

El retracto arrendaticio en la disolución de comunidad (Artículos 47.3, 48 y 55 de la L. A. U.)

SUPUESTO

Varias personas compran tres solares en el año 1950, y en el año 1951 construyen un edificio en cada uno de ellos que alquilan en sus distintas plantas a diferentes inquilinos.

De los constructores-arrendadores sobrevive uno, quien, junto con los herederos de los fallecidos disuelven la comunidad que mantienen de los tres edificios, y previa constitución de los mismos en régimen de propiedad horizontal, se atribuye en pago de sus respectivas cuotas las distintas entidades de aprovechamiento independiente, correspondiendo al constructor-arrendador sobreviviente siete viviendas de un edificio de diez.

El Real Decreto de 8 de febrero de 1952 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de tanteo, retracto e impugnación en favor de los inquilinos en caso de adjudicación de pisos por consecuencia de división de cosa común, excepción hecha de cuando se produce la adjudicación por división de cosa común adquirida por herencia.

El objeto de esa disposición, cuyo contenido ha sido trasladado a la Ley de 13 de abril de 1956 y posteriormente a la de 24 de diciembre de 1964, que ampliaron los supuestos de excepción del artículo 2.º, 3.º, con la adición de «o legado y de adquisiciones realizadas antes del 1 de enero de 1947», claramente resulta de su introducción, derivada de la Ley de 31 de diciembre de 1946:

«... entre los problemas destaca el de la venta por pisos de fincas habitadas en régimen arrendaticio, a cuyos inquilinos otorga la vigente Ley los derechos de tanteo, retracto e impugnación, en su propósito confirmatorio enunciado en el FUERO DEL TRABAJO de hacer asequibles a ellos las viviendas que habitan..., de modo que garantizará la efectividad de ambos derechos e impedirá simulaciones o que a *pretexto* de la venta fraccionada de la finca se ejerzan coacciones inadmisibles sobre aquellos inquilinos...

Dada, por último, la equivalencia de las consecuencias jurídicas que para los inquilinos se derivan de la adjudicación de pisos o viviendas a los condóminos por *división de la cosa común*, y constituyendo este medio, que a veces se pone en práctica para *enervar* los derechos de tanteo, retracto e impugnación que para el caso de venta corresponden al inquilino, se extienden tales derechos al mencionado supuesto...»

Sabemos que el Fuero del Trabajo ha sido una declaración publicada por el Decreto de 9 de marzo de 1938, en plena guerra civil, para ponerse en contacto con la realidad social y con las limitadas posibilidades de aquella época, que explica el carácter polémico y programático de sus declaraciones, propias de toda arma de lucha doctrinal, que deja percibir a través de sus declaraciones el ambiente bélico en que fue creado, como parte dogmática de la constitución del Estado nacional-sindicalista, que en su declaración XII, 2.º, asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana: El hogar familiar y los instrumentos o bienes de trabajo para uso ordinario.

En la Ley se substituyó la instancia a los principios de la justicia por el impulso emocional de ternura o algo parecido, es decir, que el principio de protección al trabajador que depende normalmente de un salario insuficiente es una actitud sentimental y blanda de la que el jurista debe alejarse, y nos parece que la imposibilidad de atender con la celeridad y amplitud necesarias a tal derecho a la vivienda obligó a disposiciones de urgencia tan radicales que sacrifican los también naturales derechos de la propiedad, justificándose la medida, con la superioridad del derecho social a la vivienda, respecto de los otros, de interés individual.

En fin, el Estado, siendo incapaz de atender en forma concreta las necesidades del momento, recubrió la injusticia con oropeles coloreados de social, sacrificando la libertad contractual y los legítimos intereses del propietario-arrendador, que si bien de la realidad social en 1938 o en 1946 o en 1952 surgió la *occasio legis* para remediar las necesidades de los inquilinos con tal rigidez que llega a institucionalizar el retracto como una expropiación de valor sin indemnización, en la actualidad, desaparecidos los motivos que propiciaron la Ley, se viene restringiendo la interpreta-

ción extensiva en favor de los inquilinos, porque hoy no se puede equiparar al propietario a plutócrata y al arrendatario a hombre económicamente débil, porque en numerosas ocasiones el poder económico del segundo excede con mucho al del primero.

Lo expuesto podría considerarse intrascendente en cuanto se refiere al espíritu de las disposiciones, que no todos los juristas aprecian en su justo valor, olvidando que desde hace siglos los edictos de los pretores romanos sirvieron de fundamento al *Principio General de Derecho*:

«La letra mata y el espíritu vivifica.»

Acudiendo a este principio en lugar de al que dispone que

«Cuando la Ley no distingue, tampoco debemos distinguir.»

analizaremos el supuesto, según la regla hermenéutica contenida en el artículo 3.º, 1.º, del título preliminar del Código Civil, texto articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974, en cuanto establece que

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la *realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*»

Así la letra de la Ley no nos debe detener porque no es decisiva, como lo prueba el Tribunal Supremo en sus sentencias, que se dirán, y también la propia Dirección General, cuando exceptúan el retracto en caso de adjudicación por división de cosa común adquirida por acto voluntario de donación; forma de adquirir no incluida o expresamente excluida de la letra del artículo 47, 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Y como el supuesto no lo hemos visto tratado por la jurisprudencia ni por la doctrina, para decidir hemos de recurrir a la interpretación histórica, a fin de precisar el pensamiento del legislador o de la norma, situándonos en el tiempo en que fue dictada para indagar con mayor seguridad el sentido de sus palabras y de las instituciones de aquella época, en armonía con el panorama de la vida jurídica y general de entonces, como dispone el ya mencionado artículo 3.º, 1.º, del Código Civil.

¿Fue la intención del legislador conceder los derechos de tanteo de retracto e impugnación en *todos* los supuestos de adjudicación por división de cosa común adquirida por cualquier título, con la única exclusión de la adquirida por acto involuntario, no preparado, como es la herencia o legado?

¿Fue la intención del legislador conceder tales derechos en los casos de adjudicación de pisos y viviendas por consecuencia de división de cosa común *adquirida sin arrendatarios* y arrendada antes de la disolución por los propietarios-disolventes-adjudicatarios-arrendatarios, desnaturalizando la esencia del retracto regulado en el artículo 1.521 y siguientes del Código Civil, o sea, sin la injerencia de un extraño en la relación jurídica arrendador-inquilino y sin salir de la cosa del dominio del arrendador, y por el solo hecho de la concreción de su cuota indivisa en una porción física diferenciada de las demás?

El propósito del legislador no debió ser otro que evitar el facilísimo *fraude* a la Ley de 1946 que se venía produciendo: Compra *pro indiviso* de toda la casa arrendada a diferentes locatarios seguida de disolución de la comunidad y adjudicación de cada piso a cada uno de los compradores.

Y esta fue, a mi parecer, su intención: Evitar que por esa solución subrepticia se llegara al mismo resultado de la venta por pisos, *enervando los derechos preferentes* de los inquilinos, nacidos de sus contratos de arrendamiento con el transmitente, por cuanto que la *ratio legis* no tuvo más finalidad que atajar el *fraude* al denegar el retracto y el tanteo donde no aparezca la posibilidad fraudulenta, exceptuando del retracto el supuesto de división y adjudicación de cosa común adquirida por actos de última voluntad, como es la herencia o el legado, esto es, por acto involuntario del causante-arrendador, y actualmente por la corriente liberalizadora de la rigidez de la Ley locataria, ampliado el supuesto a la adjudicación por división de cosa común adquirida de padres por el acto voluntario de donación según la decisión jurisprudencial del Tribunal Supremo, que siendo reiterada y uniforme la interpretación del artículo 47, 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya existe doctrina legal que lo complementa según el artículo 1.º, 6.º, del Código Civil. Y así lo trata la Dirección General en su Resolución de 13 de febrero de 1980.

Tanto de la Ley de 1946 como del Real Decreto de 1952 resulta la intención expuesta en sus bases, y nos bastaría su interpretación gramatical, ateniéndonos al sentido estricto de sus palabras, para llegar a aquellas conclusiones:

Ha condicionado y hecho depender el retracto legal arrendaticio a la adjudicación de pisos y viviendas por consecuencia de división de cosa común adquirida por compra o por otro contrato equivalente cuya contraprestación, no siendo personalísima, pueda ofrecer el inquilino, y cuando el derecho de éstos hubiere *nacido antes que el de los adquirentes*.

Así lo interpreta nuestro más Alto Tribunal en sus Sentencias de 8 de abril de 1959, 20 de enero de 1962 y 4 de febrero de 1975, en las que resulta:

«Que el precepto legal se construye sobre la *previa celebración de un contrato oneroso*, y así el artículo 1.521 del Código Civil lo deriva de la compra o dación en pago, y concretamente el arrendatario descansa, conforme al artículo 48 de la Ley, en la venta de piso o vivienda objeto del arrendamiento, extendiendo esta facultad en caso de adjudicación por consecuencia de división de cosa común adquirida por herencia o legado, es decir, que esta ampliación del derecho de retracto en los casos de división creada específicamente en la Ley de Arrendamientos Urbanos tiene un *sentido excepcional*, en cuanto se aparta de las normas seculares formativas de esta institución de privilegio que siempre lo ha condicionado y *hecho depender de otro contrato de naturaleza onerosa en el que se subroga el retrayente en el lugar del que adquiere*, por lo que su recta interpretación y aplicación exige entrar en el *espíritu* de la Ley conforme al fin para que fue dictada, sin que se pueda prescindir de esta función interpretativa de la intención del legislador, puesta de manifiesto en el preámbulo del Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, antecedente del precepto que se aplica, donde expresamente hace constar que se extiende el retracto al supuesto de división para evitar que se emplee como medio de *enervar* los derechos de tanteo y retracto...»

La Audiencia Territorial de La Coruña, en Sentencia de 13 de mayo de 1963, publicada en la *Revista General de Derecho* de octubre de 1964, página 821, no admite el derecho de retracto en caso de división de inmueble que forma una sola unidad jurídica:

«...acreditado que A y B adquirieron el 16 de octubre de 1957 un inmueble compuesto de bajo, dos pisos y desván, estando el primer piso arrendado al actor, y posteriormente, en 8 de noviembre de 1961, procedieron a poner fin al estado de comunidad en que se encontraban, individualizando el derecho de cada uno y haciendo la distribución por iguales partes según valoración que consta en la escritura de división, sin que tal actuación implique de modo alguno la adjudicación de vivienda por consecuencia de división, que contempla el número 3.º del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y que se lleva a cabo con *ánimo de defraudar* los derechos de los arrendatarios, sino que con esa manera de actuar, lejos de verificar una agrupación de pisos, lo que se hizo fue concretar la parte que correspondía a cada condueño en el inmueble, sin reserva alguna de derechos sobre la otra parte, creando una nueva unidad no sólo inmobiliaria, sino jurídica, si bien esa nueva unidad sea comprensiva de dos plantas, que no impide que tenga virtualidad propia y específica distinta de la simple suma de las plantas o pisos que la componen...»

La de la Audiencia de Granada de 13 de junio de 1967, publicada en la misma revista de octubre-noviembre de 1968, página 1088, respecto de adquisición de finca por derecho de accesión dice:

«...ha de tenerse en cuenta, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1964, que el retracto se estableció en la Ley de Arrendamientos Urbanos en los casos de venta de pisos o de finca en la que sólo existe una vivienda o local de negocio como medio de proteger al inquilino o arrendatario contra el propietario que para librarse de él acudiera al recurso de venta fraccionada de su propiedad, y que este aspecto es un hecho cierto que los artículos 47 y 48 de la referida Ley, en relación con el 1.521 del Código Civil y la referida doctrina jurisprudencial, exigen como requisito esencial y básico para el ejercicio retractual la *transmisión onerosa* de la propiedad, es decir, que lo fundamental es la existencia *de venta o dación en pago* con posibilidad de subrogación, y siendo evidente que aquella enunciación legislativa lleva en sí un criterio limitativo que obliga a rechazar todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa o en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas, es indudable que por lo que afecta al caso de esta litis, en que ni se ha operado la existencia de alguna de dichas figuras jurídicas ni la retrayente podría subrogarse en la situación del dueño del solar que mediante el pago de la indemnización correspondiente hace suyo lo edificado por *ejercicio de su derecho de accesión*, la acción retractual resulta improsperable, y aun *prescindiendo de otros muy sugestivos temas que ofrece el supuesto controvertido, y de cuyo análisis ha de prescindirse por no haber sido materia de debate...*»

También la Dirección General en la Resolución de 13 de febrero de 1980 considera:

«...que la notificación establecida en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como requisito ineludible para la inscripción en los libros registrales de venta de pisos a que se refiere el artículo 47 de la misma Ley, trata de garantizar al inquilino del piso o local arrendado la efectividad de sus derechos de tanteo o retracto, y de ahí que sólo sea necesario en los casos en que al inquilino o arrendatario le estén reconocidos tales derechos, pero no hay que practicarla cuando *carece de esta posibilidad*.

Que si se examina el artículo 47 de la Ley se observa que sus dos primeros apartados reconocen la posibilidad de ejercicio de estos derechos de tanteo o retracto sólo en los casos de transmisiones onerosas y aún más concretamente en los de ventas o cesiones solutorias..., mientras que el apartado tercero, tras reconocer que gozará de esos mismos derechos el inquilino en los casos de adjudicación de vivienda a consecuencia de división de

cosa común, exceptúa, no todas las transmisiones lucrativas, como sucede en los dos primeros apartados, sino tan sólo las adjudicaciones por herencia o legado, sin enumerar la donación...

«...Que el mencionado párrafo tercero del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos tiene su precedente en el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, que justificaba en su preámbulo la novedad introducida como medio de evitar que se *enervaran* los derechos de tanteo y retracto cuando varias personas habían comprado en proindivisión y en su totalidad una finca con más de un arrendatario, con lo que eliminaban el ejercicio del retracto por parte de los inquilinos, y con posterioridad procedían los adquirentes a la división material por pisos del edificio, *con lo que consumaban de esta forma indirecta* su propósito...»

«...Que no hay que olvidar que el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil impone que las normas han de interpretarse, entre otros, en el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, así como la realidad social, ateniéndose fundamentalmente a su espíritu y finalidad, y al interpretar los artículos 47 y 48 con arreglo al anterior criterio legal, aparece que la regla general que resulta de su contexto está referida a adquisiciones a *título oneroso* y sólo excepcionalmente a un supuesto de división de cosa común y adjudicación *cuando trata de evitar un fraude*, por lo que no debe extenderse a los supuestos en que éste no tiene lugar, dado además el carácter *restrictivo y odioso* del retracto, y, en consecuencia, entender que cuando el *origen adquisitivo del título estriba en...*»

Si la división de cosa común es declarativa y no traslativa de la propiedad, es por eso por lo que ni el legislador ni los intérpretes ven el hecho de la disolución en sí, sino el *título adquisitivo previo a la misma*, así como si cuando se produjo la *transmisión existía* ya el expectante derecho del inquilino para el caso de posterior disolución comunitaria y adjudicación de viviendas entre los condóminos que *enervaran los derechos anteriores* y preferentes de los locatarios *al* de los adquirentes.

Que aun cuando la declaración de derechos ha de proceder de los Tribunales y entender que no procede en el supuesto que tratamos, hemos de matizar si *edificio construido es edificio adquirido* a tenor de la construcción jurídica que regula la adquisición de derechos a la luz de los artículos 353 y 609 del Código Civil.

A) Dos de las formas de adquirir la propiedad son: a) *La originaria*; y b) *La derivativa*.

La originaria es aquella en virtud de la cual la adquisición no descansa en el derecho de un predecesor y, consiguientemente, no se da la idea traslativa que encadene al nuevo titular con el que deja de serlo.

La derivativa es la llamada adquisición traslativa, de la cual el dere-

cho se desplaza del enajenante al adquirente con su mismo contenido y características, de tal modo que puede decirse que lo único que en él ha variado es la figura de su titular; consistiendo esta figura en la sustitución de una persona por otra en la misma relación jurídica y como consecuencia de un negocio jurídico.

La distinción, pues, entre adquisición originaria y adquisición derivativa se fundamenta en que en aquélla falta la existencia de una relación personal entre *un precedente y un siguiente sujeto del derecho*, como es el supuesto de que el derecho nazca por primera vez.

B) Y para llegar a un resultado concluyente nos falta examinar las diferencias que existen entre la naturaleza civil de la construcción de los edificios y de la compraventa o en su único equivalente, como es la adjudicación en pago, a que se refiere el número 3.º del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

La venta tiene por fin inmediato el cambio de una cosa por dinero; la construcción, si es por contrato, éste tiene por fin producir un resultado de trabajo por una remuneración, sin que pueda decirse que exista una enajenación de trabajo al modo de una compraventa de trabajo.

Se trata de un contrato de obra, y que por el principio de accesión van pasando a propiedad del dueño del suelo los materiales incorporados a ella, naciendo la propiedad directamente a favor del comitente a medida que los materiales son incorporados al suelo.

Las diferencias que existen entre los contratos de ejecución de obra y compraventa en orden a la transmisión de la propiedad pueden resumirse:

En la compraventa se requiere la tradición, de la cual, tratándose de inmuebles, acostumbra a ser la instrumental del artículo 1.462 del Código Civil, aunque pueda ser posterior.

En el contrato de ejecución de obra se requiere la entrega, que puede ser a medida en que son recibidas las unidades contratadas; y es por eso que el Código Civil trata el contrato de compraventa en el título IV y el de arrendamiento de obras y servicios en el capítulo III, sección 2.ª, del título VI.

La adquisición, pues, por obra nueva se produce por acto jurídico de accesión, que en nuestro Código Civil no se incluye entre los modos de adquirir la propiedad —art. 609—, pero declara que la propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos producen o se les une o incorpora natural o artificialmente —art. 353—, como es la proveniente del trabajo u obra del hombre en sus dos formas características, como son la plantación y la edificación, esta última llamada accesión continua, que no es más que el derecho que tenemos a las cosas cuando por unirse a las nuestras como un derecho filial forman un solo cuerpo mediante la acce-

sión natural o industrial, que es el derecho que el dominio nos da sobre las ventajas, aumentos o mejoras que el mismo recibe por industria o artificio propio o de otra persona según los Principios: «Suele ceder al suelo lo que se edifica o siembra»; «todo lo que en el suelo se edifica al suelo cede»; «el edificio sigue al derecho del suelo...».

Hemos de pasar ya a analizar los artículos 48 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con el 37 de la Ley Hipotecaria.

En la letra C), 1.º, de la base VI de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, creadora de los derechos de tanteo y de retracto, se dice:

«...los plazos se contarán desde que fuere inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad, y a falta de inscripción, desde que tuviere conocimiento de aquélla. Pero no se computará por no ser inscribible la transmisión aunque sí susceptible de anotarse preventivamente por defecto subsanable mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare...»

Y así lo recoge el artículo 63, confesando que no llegamos a entender la antinomia que se produce en el propio precepto. De una parte dice que los plazos se *contarán* desde que fuere inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad y de otra que *no se computará* por no ser inscribible.

En la Ley de 13 de abril de 1956 —arts. 48 y 55— ya se prescinde de la inscripción como fecha que inicia el cómputo del plazo y se exige que la notificación ha de hacerse en todo caso en forma fehaciente y desde la fecha de la notificación personal se cuenta el término, añadiendo el 55 que

«para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición deberá justificarse que han tenido lugar las notificaciones exigidas...»

Por tanto goza el inquilino, según el caso, del derecho de retracto legal, *con o sin inscripción*, y sólo opera como raíz inicial del plazo retratual la notificación de la transmisión, quedando suprimidas *como tales la inscripción registral y el conocimiento de la misma*, como así viene sosteniendo reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 27 de noviembre de 1947, 24 de junio de 1954, 11 de octubre y 23 de noviembre de 1956, 18 de marzo de 1960, 11 de noviembre de 1961 y 12 de enero de 1962.

ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, volumen III, página 660, contrariamente a las opiniones de CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, volumen IV, página 156, y a don TIRSO CARRETERO,

Revista crítica de Derecho inmobiliario, 1958, página 841, que estiman que el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha venido a derogar el número 3.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, estándose así en el número 1.º, dice:

«...que para comprender mejor la naturaleza jurídica, así como los efectos del retracto legal, es básico partir de lo dispuesto en el artículo 37, 3.º, de la Ley Hipotecaria, según el cual se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos... —las acciones— de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen.

Que el precepto legal afecta a terceros adquirentes aunque estén protegidos por la fe pública del Registro que consagra el artículo 34 de la misma Ley, puesto que el retracto legal no necesita de la publicidad registral para operar, aunque esto no lo expresa dicho artículo 37 pero lo presupone, y es el criterio que inspira los artículos 26, 1.º, de la Ley Hipotecaria y 5.º, 3.º, de su Reglamento...»

Como expresa la Resolución de 4 de octubre de 1962, es reiterada la doctrina establecida por el propio Centro Directivo que el retracto legal actúa siempre con la máxima eficacia frente a los terceros aunque no conste en el Registro la causa de resolución del derecho, y, en consecuencia, quedan inermes los enérgicos resortes de defensa que la inscripción lleva consigo.

Y la Sentencia de 27 de septiembre de 1962, con referencia al retracto legal arrendaticio, expresa que el mismo integra una delimitación de las facultades dominicales estatuidas por la Ley que opera fuera o al margen del comercio o tráfico de los titulares de aquel derecho de carácter absoluto, que en su juego autónomo se desenvuelve fuera del ámbito de la legislación hipotecaria con una publicidad impuesta por la misma Ley que lo crea y de ahí *el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en su número 3.º*, es decir, que en estos supuestos no opera el artículo 34 de la propia Ley porque de su protección quedan excluidos por expresa disposición del artículo 37 las referidas acciones.

Y debe ser así por cuanto tanto si consta como si no, la manifestación verdadera o falsa de la situación arrendaticia en el título presentado a inscripción en nada afectará a los derechos del inquilino, puesto que no interviniendo no exterioriza su conocimiento, y por tanto no existe el nexo que cual todos los contratos vincula a todos los que en él son parte y nada más, y no crea otras relaciones jurídicas que las estrictamente relativas a personas, con exclusión de cualquiera absoluta, que en el orden patrimonial privado sólo engendra el derecho real para el que se ha instituido el Registro de la Propiedad como mecanismo o dispositivo posible a

fin de que puedan conocer todas las personas indeterminadas o desconocidas obligadas a respetarlo las circunstancias de su subsistencia; notificación genérica que no vale más que respecto a terceros y en relación con los derechos reales inmobiliarios, *únicos susceptibles de inscripción*, y no con referencia a las obligaciones personales ni frente a personas necesariamente determinadas e individualmente conocidas, como son los inquilinos, para quienes la notificación ha de ser *singular y personal*.

Es por esto porque la manifestación hecha por el transmitente, caso de hacerse constar en el Registro, no goza de la fe pública registral, que sólo actúa a modo de ficción de veracidad de que la Ley inviste a los asientos practicados que constatan la existencia, extensión y titularidad de los *derechos reales registrados*. El Principio de publicidad registral, eje de nuestro sistema hipotecario, encierra en sí dos caracteres: Como legitimación registral y como fe pública, a los que no alcanza la manifestación de hallarse o no arrendada la finca; y en este sentido la Ley de Arrendamientos Urbanos reconoce que en tanto *no se practique por conducto notarial* la notificación de la venta, la *inscripción no produce* el efecto de notificación genérica y pública que a la inscripción se concede, pues ésta, por declaración de la Ley, no alcanza al inquilino, que ha de ser personal y fehacientemente notificado, como se ha dicho.

Cierto que la Dirección General en sus Resoluciones de 4 de diciembre de 1957, 17 y 25 de enero y 6 de febrero de 1958 hace constar que ha de cumplirse con el artículo 55 de la Ley arrendaticia, pero lo dice en casos tan concretos como son la venta de un piso; pero también la propia Dirección reconoce en sus considerandos:

«...que fue calificado, en general, por la doctrina como poco claro y confuso, lo que motivó las más variadas interpretaciones en orden a si era o no posible la inscripción cuando faltan las notificaciones previas para el ejercicio de los derechos del inquilino, así como en cuanto a la fijación del momento inicial para la computación de los plazos, que unos sitúan en el conocimiento por el locatario de la transmisión efectuada, otros en la notificación y algunos en la inscripción.

Que para evitar el reconocimiento de la posible antinomia legal que el mencionado precepto entraña es requisito de carácter imperativo la previa notificación, puesto que tal exigencia determina el momento de iniciación del cómputo del plazo para el ejercicio retractual, porque si bien es cierto que conforme al párrafo último del artículo 64 los plazos se contarán *desde que fuese inscrita la venta*, seguidamente se ordena que no se podrá computar hasta que fuese notificada, y como es obvio que este precepto va encaminado a posibilitar la adquisición por parte de los inquilinos de los pisos que ocuparen, finalidad primordial de la Ley, se convertiría en ilusorio este derecho si se permitieran inscripciones sin el cumplimiento de esta formalidad que sirvie-

ra de punto de partida para contar el plazo del retracto, ya que no sólo sería contra la ratio legal del precepto, sino que se vulneraría el expreso mandato de la norma, que prescribe que el inquilino tenga conocimiento de la venta y precisamente en forma notarial...»

Y es la propia Dirección General quien en Resolución de 30 de enero de 1980, en un caso de venta de la mitad indivisa de piso por un condueño a otro condueño, dice:

«...Que si bien el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en todo caso la necesidad de notificar al inquilino la transmisión efectuada y el 53 reitera esta obligación, es lo cierto que tal exigencia ha de ser entendida dentro del contexto de la propia Ley, es decir, que la *notificación es siempre necesaria para todos los supuestos en que el derecho de tanteo o retracto pueda operar*, como podría ser incluso si transmitida la cuota a un extraño se ignora si el comunero va o no a ejercer su derecho..., y *ordena la inscripción por cuanto que ésta, dice, no impide al locatario*, con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, el acudir a los Tribunales de Instancia para contender acerca de la validez o nulidad del título origen del acto que da lugar a la inscripción pretendida...»

El Centro Directivo, además de no ser ya contundente en la exigencia de que conste la situación locataria, no se *atreve a decir que el derecho no existe*, y desplaza la decisión a los Tribunales, que son a quienes compete la decisión o determinación de derechos, y hemos de respetar la que nos parece correcta doctrina de la Dirección, puesto que si el retracto legal se da en todo caso contra el tercer adquirente, según el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y el 66 de la misma Ley declara que siempre se podrá contender ante los Tribunales acerca de la determinación de los derechos de retracto, no debe ponerse obstáculos a la inscripción del supuesto que estudiamos, máxime si ésta no inicia el plazo para retraer y no conculca el posible derecho de los inquilinos, ya que éste, si lo tiene, ha de ser fehacientemente notificado conforme al artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Don JOSÉ AZPIAZU, en la *Revista crítica de Derecho inmobiliario* de marzo de 1954, página 159, dice:

«...y aquí comienza la gran ficción del retracto y el Registro. La defensa de los intereses del arrendatario —la torpe defensa creemos nosotros— impide la inscripción, con grave quebranto de la defensa de otros intereses tan sagrados como los del arrendatario, y *altera todas las normas de la publicidad registral*; pero no es sólo eso, es que ha producido la vacilación y la duda en las actividades de los Registradores frente al problema: Unos

defienden la inscripción a ultranza —y nosotros también— y no admiten más prohibiciones que las establecidas en la Ley Hipotecaria —protectora también de los locatarios frente a terceros según el núm. 3.º del art. 37—; otros ni inscriben ni anotan, en espera de que la notificación se practique, y otros, en fin, anotan, haciendo constar que la notificación no se practicó para evitar en cierto modo el desdoro que para la publicidad registral significa la no apertura del plazo registral a través de los asientos del Registro. Es más, dice, esa confusión se va propagando a otros sectores jurídicos, conociéndose una sentencia del Juez de Inca en la que se *sostiene la procedencia de la inscripción*, aun sin que se haya practicado la notificación, con la salvedad de que tal inscripción *no puede abrir el plazo retractual...*»

No nos extraña, pues, ver con tanta frecuencia cómo en los documentos judiciales de adjudicación de locales o viviendas en procedimientos ejecutivos o de ventas en subasta judicial de piso arrendado, por ser indivisible y conforme al artículo 404 del Código Civil, no se haga constar la situación arrendaticia y en su caso la notificación a los inquilinos. Sin duda, los Jueces, que aplican la Ley, consideran la notificación en el proceso intrascendente a tenor del artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y del número 3.º del 37 de la Ley Hipotecaria.

En la escritura del supuesto que tratamos pudo adjudicarse al constructor-arrendador sobreviviente en pago de su participación las siete viviendas del edificio de diez como una sola unidad jurídica y registral, pero no se hizo así por exigencias de la Ley de Propiedad Horizontal y en méritos de la Resolución de 16 de diciembre de 1967, que declaró no ser inscribible una escritura en que se constituía en propiedad horizontal el edificio dividiéndose en tres fincas, que correspondían a los dos bajos y la tercera al resto del edificio, comprensiva de diversos pisos arrendados a doce diferentes inquilinos, por el argumento «fundamental» de que dicha tercera finca no constituía unidad física ni tampoco económica, funcional o de destino (supuesto de hotel, almacenes, etc.).

De atribuirse al condueño sobreviviente las seis plantas como una sola finca, ¿se negaría la inscripción, además de por la doctrina de la Dirección, por lo dispuesto en el artículo 55, en relación con el 47, 3.º, y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos?

Hemos de citar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aunque no siempre mantiene un criterio uniforme pese a la misión unificadora, en este caso sí lo sostiene, e interpretando el mencionado artículo 47 dice que los arrendatarios o inquilinos no gozan del derecho de retracto arrendaticio cuando en la venta de varios pisos a un solo comprador se le venden todos los que el vendedor poseía.

Así lo razona y declara la Sentencia de 2 de marzo de 1963, último

considerando, sosteniendo que el aludido retracto arrendaticio «procede tan sólo en los casos de venta por pisos (de uno o de varios pero no de todos, como reconoce la doctrina jurisprudencial...)», lo que ya había mantenido el mismo Tribunal en Sentencia de 23 de noviembre de 1962, ya que en su segundo considerando expresa lo transcrito. Y es porque como ocurrió en el caso de la Sentencia de 16 de junio de 1962, el Tribunal Supremo entiende que «...resulta claro que cuando en la escritura la dueña de la parte derecha se la vende al demandado no lleva a efecto ninguna agrupación de pisos, sino que vende todo lo que es suyo, supuesto similar al caso de que hubiera vendido la casa entera de ser un solo dueño...».

Lo corrobora en Sentencia de 27 de enero de 1965, ya que si accede al retracto es precisamente por no constar en la escritura de compraventa si lo vendido era o no lo que en la finca pertenecía a la vendedora.

Y en caso de venta del resto de una finca compuesta de varias viviendas después de haberse segregado y vendido una planta:

Cuando el arrendador, dice la Sentencia de 9 de octubre de 1965, enajena una porción de finca mayor que lo que el arrendatario tenía arrendado no resulta posible el derecho de retracto. Así las de 7 de marzo de 1959, 22 de abril de 1969 y la de 12 de noviembre de 1960.

Cuando se venden varias plantas pertenecientes a una sola persona formando una sola unidad jurídica bajo unos linderos e inscripción en el Registro de la Propiedad puede hacerse libremente sin tener que hacer saber al arrendatario la enajenación por no corresponder al mismo los derechos de tanteo y de retracto; no se llevó a efecto ninguna agrupación de pisos, por lo que no puede estimarse la *existencia de ninguna confabulación dolosa* en contra de los inquilinos, *que es lo que la Ley y la jurisprudencia trata de evitar*.

Y que esta doctrina, ratificada, entre otras, por la Sentencia de 20 de febrero de 1960, que agrega que de darse *mayor extensión* al concepto de agrupación habría que llegar a la conclusión legalmente absurda, como contradictoria en sí misma y contraria a dicha doctrina, y como tal inaceptable, de que cuando se vende una finca totalmente se vende también por pisos agrupados unos a otros.

Si conforme a la anterior doctrina no se da el derecho de retracto en el caso de venta de todo lo que pertenece, con menor razón ha de surgir en caso de adjudicación en pago de la participación que se tiene, aun cuando para la atribución y en cumplimiento de la Ley sobre Propiedad Horizontal y la meritada Resolución de 16 de diciembre de 1967 deba constituirse formalmente el edificio en propiedad horizontal constituyendo una finca con cada entidad de aprovechamiento independiente.

El Notario don FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO (*Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 462, pág. 1241), estudiando lo «Imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal», cuyo comentario es anterior a la indicada resolución, dice:

«Nacimiento de la propiedad horizontal por división de cosa común al amparo del último párrafo del artículo 401 del Código Civil:

Plantea algunos problemas de importancia, entre los que cabe señalar:

A) Que los demás comuneros deseen continuar en régimen de indivisión, en cuyo supuesto, y aunque haya de constituirse la propiedad horizontal en forma plena sobre el edificio, no se ve inconveniente en que los restantes pisos y locales se adjudiquen en régimen de indivisión, o bien, si se admite la tesis potestativa en lo relativo al número de locales, tal y como se ha apuntado antes, en que se hagan tan sólo dos locales, uno que se adjudica al comunero que ha solicitado la división y otros que se adjudican a los demás comuneros y que comprende el resto del edificio.

B) Otro problema muy agudo lo plantea la aplicación del artículo 47, 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que concede derecho de retracto al inquilino en caso de adjudicación de vivienda como consecuencia de división de cosa común, salvo que ésta hubiera sido adquirida por herencia o legado o antes de 1 de enero de 1947. Al dividirse la comunidad a petición de un comunero, constituyéndose en propiedad horizontal por aplicación del artículo 401 del Código Civil en su párrafo final, parece que los inquilinos tienen derecho de retracto. También parece, dice, que en este caso podrían adoptarse las soluciones que acaban de exponerse».

A nosotros nos parece, a la vista de la expresada doctrina del Tribunal Supremo, que por una *exigencia formal* de la constitución plena del edificio en régimen de propiedad horizontal no ha de darse el derecho de retracto, toda vez que si no se da en caso de venta, que es lo más, no debe darse en la disolución de comunidad, que es lo menos, y si se diere habría que permitir una sola unidad registral con varias plantas para evitar que por aquella exigencia formal se perjudiquen los derechos del propietario, hoy tan protegibles o más, en los casos de alquileres antiguos con rentas congeladas, como los de los inquilinos.

CASTÁN define el retracto legal como el derecho que por virtud de Ley compete a una persona para *adquirir la cosa vendida* subrogando en el lugar y derecho del comprador, siendo siempre el motor que lo pone en marcha una *transmisión previa* y la subrogación en el lugar de uno de los

otorgantes del contrato, en el cual el inquilino o arrendatario no ha intervenido, o lo que es igual, opera cuando el *arrendador enajena* la cosa a un tercero.

Se da, pues, en el retracto arrendaticio urbano la nota de casi todos los retractos: la *injerencia* de un *extraño* en la relación jurídica arrendador-arrendatario y adquisición de la cosa. La mente evoca como título transmisor que lo suscita el contrato de compraventa, ya que la Ley, al regular su vida, se refiere constantemente al vendedor y al comprador y al transferente o al adquirente, o a cuando el contrato es otro título o alguna modalidad de dicho contrato, o sea, a los casos de *transmisión* a título oneroso; no dándose, consecuentemente, mientras la cosa no haya *salido del dominio del arrendador*.

CONCLUSIÓN

a) Como parece que el legislador no ha visto el hecho de la disolución de comunidad, sino el título adquisitivo previo para conceder los derechos de tanteo, retracto e impugnación cuando tuvo lugar la adquisición de edificio arrendado a diferentes inquilinos con la preferencia de los derechos de éstos sobre los de los adquirentes-disolventes, no parece posible extenderlos a la disolución de comunidad de edificio construido o adquirido *sin inquilinos* y arrendado antes de la división, a tenor de la esencia del retracto regulado en el Código Civil.

b) Qué en estos supuestos no vemos ni fraude ni que se enerve derecho alguno de los inquilinos. Estos y los arrendadores conservan los mismos derechos y obligaciones nacidos de los contratos arrendaticios.

c) Ante los artículos 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 37, 3.º, de la Ley Hipotecaria, el 55 de aquélla, por pueril e infundado, no parece que deba interpretarse más allá de los supuestos a que se refieren sus correlativos y no extender su aplicación a los casos de adjudicación por división de cosa común adquirida sin arrendar.

d) Admitir a inscripción estos documentos para facilitar el tráfico jurídico, ya que con la inscripción no se conculcan los derechos de los inquilinos, pues caso de que les correspondan han de serles reconocidos por los Tribunales.

e) Como la Ley de Arrendamientos Urbanos, más que general parece casuística, el Registrador, suspendiendo o denegando la inscripción en casos ni clara ni expresamente determinados, anticipará con su calificación

el reconocimiento de unos derechos que sólo a los Tribunales compete señalar, abriendo con su decisión un portillo a pleitos que se deben evitar, ya que después de la calificación negativa, pronunciándose en favor de los inquilinos, ¿quién convence a éstos de lo contrario?

Julio de 1984.

JOSÉ ALONSO CASADO
Sustituto de los Registradores
de la Propiedad de Vigo uno