaban excluidos todos los demás previstos en la legislación precedente. 2º El artículo 25.1 de la LAU debe ser interpretado en sus propios términos, evitando tanto una interpretación restrictiva como extensiva, ampliándolo en este caso a supuestos que el legislador no quiso regular, pudiendo hacerlo. Apoyan esta afirmación dos principios: en primer lugar, que el dominio se presume siempre libre y cualquier limitación o restricción del mismo debe tener su fundamento en una disposición normativa, en la voluntad de los particulares o en una decisión de la autoridad judicial. En segundo lugar, "el retracto arrendatario cae bajo la infamia de la regla 'odiosa sunt restringenda' como limitativa del dominio y de la libre contratación" (*SSTS* de 2 de abril de 1985 y 6 de febrero de 1991). 3º La tesis clásica que equiparaba la dación en pago a la compraventa está hoy totalmente superada tanto en la doctrina como en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ya citada. Por ello es necesario concluir que, dada las notables diferencias entre ambas figuras jurídicas, la dación en pago, además de no estar recogida expresamente en la LAU vigente, a diferencia de la anterior, no es causa o supuesto de derecho de adquisición preferente».

⁹ Véase en este sentido a favor de que la ejecución forzosa se incluya dentro del concepto de compraventa, las siguientes resoluciones: RDGRN de 20 de noviembre de 1987; 3 de julio de 2013; 24 de marzo de 2017; 14 de septiembre de 2018; 11 y 20 de octubre de 2018.

¹⁰ Artículo 13 LAU (2013) Resolución del derecho del arrendador:

1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento.

Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.

Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9.

Artículo 7.2 LAU (2013) Condición y efectos frente a terceros de la finca arrendada:

2. En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Artículo 14 LAU (2013) Enajenación de la vivienda arrendada:

1. El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca.

2. Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código civil. Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

¹¹ Sobre la oponibilidad del arrendamiento tras la Ley 4/2013, véase MAS BADÍA, M.D. (2014). Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *RCDI*, núm. 746, 3049-3107; JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015). Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *RCDI*, núm. 749, 1643 a 1664; BELLÓD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2015). El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto a terceros a partir de la ley 4/2013, de 4 de junio, de «medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas». *RCDI*, núm. 752, 3319 a 3350.

¹² Afirma la RDGRN de 24 de marzo de 2017:

«Consecuentemente con lo anterior y en cuanto al ejercicio de retracto, habrá que distinguir si el contrato de arrendamiento tuvo o no acceso al Registro de la Propiedad y si lo hizo «con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador». Esto es, con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta.

En este último caso la persistencia del arrendamiento tras la adjudicación de la vivienda, provocará que el arrendatario pueda, en su caso, ejercitar su derecho de retracto contra el adjudicatario en los términos previstos en el artículo 25.

En el caso de que el arrendamiento se haya inscrito en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca, puesto que el contrato de arrendamiento se extinguirá «*ipso iure*» conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos antes transscrito, no habrá lugar a retracto, sin perjuicio de que si la inscripción se produjo con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de cargas el arrendatario haya debido ser convenientemente notificado.

Si el arrendamiento de vivienda no ha accedido al Registro de la Propiedad, lógicamente no habrá lugar a derecho alguno».

¹³ El retracto legal produce una verdadera subrogación del retrayente (en este caso arrendatario) en el lugar del adquirente de la cosa retraída (comprado o adjudicatario dación en pago), ocupando su lugar en las mismas condiciones, y con los mismos derechos y obligaciones que no puede confundirse con una cesión de contrato. La STS de 3 de diciembre de 2018 confirma esta idea: «Aunque el Código civil únicamente recoge la cesión de los créditos en sus artículos 1209 y sigs., la cesión del contrato ha quedado integrada en nuestro ordenamiento jurídico por conducto jurisprudencial, configurándose como una transmisión entre cedente y cesionario de la entera posición contractual que cedente poseía en una relación contractual, dando lugar consiguientemente a una sustitución íntegra en los derechos y obligaciones que dimanaban del contrato, con permanencia objetiva del contrato y sin que se produzca la aparición de un nuevo contrato entre el cesionario y la parte contractual cedida. No obstante, en virtud del retracto operado se produce una subrogación *ope legis* del retrayente en la posición contractual del retraído, siendo tal noción distinta de la cesión del contrato en cuyas circunstancias se requiere del consentimiento de las tres partes, cedente, cesionario y cedido, según ha declarado la jurisprudencia».

¹⁴ COSTAS DE VICENTE, B. (2016). *Venta del piso o local arrendado: derecho de adquisición preferente del arrendatario*, Blog-SEPIN, disponible en <https://blog.sepin.es/2016/01/derecho-adquisicion-preferente-del-arrendatario/>

¹⁵ La Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo afirma que: «El tercer motivo que justifica la urgencia y necesidad de las medidas es la escasez del parque de vivienda social, que en España ofrece cobertura a menos del 2,5% de los hogares, una cifra que contrasta con los porcentajes sensiblemente superiores al 15% registrados en algunos de los principales países de nuestro entorno, como Francia, Reino Unido, Suecia, Países Bajos, Austria o Dinamarca. Ello se debe a diferentes causas, entre las que se encuentra la orientación, durante décadas y casi en exclusiva, de las políticas públicas hacia modelos de vivienda protegida en régimen de propiedad. En este escenario, es urgente revertir esta dinámica y eliminar determinadas barreras normativas y de financiación que dificultan el desarrollo de promociones de vivienda en alquiler social por parte de las distintas Administraciones Públicas, con objeto de dotar al conjunto de la sociedad de un instrumento al servicio del cumplimiento efectivo del derecho constitucional a la vivienda, que es especialmente necesario para aquellas personas y hogares que tienen más dificultades para acceder al mercado por sus escasos medios económicos».

Y de forma parecida, la Exposición de Motivos del breve Real Decreto Ley 21/2018, señalaba que «En todo caso, la problemática del alquiler trae también causa de la insuficiente oferta de vivienda en alquiler en nuestro país, debido a una serie de trabas prácticas que entorpecen la reacción desde la oferta a las señales de precios, impidiendo que el mercado funcione adecuadamente. En el ámbito específico del alquiler social o asequible, el número de viviendas continúa siendo insuficiente, debido en parte al escaso uso de los mecanismos público-privados, que permiten el máximo impacto sobre el mercado de alquiler dentro de las restricciones presupuestarias existentes».

¹⁶ No olvidemos que la renuncia al retracto solo será posible en los contratos de arrendamiento firmados después de la entrada en vigor de la Ley 4/2013, es decir, a partir de 1 de junio de 2013.