

REVISTA

DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

FACULTAD DE DERECHO

ENERO-DICIEMBRE 1950

AÑO XI

NUMS. LXI y LXII

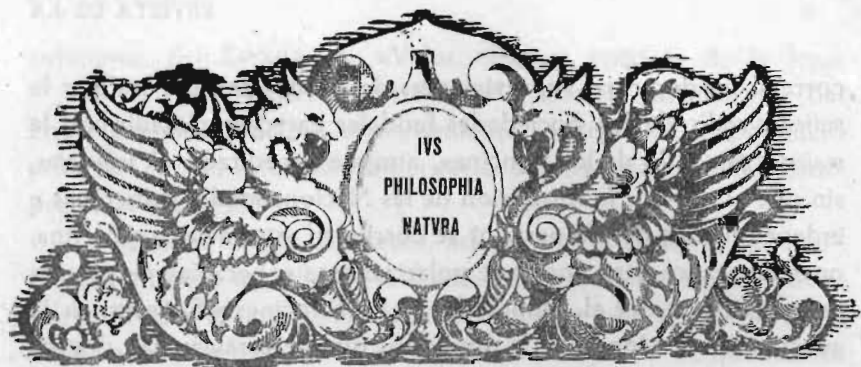
---





# SUMARIO

	<u>Páginas</u>
<b>DOCTRINA POLITICA DEL PADRE SUÁREZ</b>	
Doctrina política del Padre Suárez, por Sabino Alvarez Gendín.....	5
El interrogatorio del inculpado, por Valentín Silva Melero .....	31
La institución del retracto en los arrendamientos de tipo social, por Carlos Alvarez Martínez.....	51
<b>CRONICA DE LA FACULTAD</b> .....	159



## DOCTRINA POLITICA DEL PADRE SUAREZ

POR

SABINO ALVAREZ GENDIN

Estudiaremos en las elucubraciones que haremos de la filosofía político-jurídica del Padre Suárez estas tres cuestiones o rúbricas:

I.—*Origen del Poder*. II.—*Justificación del poder soberano estatal*. III.—*Valor jurídico y moral de la ley*.

El meollo de nuestro estudio radica en el Tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, cuya altura intelectual es revelada por Bonilla y San Martín (1) en estas palabras: «Aunque Suárez solo hubiese escrito el Tratado *De Legibus*, merecería ser leído eternamente», como lo había sido por Adolfo Frank, miembro del Instituto de Francia, que la calificaba «de inmensa obra que bastaría por si solo para ocupar la vida de un escritor ordinario» (2). También contiene doctrinas políticas en el libro «*Defensio fidei adversus anglicanae sectae errores*».

Discípulo Suárez, de Santo Tomás (3) a través de Melchor Cano, Domingo Soto, Pedro de Sotomayor y Juan Mancio, había de

corregir las doctrinas supervivientes del feudalismo por las que la *majestas realis* de las Sociedades feudales parecen coincidir con la *majestas personalis* de los Príncipes, aunque supeditada al *imperator*, sin que al advenir la formación de las Nacionalidades soberanas e independientes del Emperador se corrija en sustancia la doctrina, pues no acaece otra cosa que polarizar esas soberanías personales compartidas entre el Emperador, y los Príncipes y Señores, en la adscripción al Monarca, de donde los que desarraigan las doctrinas de la soberanía fraccionada y compartida entre el Emperador y los Príncipes, como Grocio, Althusio y más tarde Hobbes, no hacen sinó sustentar o fundamentar las soberanías estatales en la soberanía del Príncipe, del Monarca, exento ya del Emperador, aunque según aquel último escritor lo haya recibido por enajenación perpetua del pacto popular.

Bodino en Francia, y Suárez en España, son quienes reaccionan contra estas doctrinas absolutistas. El primero en los «Six livres de la Republique», publicada en 1576 y el segundo en el Tratado *De Legibus* aparecido en Coimbra en 1612.

El concepto de soberanía en Bodino, como poder supremo del Estado en lo interior e independiente de lo exterior, como un concepto *praeter* o transpersonalista como un *subjetum commune*, y no como un *subjetum proprium* del Príncipe, lo vemos acreditado también en Suárez para quien el soberano está obligado sin embargo, no solo a Dios (4), y a sus leyes divinas, y a las naturales, lo que acepta Bodino, sino al *ius gentium* internacional, en cuanto que el orden internacional, aún sin existir un poder supremo estático internacional, está sometido también al *ius naturale*, es decir, deriva de éste, no su contenido, de quien difiere (5), pero si su fuerza normativa, o mejor diremos, su obligatoriedad deriva del principio de derecho universal, «*pacta sunt servanda*» (6).

El poder soberano en Suárez está concebido como una institución que persigue un fin. Se da un concepto, pues, institucionalista o metapersonalista y teleológico a la par, como observaremos en las rúbricas 2 y 3 de esta disertación: «Justificación del Poder

soberano del Estado» y «Valor ético y jurídico de la ley.»

No confundamos el origen del poder con la justificación del Poder supremo, aunque evidentemente lo segundo, suponga lo primero (7), aún referido a un criterio objetivo de justicia, como pretende Heller (8).

Lo primero es algo abstracto, así, pues, si el Poder al ejercitarse lleva impreso un sello de la divinidad, y un deber de obediencia, pudiera aceptarse como algo conveniente y no necesario; pero de la naturaleza humana se desprende la necesidad de que exista ese Poder supremo y que alguien lo ejercite (9) para mantener el orden y promover la prosperidad en la sociedad humana, aunque para ese ejercicio no se precise que el derecho lo ejercite una persona determinada y concreta, o un grupo de personas determinadas y concretas, o que esa concreción radique necesariamente en familia o dinastía alguna determinada.

El Poder es una institución que se hace necesaria por la caída de la Humanidad en el pecado. El pecado de nuestros primeros padres atrajo irregularidades a las sociedades que requieren un gobierno ordenado de los hombres, a quien Dios permite ejercer determinadas funciones públicas.

La justificación del Poder tiene su principal argumento en la sociabilidad natural del hombre, en el *appetitus societatis*, lo cual requiere una ordenación de la comunidad, máxime si falta la santidad del hombre. Tal propiedad de la naturaleza humana se revela—según el Doctor Angélico—«en que es propio del hombre el uso de la palabra, por medio de la cual puede manifestar y expresar perfectamente a otros sus conceptos», lo cual proviene de Dios, porque según escribe filósofo de la Escuela tomista tan destacado como el P. Ceferino González (10), «así como el carácter social del hombre no depende y trae su origen de la voluntad de éste, sino del Criador, que hizo sociable la naturaleza humana, así también depende y trae su origen del Criador», o, si se quiere, de la misma naturaleza humana, la autoridad suprema, elemento esencial y condición necesaria de la sociedad humana. Si el hombre es

social por naturaleza, además de este elemento natural, requiere el formal para subsistir, o sea, el principio unitario y de dirección, que organiza la multitud a la consecución de sus fines temporales (11) entre los que pueden comprenderse el permitir que las almas puedan encaminarse a la vida eterna (12). El vínculo social tiene como común denominador el lenguaje, bello patrimonio del hombre que lo distingue de los animales, al decir de Balmes.

### I.—ORIGEN DEL PODER

Suárez corrobora los versículos escriturarios y proporciona mucha luz sobre el origen del Poder y el modo de cómo proviene (13). La opinión común es de que procede de Dios. Los hombres suministran solo la materia. Este era el apotegma suarista, pero para definirlo sienta precedentemente razonables argumentos justificándolo, pues así la potestad deriva en manera inmediata de la comunidad formada por todos los hombres mediante el consentimiento de ellos, es decir, de un cuerpo mixto, de un órgano colectivo, de una comunidad política que puede—suplirnos ciertas omisiones de Suárez—ser el Cuerpo electoral o una aristocracia que se arrogue la representación colectiva cual sucede con nuestro Consejo del Reino y las Cortes, según la ley de Sucesión. Como el autor próximo de la Comunidad es Dios, supuesta la voluntad de los hombres en reunirse en una Comunidad política, no está en su potestad impedir su jurisdicción, y vivir en perenne anarquía, de donde se sigue que el Poder no puede provenir jurídicamente de las voluntades de ellos, de los hombres, como de propia causa eficiente.

Y cita el ejemplo del matrimonio que se contrae por voluntad; pero que por voluntad ni se disuelve ni se puede impedir la jerarquía del varón por ser instituido el matrimonio por el autor de la Naturaleza.

El Poder es dado por Dios a modo de propiedad que sigue a la Naturaleza.

Explica Suárez lógicamente, solo a simple vista heteróclita del Poder instituído por Dios, y atribución de esa institución abstracta en personas o familias concretas, con el siguiente razonamiento: «Y en la misma proporción; así como a cada hombre se ha dado la libertad por el autor de la Naturaleza, más no sin la intervención de la causa próxima o del padre por el cual es producido, así también esta potestad es dada a la comunidad de los hombres por el autor de la Naturaleza, más no sin intervención de las voluntades y consentimientos de los hombres, por los cuales ha sido reunida y congregada tal comunidad perfecta, negando, pues, que ningún Rey o Monarca tiene o haya tenido (según la ley ordinaria) inmediatamente de Dios o por institución divina el principado político, sino mediante la voluntad e institución de los hombres.» La doctrina del origen divino del Poder no es óbice al origen inmediato, institucional, hombre, o sea a través de la Comunidad conferida a las personas (*sed mediate humane voluntate et institutione. Hoc est egregium Theologiae axiome*), según sostiene nuestro autor en el tratado «Defensio fidei adversus anglicanee sectae errores», (14) brillante alegato contra el derecho divino de los reyes (15), que coetáneamente a Suárez, pretendía prevalecer Jacobo I de Inglaterra, y que ya anteriormente Vitoria contradijo.

La doctrina de Suárez en cuanto al origen de la potestad civil se concibe con cierta analogía a la de Belarmino, el filósofo italiano—y hermano de Orden—que afirma ser Dios fuente del Poder, y la multitud el sujeto de ese Poder, que recibe la potestad de Dios, pues no hay razón para que un hombre mande o domine más que otro, pero siendo la Sociedad una República perfecta, debe gozar de la facultad de castigar a los perturbadores de la paz.

Sin embargo, Belarmino no se adhiere tan terminantemente como Santo Tomás y Suárez a la tesis de la resistencia al tirano, admitiendo, sin embargo, el derecho a su enjuiciamiento y revocación cuando se haga infiel, o coaccione a los súbditos a la infidelidad o a la herejía. Alude a los Príncipes cristianos; atribuyendó el Derecho de revocación al Pontificado:

Suárez alude, en apoyo de su tesis sobre la institución divina del Poder secular, a la conocida Epístola de San Pablo y que ya, antes que él, Vázquez de Menchaca y Domingo Soto comentaron (*De iustitia et iure*, libro 1, quaes. 1, art. 1), así como el texto agustiniano (*De natura boni*, cap. 32): «La potestad de los que castigan no procede sinó de Dios».

Veamos ahora la justificación teleológica del Poder soberano.

## II. JUSTIFICACION DEL PODER SOBERANO

El Poder o quien detenta el Poder debe ejercitar el bien común. Es la doctrina de Santo Tomás, que hemos desarrollado en nuestra obra «Concepto católico del Estado y la Justicia» (16). Es la doctrina de Suárez, como veremos.

Dice Castán que «las modernas escuelas católicas mantienen esta tradición y han elaborado el concepto del bien común, haciendo de él la pieza maestra de la concepción del Derecho. Rénard y sus discípulos han puesto en el bien común la base filosófica de la teoría institucional» (17).

Apreciamos el concepto institucional del Poder en Suárez, cuando observamos que él no se encarna en persona determinada, ni tampoco en la mayoría cuando se desvía del fin que debe perseguir o sea del bien común.

Veamos, pues, cómo Suárez justifica la necesidad del Poder soberano en estas palabras: «Solamente advierto ahora que en toda comunidad hay alguna *potestas* suprema en su orden, como es el Pontífice en la Iglesia, y en el Reino temporal el Rey, y en la República que se gobierna por si misma, toda la República. Pues no puede haber cuerpo, sino monstruo y mutilado, sin cabeza. Y de esta cabeza, dice Santo Tomás (lugar citado, art. 3) que es la misma muchedumbre, es decir la República, o el que hace sus veces, o el que es constituido por ella misma o el que lo es inmediatamente por Dios, como se dirá abajo. Y por tanto, abstrayendo de ambas concluyo que la ley debe proceder de persona pública que



tenga el cuidado de toda la multitud. Consta, pues, que la potestad de dar leyes humanas solamente está en la cabeza suprema, cualquiera que ella sea, por que ni puede procederse al infinito ni puede haber mayor poder en otro en aquel orden. Más en los príncipes inferiores y subordinados habrá tanta cuanta les fuera comunicada por la cabeza, lo cual por la naturaleza de cada oficio, por la costumbre o por las leyes o privilegios se ha de entender, como más adelante se dirá extensamente» (18).

La razón teleológica del Poder soberano o sea el perseguir el Poder supremo el bien común, lo afirma Suárez en estas palabras: «Es de esencia y sustancia de la ley que se sanciona para el bien común, de tal manera, que por él principalmente sea dada. Así lo enseña Santo Tomás (lugar citado, q. 70), comentando el cual lugar opinan también así Cayetano, Conrado y otros modernos».

«Así lo entiende también los intérpretes del derecho civil (1, 1, Dig. *De legibus*), que dicen que la ley debe ser precepto común, es decir, establecido por la común utilidad como expone allí mismo la Glosa, que sigue Baronio, Hason y otros.»

«Tómase además esta verdad de Aristóteles que (lib. 3, *Ethic.*, cap. VI), dice, que el fin de la ciudad es vivir bien y felizmente, y por tanto añade: De la virtud y del vicio piensan públicamente los que tienen el cuidado del dar buenas instituciones a la ciudad, que son las leyes. De donde, en el libro 4, cap. 1, añade: Que las leyes se han de acomodar a la República, no la República a las leyes.»

«Porque el bien de los particulares, como más largamente diré luego, se comprende bajo el bien común, sino para que así de los bienes de los particulares surja el bien común; ya también porque las leyes divinas se refieren a la felicidad eterna, que en sí es bien común, y en cada individuo es de suyo y directamente intentada, aún sin orden a otra comunidad». (19).

El sentido institucional del Poder objetivo y transpersonalista lo aseveran estas palabras de Suárez, que acabamos de transcribir,

sobre su concepción teleológica habida respecto del bien común de la sociedad.

«Mas, cuando la potestad es dada inmediatamente por los mismos hombres, agrega el P. Suárez, es evidentísimo que no es para utilidad del Príncipe sino por el bien común de aquellos que la dieron, y por eso, los Reyes son llamados ministros de la República, y añadido también que son ministros de Dios, según aquello de San Pablo (ad. Rom. 13, y Sap. 6): Siendo ministros de su Reino, ..... Deben, pues, usar de aquella potestad para el bien de la República de la cual y por la cual la recibieron» (20).

Las atribuciones de la soberanía del Estado se descomponen, según Bodino en las siguientes: la potestad legislativa, la de declarar la guerra y hacer la paz, la del nombramiento de los funcionarios, el derecho de justicia, el derecho de fidelidad y obediencia, el derecho de gracia y el de fijar la moneda y los impuestos; derechos o atribuciones que por entonces prácticamente ejercían o reivindicaban los Reyes (21).

De entre éstas estima Suárez que se puede conferir al Príncipe, la potestad legislativa, la potestad de imponer tributos, la de sancionar—*jus puniendi*—, y la de declarar el Estado ofendido la guerra, si no hay otra forma más humana de resolver el conflicto entre las Naciones y de reparar la injusticia (22). Todo ello son potestades de la institución, no de las personas en quienes encarna el Poder. Son atributos de la soberanía que justifica la propia inclinación de los hombres al mal.

La potestad legislativa, radica según nuestro jurista, propia y solamente en el supremo príncipe soberano; más según la costumbre puede requerirse el consentimiento del pueblo, al menos en cuanto a la aceptación. No era ésto lo normal en la época de Suárez; en que regían las Monarquías absolutas; pero Suárez, que admitía el origen inmediato del Poder de la Comunidad (23), no repara en considerar, sin ser necesario, que ésta pueda reservarse el consentimiento de las leyes, lo que hoy se mantiene en algunos Estados como en Suiza con el *referendum*.

«Pues, aún cuando por el derecho civil parece que se colige, según afirma Suárez, que todos los que son principales magistrados que tienen régimen de provincias, pueden también dar leyes civiles, que suelen llamarse pretorias o derecho pretorio, de lo cual hay muchos títulos en el derecho civil; no obstante, de hecho no podemos asignar otra regla sinó la concesión o delegación que haga el príncipe supremo; pues tanta potestad tienen para este acto los inferiores, cuanta les concede el Príncipe supremo, porque en él es soberana, pero en otros es subordinada a aquél».

Aunque el régimen feudal, y el derecho de los señores a coparticipar de los atributos de la soberanía, desaparecía de los hechos, como de la doctrina, desde Bodino, fué Suárez quien centró la soberanía nacional en los Príncipes, en categoría de Reyes, aunque no como un poder propio, sino conferido dando unidad a las Naciones, y no en Príncipes Magistrados regionales o provinciales, sobre los que no incide la soberanía. Si el legislar es atributo de quien tiene la suprema potestad, y si ésta radicando en la Comunidad se transmite al Rey, la potestad de legislar también se transmite a quien goza del Poder soberano, porque como arguye el Padre Suárez, «la potestad regia y suprema ha sido trasladada de toda Comunidad perfecta a la persona del Rey, de suerte que toda potestad de regir a la Comunidad, que estaba en ella, fué transmitida al Rey, así también la facultad legislativa, que estaba de suyo y primeramente en la Comunidad en virtud de la naturaleza de la cosa».

La potestad real atrae o atribuye hacia sí la facultad legislativa.

«Esta conclusión no solo ha lugar respecto de aquellos príncipes supremos que se llaman Reyes, sino también en todos aquellos que no reconocen superior, en cuanto a la subordinación de la jurisdicción temporal, sean duques, sean condes, o se llamen con cualquier otro nombre; porque esta potestad consiste en jurisdicción, y no puede requerirse otra mayor que la suprema» (24) potestad, sin embargo, conferida en segundo grado.

Esta potestad estrictamente considerada, en cuanto que proce-

de del autor de la naturaleza como una consecuencia natural, no se halla en una persona, ni en alguna comunidad especial, o de magnates, o de cualquiera del pueblo, porque naturalmente, solo se da esta potestad en la Comunidad en cuanto que es necesaria para su conservación, y en cuanto se puede demostrar por el dictamen de la razón natural, y por esto solo se demuestra que es necesario en toda Comunidad, y no en una persona o senado; luego en cuanto que procede inmediatamente de Dios, se entiende que solo la recibe la Comunidad, y no parte alguna de ella (25), sin sin que nadie tenga jurisdicción política sobre otro, ni hay razón alguna que lo atribuya a unos y no a otros (26).

Afluye a la mente de Suárez la idea del origen inmediato democrático del Poder, pero no de que el Poder permanente y dinámico no sea una Monarquía, una Aristocracia como una Democracia.

Quizá en ninguna parte como en España, Santo Tomás dejó sentir su influencia en la doctrina política, apartándose de un lado nuestros juristas teólogos—Vitoria y Suárez, principalmente—de los que defendían el derecho divino de los Reyes, para justificar y glorificar el poder absoluto de los Monarcas y la tesis de la no resistencia al Poder,—teoría más protestante que católica—aunque no ha faltado propugnadores de la teoría de la transmisión del Poder temporal por los Papas (27), entibiadas por reducirse al círculo de los Príncipes cristianos; apartándose de otros, de los que justificaban el poder en las doctrinas pactistas, que ya tenían sus partidarios en el siglo XVII, para escatimar o negar rotundamente toda justificación divina del Poder, lo que equivalía a montar el tinglado político en un terreno movedizo y, por lo tanto, anárquico, bien que el pacto, por el que se delega el Poder al Príncipe fuese revocable, como en Althusio («Tratado de Política»), bien no lo fuese, como en Hobbes (*De Cive* y *Leviathan*).

La encarnación de la potestad suprema en el Príncipe—en el Rey—ha de ser de tal suerte y en tal grado institucional, según Suárez, que recibido legítimamente de la Comunidad, de manera expresa o tácita, no influye para nada la condición personal, ni la

religión, ni el sexo, con tal que gobierne para el bien público, pues de lo contrario ilegítima el Poder. Dice, pues, el P. Suárez, «que tal potestad no requiere en el Príncipe o en el sujeto en que está, ni fe ni otro don sobrenatural. Se prueba porque o exige esta condición por derecho natural o por divino positivo, o por eclesiástico; pero nada de ésto puede decirse». La idea del Poder en el Padre Suárez es la que más tarde presidía la obra de nuestro Quevedo «La Política de Dios», más que una idea que presupusiera un derecho, ni siquiera del hombre confesional, es una idea impregnada de deber. La misma idea objetiva e institucional predomina en la concepción soberana del origen político rector, cuando pierde su condición real y soberana, por el mal uso de la potestad, cuando no persigue el bien público, pues como dice el ínclito jesuíta, de los principios de la fé se colige rectamente que no se ha de obedecer al magistrado temporal en aquellas cosas que se oponen a la fé o a los preceptos sobrenaturales, si bien, no se deduce de ésto, —abunda en el razonamiento anterior— que no pueda ser verdadero príncipe aquel que carezca de fé, o que no se le ha de obedecer en aquellas cosas que pertenecen a la recta gobernación política y no son contrarias a la fé. Lo cual manifiestamente confirma la Escritura, (Dan. 2): *Jú eres Rey y el Dios del Cielo te dió el reino, y era infiel; (el Rey) y en el Génesis, 49, se dice que hizo José la tierra de Egipto tributaria del rey Faraón, el cual era también infiel. Consta, pues que esta facultad solo se funda, por su naturaleza en la razón natural» (28).*

Se oponía Suárez a la herejía de los valdenses, a los cuales siguieron Wiclef y Juan Hus, que sostenían que los príncipes inicuos o infieles no tenían potestad civil, y consiguientemente, que no podían obligar a los súbditos con sus leyes, lo cual, se fundaban en que la potestad regia se ordenaba al bien común: «pues sería muy contrario al bien común, si se hallase tal potestad en estos hombres inicuos, o perseverase en ellos; y por eso según argüían los propugnadores de esta tesis, Saul, fué inmediatamente privado del Reino después que comenzó a desagradar a Dios (2, Reg. 15), y de

los reyes inicuos, dice en general Dios en Oseas: Reinaron y no por mí, es decir, no con legítima potestad».

Sin embargo esta creencia para Suárez es errónea y fué condenada en el Concilio de Constanza, sesiones 8 y 15 (29).

Si por derecho natural prueba Suárez, como acabamos de exponer que no es preciso la condición religiosa en los altos órganos del Poder, si no presupone la Religión, tampoco lo requiere el Derecho divino positivo, porque no puede demostrarse tal condición ni por la Sagrada Escritura ni por la tradición. Antes, enseñan lo contrario San Pablo (ad Rom. 13 y 1 Timoth. 2) y San Pedro (1 car. c. 2), que amonestan a los fieles que estén sujetos a los reyes y príncipes que entonces dominaban, los cuales consta que fueron infieles. Ni puede decirse que hicieron ésto los Apóstoles para evitar mal mayor, pues dicen expresamente, que son ellos ministros de Dios y que de él tienen el poder y que se les debe obedecer, no solo por temor, sinó también por conciencia. De los cuales lugares consta, que desde el punto de vista del Derecho divino persevera esta potestad en el infiel, no solo respecto de los otros infieles, sinó también respecto de los cristianos que les estuviesen sometidos por justo título, pues precisamente, de éstos hablan en particular los Apóstoles en aquellos lugares.

Y que tal derecho no hubiera sido conveniente para la propagación y conservación de la fé; pues se seguirían muchos escándalos ni permitirían los reyes infieles que se convirtiesen sus súbditos a la fé.

La condición de que exijan algunas constituciones para un Jefe de Estado de profesar una determinada religión, (así Inglaterra, así España), no tiene otra raíz que el Derecho humano; pero aún en un Estado de unidad católica, puede regir el país sin oponerse al Derecho natural y al divino, quien no sea católico, respeta la voluntad y la unidad católica del pueblo que rige, según la tesis del filósofo granadino (30).

El concepto institucional del Reino lo mantiene claramente Suárez al investir al Rey o la Reina de la función de servidor de la

Comunidad, alegando que no tiene un derecho como el que ejerce sobre el patrimonio civil que puede ceder o enajenar, lo cual más claro se observa al sostener que la soberanía de la Reina consorte no puede, ni por su voluntad, no ya conferirla sinó compartirla con el Rey, su esposo, que solo del matrimonio recibe el nombre de Rey, y el honor de su dignidad, pero nada más, es decir no recibe la potestad soberana para ejercitar en la jurisdicción, territorial (31).

No puede la Reina transferir la jurisdicción sin consentimiento del reino, como no puede conferirla aquél no siendo por elección o sucesión.

La sentencia común de las jurisperitos es que la Reina, aún después de contraído matrimonio, retiene el Reino, y la libre administración del Reino, y por tanto, la potestad y el uso de dar leyes. El principal autor de esta sentencia, la atribuye Suárez a Baldo sobre el capítulo *Significavit (de rescript.)*, según el cual la Reina no transfiere por el matrimonio el Reino a su marido, abdicándolo; ni tampoco lo otorga de tal manera al marido que lo posean los dos por igual, ni retiene la propiedad en sí y delega la administración al marido; sinó que ambas cosas las retiene en si sola, a saber: la potestad y la administración, y así puede de suyo como antes ejercer la jurisdicción y, por tanto, dar leyes (32).

Los atributos de la soberanía del Reino del Estado, pues, son de carácter institucional y metapersonalista, según Suárez, y se nos advierte así al considerar las cosas y los derechos del Príncipe, no como suyos o para sí, sinó en cuanto propendan al bien de la comunidad.

Entre los atributos de la soberanía se halla el establecimiento de contribuciones a los súbditos. Los tributos son impuestos a la comunidad, en cuanto inmediatamente persiguen el bien común, porque, aun cuando se exijan en nombre del Príncipe, no obstante, para que sean verdaderas leyes deben mirar al bien común, porque no se atribuye esta potestad al Rey sino en cuanto órgano de la persona común y pública, y para que los use para el bien común.

Y refuerza Suárez su argumentación jurídica invocando la interpretación legal del Concilio de Toledo VIII, cap. 10 de *regibus*, que dice: «No mirando los derechos del provecho propio, sinó atendiendo a la patria y al pueblo».

### III. TITULOS DE JUSTIFICACION DE LA POTESTAD DE DAR LA LEY O VALOR JURIDICO DE LA MISMA

#### 1. VALOR JURIDICO DE LA LEY

Discorre Suárez en el capítulo XIX del libro III del Tratado *De Legibus* presentando las discrepantes opiniones sobre si la ley dimanada del Príncipe tiene fuerza de obligar, por gozar de plenos atributos de soberanía, sin requerirse la aceptación del pueblo, presentando la opinión de los que se asocian para creer en esta necesidad, utilizando este más sólido argumento, que debiendo dictarse para el bien común, la aceptación del pueblo es síntoma de que conviene al bien público. Un sector dentro de este criterio opina no es necesaria la aceptación expresa, bastando el tácito consentimiento de la costumbre.

Otra opinión afirma que no es necesaria la sanción popular para que obligue la ley, es decir que obliga su observancia solo con que esté suficientemente promulgada por el que tiene autoridad.

Suárez se inclina a esta última opinión, y no porque rechace el régimen democrático, según se habrá podido observar en esta disertación, sinó porque argumenta que el régimen democrático por ser el pueblo quien da la ley, no necesita su ratificación, y donde no existe tal régimen—por ejemplo en el monárquico—fundamenta su criterio con estos tres razonamientos (33): Primero, porque donde no hay tal régimen el pueblo traspasó la potestad suprema al Príncipe sea él una persona física, como en la Monarquía, sea un consejo de próceres, como en la Aristocracia, sea algo compuesto de ambos, como es el Duque con el Senado o el Rey con los Comicios del Reino; luego en todos estos casos, el que tiene de he-



cho. por delegación, la potestad suprema para dar la ley, tiene también potestad para obligar a todos los del Reino que le acepten.

Pruébese la consecuencia primeramente por la Epístola de San Pablo a los romanos, cap. 13: «Toda alma está sujeta a las potestades superiores».

Segundo, porque de otra suerte sería muy eficaz y manifiestamente inútil aquella potestad, si no pudiese forzar a los súbditos a aceptar y observar la ley, y

Tercero, porque consta por el uso, que los Reyes, inmediatamente que la ley es suficientemente decretada, promulgada y propuesta, castigan a los transgresores, sin esperar aceptación alguna del pueblo; y aún fuerzan con penas a observarla y aceptarla. De donde, si puede considerarse necesario el consentimiento del pueblo para dar la ley, cuando fuese democrático el régimen de la República, en cambio trasladada la potestad a un Monarca verdadero, no es tal aceptación del pueblo indispensable, si el Príncipe quiere usar de su potestad.

Quiere decir que el Rey entonces ejecuta la ley y aplica la sanción a quien la transgrede.

La razón de obligar la ley positiva deriva de la ley natural, pues el Derecho positivo es el resultado, según Suárez, de la determinación de las formas jurídicas entre las que el Derecho natural reconoce como admisible (35); perteneciendo a la autoridad legítima la conservación y reparación del orden jurídico, mediante la pena (36). Si así no fuese sería injusto Derecho, y susceptible de desobediencia. Así discurre Suárez respecto del Rey que legisla o actúa injustamente, prescindiendo de la perversidad en el orden privado, que no vicia su legitimidad.

«El Rey, aunque por otra parte siendo malo, guarda la honestidad y justicia en dar las leyes, entonces, formalmente y en cuanto es Rey, es justo; la malicia aquella solo es concomitante, y por tanto, nada tiene que ver con esta potestad. Si hace injusticia e iniquidad en dar las leyes, mandando cosa torpe, y obliga por medio de tal acto, entonces la ley inícuca no es ley, pues ha sido otor-

gada la potestad real para dar tales leyes, y pueden los súbditos desobedecer y deben desobedecer al Rey en tal precepto, si es de cosa inícua, aunque no pueden por eso, negarle, en absoluto, la obediencia en aquellas cosas que fuesen justas» (37). De esta forma el Rey se convierte en tirano, perdiendo su potestad y la autoridad que Dios le otorga; legitimando toda persistencia a su poder.

Ni más ni menos que hicimos nosotros con el Poder republicano, cuando promulgó leyes oprobiosas para la dignidad humana y de persecución a la Iglesia Católica, y cuando el crimen y el asesinato eran no solo cometidos, sino promovidos desde el Gobierno, como se hizo con Calvo Sotelo, fué el alimento o sustento de las masas desmandadas, que, no contentándose con derramar sangre inocente, convirtieron el latrocinio y el sacrilegio en el manjar exquisito de sus apetitos insaciables y devoradores. Si ante la autoridad cruzada de brazos, ante la anarquía y el desgobierno se legitima la resistencia al Poder, cuanto más ante el Gobierno que actúa tiránicamente (38), despóticamente, criminalmente, como el de la segunda República española en 1936.

## 2. VALOR ETICO DE LA LEY (39)

Para exponer esta rúbrica, debemos estudiar la justicia de la ley. La autoridad es legítima por su institución; pero también por su ejercicio, pues se instituye para el bien común de los hombres.

En eso se diferencian nuestros juristas clásicos de los modernos juristas demócratas, que propugnan un poder mayoritario, a veces frente al bien común, en que de facto tampoco es mayoritario si las mujeres, niños y enfermos no tienen o no pueden ejercer el sufragio.

Es legítimo el Poder cuando legisla justamente.

La ley es justa si procura el bien común, si persigue el fin del bien común, dice Santo Tomás; y si este bien común es secular, no puede pugnar con el primordial bien común, que es el de la salvación de las almas. Por algo dijo José Antonio que el hombre

único ser de la creación capaz de salvarse y condenarse—es portador de valores eternos.

La ley es precepto impuesto por aquel que tiene fuerza para obligar, y por tanto, es esencia de la ley que sea dada por quien tenga poder público.

Esto sustenta Santo Tomás, y es como primer principio para ser considerado precepto moral (40).

La ley debe dimanar del que goza de un poder constituído legítimamente. En general, es legítimo el Poder que actúa por la voluntad del pueblo o con su asenso, si viene sucediéndose con arreglo a las leyes seculares políticas; pero puede ser legítimo o legitimado el que desconoce y sustituye un Poder tiránico, aun de origen legítimo, y goce de fuerzas para ejercer la soberanía.

Quien tiene Poder legítimo puede dictar leyes a sus súbditos, pero no a quienes no son sus súbditos.

Tres condiciones ha de requerir la ley para ser justa, según Suárez. (41) Debe, como primera condición, procurar el bien común, y consiguientemente guardar los derechos debidos a la Comunidad. La ley debe principalmente procurar este fin; luego debe ser dada justamente.

La segunda condición hacer referencia a la potestad legítima, debe dictarse con justicia conmutativa, a la cual corresponde el que el legislador no mande más que lo que puede; la cual justicia es muy necesaria para el valor de la ley. De donde, si el Rey da una ley a los no súbditos suyos, peca contra justicia conmutativa respecto de ellos, aun cuando mande un acto honesto y útil de suyo, y así, dijo Santo Tomás, que se requiere en la ley justicia o mejor, interpretaremos, jurisdicción de parte de quien la da.

Además, la ley—tercera condición—debe estar en posesión de la justicia distributiva de manera que lo que admite para unos—como justicia absoluta—sea para todos en las mismas circunstancias como justicia pública, porque mandando a la multitud es como distribuir la carga entre las partes de la República en orden al bien común, y por tanto, como dice Suárez, es necesario que

en la distribución de aquella se guarde igual proporción, lo cual pertenece a la justicia distributiva. (42) Hoy diríamos mejor justicia equitativa.

Entonces la ley es justa, y se podía hablar de *iustitia legalis*.

La primera condición de que la ley se dice procurando el bien común, se corresponde sin duda con la justicia distributiva, en cuanto que ésta, según reconocen los alemanes (43) al referirse a la *austeilende Gerechtigkeit*, ordena precisamente las relaciones de la comunidad encaminadas al bien común; así, pues, sería una equitativa distribución de la riqueza, la implantación de seguros sociales: maternidad, enfermedad, vejez, paro, accidentes en favor de las clases obreras o menos pudientes.

Obsérvese que Suárez habla de la justicia conmutativa, como condición indispensable para una ley justa; mas parece referirse al poder jurisdiccional del Príncipe, y no a las relaciones entre particulares que se corresponde debidamente (*ius strictum*) (44) en dar a cada uno lo suyo, lo cual como obligación moral, amén de su obligación jurídica, tiene su raíz en la propia ley (*iustitia legalis*), si no es claramente tiránica e impuesta por quien no tiene legítimamente el poder.

El fin de la ley, condición primordial para que una ley sea justa, o sea la teleología de la ley, es según atribuimos a Santo Tomás, el bien común de la *civitas*.

Santo Tomás expone que la ley justa obliga en conciencia. (45) Lo difícil es considerar cuando la ley es o no justa, puesto que el hombre damnificado por una ley, por el mero hecho del daño, ya puede considerar injusta.

Como las leyes han de ordenarse al fin del Estado, lo que para Santo Tomás, según ya hemos visto, debe ordenarse al bien común, cuando no se persiga este bien, sino el propio de los gobernantes, ya hay un motivo para considerar injusta una ley que dañe. He ahí el precepto objetivo, normativo de la ley.

No basta que obtengan un bien los que rigen los destinos de un país, si la ley beneficia a todos o a la generalidad.

Una ley de protección familiar, con recargos para las empresas, porque beneficie al Ministro que la dictó si tiene muchos hijos, no es injusta para los patronos si beneficia a todos los ciudadanos, sean funcionarios públicos, sean empleados y obreros privados.

Sería injusta una ley si se dictase en favor de los funcionarios públicos, desde los Ministros, y la Caja de Subsidios, y se sostuviera solamente por las Empresas privadas, y no por el Estado o colaborando, aunque el beneficio alcanzase a los dependientes de tales Empresas.

Se considera injusta la ley por razón de su autor, es decir, si está dictada por órgano que no tiene facultades para dictarla o recibida la facultad de quien la tiene o la goza.

A esto conviene afirmar que si hay medio de impugnar la ley injusta antes, debe utilizarse el procedimiento hábil para ello, que desobedecerla, y aun a veces obliga en el fuero de la conciencia, si la desobediencia acarrea escándalo o perturbación, pues según Santo Tomás, el hombre debe ceder de su derecho.

Por su forma, pueden ser las leyes injustas, según el Santo, así pues, si se distribuyen desigualmente las cargas entre la multitud, aun cuando se ordenen al bien común. En este último caso sí que es difícil discernir cuando la ley es o no justa o injusta.

Como se trata de ordinario de burlar leyes fiscales, de una desobediencia individual pasiva, no produciendo escándalo ni provocando resistencia colectiva, queda reducida a un problema de ética que corresponde resolver a los directores de conciencias.

El fundamento de obligar moralmente las leyes, lo tiene el Poder, cuyo origen ya hemos visto está en Dios. Siendo la potestad institución divina, la ley que ella redacte, apruebe o dicte debe obligar en conciencia, por ser mandato de institución divina, aunque inmediatamente proceda de la Comunidad; pero mediatamente procede de Dios. (46) Como dice el Rvdmo. Prelado de Astorga, doctor Mérida: «La autoridad proviene y exige el homenaje de una filial obediencia». (47) Es Suárez quien más apura la argumentación de teólogo moral y con más extensión presenta el pro-

blema ético del vigor de las leyes, como observamos. Se trata de la *iustia legalis*, que se toma de base para la justicia conmutativa de las relaciones de los hombres y que puede corresponder con la justicia distributiva.

Suárez cita el versículo de la Epístola paulina a los romanos. «El que desobedece a la Potestad, desobedece a la ordenación o voluntad de Dios. De consiguiente los que tal hacen se acarrean su condenación».

San Juan Crisóstomo entiende que esta condenación de Dios se refiere a la responsabilidad ante El, pues el Príncipe es ministro de Dios, de donde se colige que se debe obedecer, no solo por temor a una sanción sino por razón de conciencia, para evitar la culpa.

Sigue Suárez a Santo Tomás en cuanto que considera que se debe obediencia a la ley de Dios, y según el dictamen de la razón natural, resolviendo casuísticamente los problemas éticos, lo cual era muy propio y lógico en teólogos moralistas (48).

La ley civil puede obligar, para el Doctor eximio, por su naturaleza—como procedente de institución divina—a pecado grave en principio, porque ciertamente en casos particulares no siempre es tan grave la obligación para que la transgresión de la ley civil merezca castigo de pena eterna, porque ni la misma ley divina y natural obliga siempre con tanto rigor en toda materia y acción cuanto más la ley dada por los hombres, aun erigidos éstos en legítima potestad y como tal de origen remoto divino.

Ahora bien, si la ley ha de ser justa, y que concuerde con la ley natural, la injusta no obligará en conciencia. Y naturalmente Suárez, como buen tomista, tenía que plantearse el mismo problema que se le presentó a Santo Tomás.

Resistir el Poder legítimo, es rebelarse al Poder de origen divino.

Según eso toda la ley debe obedecerse. ¡Ah! pero cuando sea justa con arreglo a la recta razón.

Así que, no solo frente al Poder ilegítimo sino frente al poder

legítimo puede resistirse o desobedecer sus mandatos legislativos ilegítimos o que se opongan a la ley divina y natural.

Y resuelve el problema de acuerdo con Cayetano y Santo Tomás en las *Disputaciones filosóficas*, (49) frente a la tiranía.

## NOTAS

(1) «Historia de la Filosofía española», 1908, p. 23.

(2) «Les publicistes du XVII siècle. L' école de resistance: Suárez, Mariana, Selden». *Bulletin de l' Academie de Sciences morales et politiques*, ts. 93 y 94. Ref. por Torrubiano en la nota bibliográfica que precede a la traducción que hizo del «Tratado de las Leyes», t. I, p. XLV.

Equiparan los catedráticos de Filosofía del Derecho, señor Truyol y Galán en el escrito preliminar a la traducción que hicieron de «La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado» de Sarenz, a Suárez con San Agustín y Santo Tomás diciendo: «en el problema del Derecho natural, hay que continuar aquella grandiosa y fecunda concepción de que San Agustín y Sto. Tomás y, muy especialmente, nuestro genial Francisco Javier, fueron principales adalides en la historia del pensamiento». Cabral de Moncada la «O vivo e o morto em a Suárez jurista», 1948, p. 22, juzga Suárez comparable con Santo Tomás y tal vez con Hegel en los tiempos más próximos a nosotros, en los veinte y cinco *in folios* de su obra inmensa, como uno de los mayores sistemáticos de todos los tiempos.

(3) Cabral de Moncada. Ob. cit., pág. 7.

(4) Sobre de la doctrina de Bodino en España, V. Maravall «Teoría española del Estado en el siglo XVII», 1944 Cfr. Tiern Galván. «El tacitismo en las doctrinas políticas del siglo de oro español». *Anales de la Universidad de Murcia*, 1947-48, págs. 914-15.

(5) Heinrich Rommen, «La filosofía jurídica y política de Suárez». «Suárez en el cuarto centenario de su nacimiento». Núm. extraordinario de la Revista *Pensamiento*, 1949, p. 501.

(6) Luño Peña, «Derecho Natural», 1947, pág. 33.

V. Hernández Gil: «Metodología jurídica», cap. I, n. 16.

(7) V. Legaz Lacambra en «Estudios Internacionales». Madrid, 1935, páginas 66-70.

(8) No obstante Hauriou lo identifica, pues dice la justificación del poder



es un problema filosófico del origen del Poder. Le distingue de la legitimidad que es para él «un problema jurídico de transmisión». (Vid. «Principios de Derecho público», traducción española, 1927, p. 187).

(9) V. Cathrein, «Filosofía del Derecho», trad. española, 1926, págs. 76, 142 y 219.

(10) «Filosofía Elemental», 111. 1907, pág. 523.

(11) «Las teorías políticas de Francisco Vitoria». «Anuario de la Asociación Francisco Vitoria», 1931, pág. 185.

(12) Antonio Burri, «Teorie politiche di San Tomaso ed il moderno diritto pubblico», 1884, págs. 13 y 14. Démongeot, «La théorie du regime mixte chez Saint Thomas». La tesis tomista es recogida por León XIII, cuando dice que «el hombre ha nacido para vivir en sociedad, porque no pudiendo en el aislamiento ni procurarse lo necesario y útil a la vida, ni adquiere la perfección del alma y del corazón, la Providencia para que se una a sus semejantes en una sociedad tan doméstica como civil, capaz ella sola de suministrarle lo que necesita. Pero como no puede existir sociedad alguna sin un jefe que la presida e imprima a cada cual un impulso eficaz hacia un objeto común, resulta de aquí que los hombres constituidos en sociedad necesitan una autoridad que, como la sociedad misma, proceda de la Naturaleza, y por tanto, tenga a Dios por autor» (*Inmortale Dei*). Cfr. Guilbert, «La Democracia», trad. española, págs. 62 y 63.

(13) V. Alvarez de Linera, «La democracia en la doctrina de Suárez», en la Revista *Pensamiento*, «Suárez en el IV Centenario de su nacimiento», 1948, páginas 514 y 515.

(14) V. González Oliveros, «El pensamiento irénico y el jurídico en Leibniz» 1947, pág. 63.

(15) Vid. Cabral de Moncada, «Filosofía do Direito e do Estado, 1948, I, página.

(16) Págs. 50 y sigts.

(17) «Aplicación y elaboración del Derecho», Rev. *General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre, 1945, pág. 549.

Vid. Renard: «La théorie de l' Institution, 1930. Philosophie de l' Institution. 1939.

Antes que Renard desarrollaron esta doctrina otros autores franceses así Hauriou en «Philosophie du Droit et Science sociales», *Revue de Droit public*, t. XII, pág. 474. «Le science sociale traditionnelle», 1896. «Principes de Droit Public, 11, pág. 27 y «Précis élémentaire», pág. 26. Gurvith, «Les idées maitresses de M. Hauriou», en *Archive Philosophie du Droit et de sociologique juridique*, 1935. Desqueyrat, «L' institution, le droit objectif et le technique positive». 1933. André Hauriou «Les bases de l' ordre social», discurso de apertura en la Universidad de Toulouse, 1941-42. Véase recogida la doctrina institucionalista en Ruiz Jiménez, «La concepción institucional del Derecho», 1944.

Sobre el fin del bien común que debe perseguir el Poder, véase la Ley 3, título XI, lib. VII de la Novísima Recopilación: «Durante el tiempo que tuviesen el oficio que les es encomendado, usen de bien y fiel y diligentemente, guardando el bien común...»

También la tesis se recoge en las constituciones revolucionarias, que no tienen nada que ver con la voluntad general ni con la democracia, que es una forma de Estado, y que puede perseguir un fin restringido, el de una mayoría, el de una clase como en Roma, o el de una raza como en Palestina. El art. 1 de la Constitución jacobina de 24 de junio de 1793 decía: «Le but de la Societé est le bonheur commun».

- (18) «Tratado de las Leyes», lib. I, cap. VIII, n. 9, ed. española, 1918, p. 154.
- (19) *De Legibus*, I, VII, 1, ed. española, pág. 131.
- (20) *De Legibus*, Ibidem, ed. esp. p. 132.
- (21) V. Jellinek, «Teoría general del Estado», trad. esp. t. III, pág. 108.
- (22) P. Delos: «Le problème de l' autorité internationale d' après les principes du Droit public crétien et les publicistes spagnols du XVI siècle», 1927.
- (23) Vid. Rommen, «La filosofía jurídica y política de Suárez», en *Pensamiento*, 1948, págs. 504-5.
- (24) Suárez, «Tratado de las Leyes», Lib. III, cap. IX, n. 1, págs. 96-97. Edición española.
- (25) «Defensor Fidei», lib. III, cap. II, n. 6 y 7. «Tratado de las Leyes» 111, 11, 3 y 111, 111, 6. Cfr. Alvarez de Linera: «La democracia en la doctrina de Suárez». Cit. p. 517 y 518. Gómez Robledo, «El origen y el sujeto de la autoridad en Suárez», loc. cit. pág. 566 y sigts.
- (26) Perpiñá, «La doctrina de los grupos humanos en Vitoria y Suárez». *Revista Internacional de Sociología*, 1945, n. 9, pág. 198.
- (27) V. Figgis, «The divine riggt of kings», cap. IX.
- (28) Suárez, Ob. y ed. cit: lib. III, cap. X, n. 2 y 3, ed. esp. 1918, págs. 118 y 119.
- (29) Suárez, ob. y ed. cits., lib. III, X, n. 1, págs. 117, 118.
- (30) Suárez, Ob. y ed. cits., III, X, 4, pág. 120.
- (31) Ob. y ed. cits., lib. III, cap. IX, n. 7. págs. 106-108.
- (32) Suárez, Ob. cit., lib. III, cap. IX, núms. 1 y 2 y cap. XIX, núm. 4.
- (33) V. Cathrein. Ob. y trad. cit., pág. 8. V. Lachance «Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomás», 1933, págs. 311 y sigts.
- (34) V. Recasens Siches, «La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez», 1927, y las adiciones a la «Filosofía del Derecho» de Del Vecchio, t. I, 1935, páginas 154 y 155.
- (35) V. P. Menéndez-Reigada, «La teoría penalista según Santo Tomás», página 16.
- (36) Suárez. Ob. y ed. cits., lib. III, cap. X, núm. 6, pág. 122.
- (37) V. Suárez. Ob. y ed. cits. lib. III, cap. X, n. 7, págs. 122-123.
- (38) Sobre el deber ético del Derecho, Cfr. Merkel, «La Enciclopedia jurídica», trad. española, Ed. Reus, 1924, págs. 40-41.
- (39) Suárez, «Tratado de las Leyes», ed. cit., t. I, pág. 146.
- (40) «Tratado de las Leyes», cit., págs. 174 y 175.
- (41) V. Eleuterio Elorduy, «Teoría de Suárez sobre la justicia de Dios», *Boletín de la Universidad de Granada*, 1942, 68-69, pág. 216.
- (42) Art. «Gerechtigkeit», en *Staatslexikon*, t. II, pág. 2.550.

(43) Vid. Art. «Gerechtigkeit», cit.

(44) Summa, 1, 2, quaest. 96, art. 4. Lachance en «Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomás», p. 311. Dice que hay dos especies de coerción: La primera impuesta de afuera, extraña a la voluntad e incompatible al mérito; es lo que proviene del Poder público en el caso de que la voluntad individual transgrida el orden. La segunda deriva de la naturaleza de la cosa propuesta y es inherente al impulso misterioso hacia el bien. Se trata de lo que es de rigor para obtener el fin de la virtud y el perfeccionamiento humano.

(45) Esta tesis tiene su interpretación en uno de nuestros cultos y elegantes escritores católicos del XIX, en los artículos sobre Pío IX, publicados en el Foro en 1847 (t. III, de sus obras publicadas por don Gabino Tejada, XXXIII, págs. 173 a 212). Aludo a Donoso Cortés. Dice así: «Si en las sociedades católicas, el pueblo obedece a la autoridad suprema, obedeciéndola solo obedece a Dios que ha querido que esa autoridad le represente en el Estado que sea una cosa santa y augusta.»

(46) «La restauración cristiana del orden político». «Concepto cristiano del Estado», Carta Pastoral, 1949, p. 8.

(47) Vid. Cabral de Moncada, «O vivo e o morto em Suárez jurista», páginas 18 y 19.

(48) 13, *De bello*, lec. 8.

## EL INTERROGATORIO DEL INculpADO (1)

POR

VALENTIN SILVA MELERO

Catedrático y Vicedecano de la Facultad de Derecho

El problema objeto de la presente Comunicación tiene evidentemente una importancia excepcional por cuanto en torno a la figura del inculpado gira, en lo fundamental, toda la actividad procesal, independientemente de poner a debate cuestiones de capital trascendencia, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el plano de la Moral.

Comencemos por decir que la palabra inculpado tiene una significación técnica propia, que la distingue de otras expresiones, que vienen a configurar distintas situaciones de una persona en relación a un supuesto de ilicitud jurídica con valoración punitiva.

En nuestra Ley procesal penal, en la doctrina, y en el lenguaje

---

(1) Este trabajo se redactó para el III Congreso Internacional de Derecho comparado, celebrado en Londres en el mes de Agosto del corriente año, como comunicación general sobre el tema, a requerimiento del Profesor E. Balogh de la Universidad de París en nombre de la Academia francesa de Derecho comparado.

Agradezco profundamente la inmerecida distinción que supone el honroso encargo conferido.

forense, se emplean distintos términos que no siempre son utilizados con absoluta adecuación: denunciado, querrellado, procesado, acusado, imputado, inculpado y encausado, además de los de arrestado, detenido y preso, que se refieren exclusivamente a restricciones de la libertad personal. Propiamente hablando un inculpado es una persona contra la cual se sigue un procedimiento judicial, es decir que aunque no se haya formulado contra él todavía el acta de acusación, por el Ministerio Público, o querellante particular en los delitos privados, se le ha declarado ya sin embargo procesalmente sospechoso. En España—después de dictado el auto de procesamiento, a partir de cuyo momento recibe el nombre de procesado. Pero como quiera que el interrogatorio, no solamente tiene lugar después del procesamiento, sino antes, por la policía judicial, Fiscal, en algunos países, y Juez Instructor, desde el momento que los detenidos son puestos a su disposición, se plantean una serie de problemas, en torno a estos interrogatorios que sin referirse al inculpado, propiamente dicho, pueden tener y tienen en la práctica importancia evidente y trascendencia notoria. De todas suertes las consideraciones que hemos de hacer a lo largo de este estudio, aunque se refieran concretamente al inculpado en sentido técnico, sujeto procesal con la categoría de parte, pueden y deben ser tenidas en cuenta, en todos aquellos casos en que una persona deba ser interrogada, como consecuencia de una imputación delictiva.

\* \* \*

Ssbido es que en el proceso inquisitorio de tipo histórico, el interrogatorio estaba fundamentalmente destinado a obtener una confesión, que documentada por un Notario especial, se incorporaba en un Registro, y aunque la doctrina de la época solía establecer que no se trataba de obtener una prueba, sino que se tendía al descubrimiento de la verdad, por este juego de palabras se privaba al interrogatorio de su carácter típico, de ser un ele-

mento de información y de defensa para el inculpado, que es el que modernamente se ha proclamado.

Para el Instructor, parece que es un medio que puede contribuir a formar el convencimiento, a los fines de orientar la investigación; ya que en todo caso puede significar en sus resultados un término de comparación con otras declaraciones, o con el material probatorio ya recogido o que pueda posteriormente reunirse.

Desde el punto de vista del proceso moderno, vigente en España, los principios que rigen el comportamiento de los órganos estatales en relación al inculpado, se orientan dentro de la imparcialidad y eliminación de todos los medios de sugestión, coacción, engaño, amenaza o violencia. Es decir, investigación de la verdad, pero no a toda costa, dándonos cuenta de que la absolución no solo es admisible, sino justa en muchos casos, y que el abuso de los medios autoritarios para convencer a un inculpado, acaso inocente, de que reconozca la imputación, se ha calificado de pecado mortal.

La conciencia de la justicia de siglos está horriblemente manchada por estas culpas, bastando recordar la tortura, la dispensa de instancia por faltas de prueba de inocencia, y la privación absoluta en algunos casos al inculpado de los beneficios legales. Precisamente este problema plantea la cuestión más importante en relación con la estructura del proceso penal, explicar la doble naturaleza del inculpado, como medio de investigación de la verdad y como parte, o si se quiere como sujeto o objeto. En este sentido es preciso reconocer el fracaso de todos los sistemas procesales en los que se desdibuja la persona, prevaleciendo el aspecto objetivo, que resulta en ocasiones muy difícil de conjugar con el subjetivo.

Si el inculpado tiene el deber de comparecer, si es objeto de inspección, si no puede apartarse de los ojos del Juez, lo que no debe olvidarse en cambio, es que no puede obligársele contra su voluntad a ser informador.

El principio fundamental del proceso penal moderno, con pre-

cedentes históricos de la mejor calidad, de que la parte no puede ser obligada a testimoniar en contra suya. No existe para ella obligación o deber de veracidad, a menos que restablezcamos el antiguo proceso inquisitorial, pues aunque el culpable debiera confesar y arrepentirse, y ello sería un ideal prácticamente inalcanzable, la norma legal no puede imponerle la obligación de declarar. Se le pregunta por si quiere responder, y es este punto donde se hace resaltar la irreductible contraposición entre el proceso civil y penal. En aquél el silencio, las respuestas evasivas, la admisión de hechos perjudiciales para el confesante, tiene o puede tener una valoración positiva, y en muchos casos absoluta, existiendo además unas normas reguladoras de la carga de la prueba, presunciones absolutas y ficciones.

En el proceso penal no existe nada que se parezca a toda esa serie de principios, por razón de la diferente ordenación estructural de ambos tipos de proceso. Y sin embargo en la práctica, y en casi todos los países, se ha llegado a correr con la mejor buena fé, que la misión instructoria es obtener una confesión por medio de interrogatorios calificados de hábiles, llamamientos a la conciencia o alusión de los perjuicios que pudieron resultar para el inculpado, u otras personas, como consecuencia de la negativa o mutismo, cuando no se acude a sistemas, que la técnica científica va arbi-trando y perfeccionando, para su aplicación en el proceso penal en la fase del interrogatorio. Todo lo cual permite deducir que se ha generalizado un concepto falso, de cuáles son los derechos y deberes del inculpado.

\* \* \*

Desde un punto de vista formal, el interrogatorio puede ser considerado como acto procesal, oral, absolutamente secreto, consistente en el examen del inculpado, en relación a su identificación, para hacerle conocer los cargos y oír las eventuales contestacio-

nes, que el interesado tenga a bien hacer en relación a la inculpación.

El hecho de que el interrogatorio no sólo se realice ante la Autoridad judicial, sino también ante otras Autoridades, Policía Judicial, y Ministerio Fiscal, en algunos países, pone a debate el problema de cuál sea el valor de estos interrogatorios no procesales y en que forma han de ser practicados. Las actuaciones de la Policía Judicial, sin intervención del Juez, se distinguen de las realizadas ante el Magistrado porque las primeras solo tienen carácter de mera información; se trata de actos extraprocesales sin valor jurídico definitivo en lo que respecta a su ulterior valor probatorio. Las aseveraciones de la Policía de haber ocurrido determinados hechos en su presencia, no prejuzgan la valoración libre por parte del órgano jurisdiccional, y en todo caso deben de ser ratificadas o confirmadas por el Juez en cuanto sea posible. Este carácter meramente informativo del atestado, y la exigencia de que la Policía Judicial debe atenerse estrictamente en cuanto al modo de interrogar a las prevenciones de orden procesal, con exclusión de cualquier clase de coacción física o moral, debiera ser proclamado de un modo reiterado para evitar equívocos, que hagan comprender lo inútil de pretender una confesión, que en todo caso no tendría el carácter de prueba, salvo que sea reiterada y ratificada ante el Juez estructurador, sin que por otra parte se trate en su valoración más que de un mero indicio. De este modo se evitaría quizás, el que muchas veces se abandonen pistas y orientaciones investigadoras, que contribuirían a la averiguación de la verdad, y que quedan cortadas ante *confesiones* más o menos espontáneas, y que al ser después sistemáticamente negadas ante el Juez de Instrucción, determinan una desorientación inicial en la instrucción sumarial, difícilmente reparable después, conforme al aforismo «el tiempo que pasa es la verdad que huye». Al mismo tiempo, se evitaría que el posible exceso de celo de la Policía Judicial, pueda llevarla a quebrantar aquellas normas que regulen el interrogatorio, y que no serían jamás aban-



donadas si se conociera exactamente, el valor meramente informativo incluso de la eventual *confesión*, ante la Policía.

El interrogatorio ante el Juez Instructor, ha de ser recibido por éste, y mantiene aquellas características que hemos señalado de ser medio de defensa y no de prueba, aun cuando pueda llegar a ser fuente de prueba que contribuya al convencimiento del Juez. No debe confundirse *confesión* e interrogatorio, ya que aquella debe considerarse como un hecho excepcional, por ser normal que todo inculcado se defienda y no se acuse.

Se prohíbe el juramento del procesado que tiene la facultad de no responder sin ser sometido a ninguna coacción, y sin que sea lícito deducir del silencio ningún elemento positivo de prueba. Que no se castigue el silencio no quiere expresar más que la prohibición de los medios coercitivos para obligar a una respuesta, y no se trata de proclamar la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo a no contestar a la Autoridad Judicial. Desde luego todo inculcado puede faltar a la verdad sin que ello le irroge ninguna consecuencia punitiva. En todo caso quedan prohibidos los medios coactivos de carácter físico, el uso de estupefacientes y similares (narcoanálisis), los engaños, las preguntas tendenciosamente sugestivas o capciosas, las presiones psíquicas de cualquier clase, y no sólo por respeto a la persona humana, sino en interés de la verdad y de la justicia, evitando contestaciones viciadas por violencia o fraude de quien interroga, con el riesgo de estructurar todo el proceso sobre una ficción.

Por lo que se refiere al contenido del interrogatorio, y después de la identificación de la persona que comparezca ante el Juez, debe versar en torno a los hechos que motivan la instrucción sumarial, informando al interesado de los elementos de la prueba de cargo, y si se trata de elementos materiales deben serle exhibidos para que los reconozca, pero sin dar a conocer las fuentes de los elementos de prueba si pueden derivarse perjuicios para la instrucción. El inculcado por lo demás, debe ser invitado a disculparse y

a señalar las pruebas de descargo, salvo en el caso de que permanezca en silencio, negándose a responder.

Aunque un sector doctrinal, al referirse a los recursos psicológicos que el Juez pueda arbitrar admite el empleo de determinados expedientes, como aprovecharse de la impresión que la perpetración del delito, ha dejado en el ánimo del interrogado o de valerse de asociaciones de ideas o de palabras, debe tenerse en cuenta que las declaraciones así obtenidas, ni son voluntarias ni espontáneas, y sus resultados nada tienen que ver con la confesión que debe estar orientada por el *ánimue confitendi*. En todo caso el Juez ha de tener en cuenta, que las conclusiones de tales recursos psicológicos, han de ser sometidos a una crítica rigurosa por ser fácil el error, considerándolas no como prueba, sino como elementos aptos para orientar la investigación, y teniendo en cuenta que personas honorables, por ejemplo, fácilmente impresionables, pueden presentar fenómenos psíquicos parecidos al del verdadero culpable como temblores, enrojecimiento del rostro, alteraciones del pulso y respiración, etc. En este aspecto el interés de la justicia exige proclamar la necesidad de una extraordinaria cautela al obtener las conclusiones.

\* \* \*

La preocupación de descubrir las particularidades psíquicas, ha explicado el éxito de una serie de prácticas como la Frenología, la Fisionognomía, la Quirología, la Grafología y otras que han sido calificadas de pseudociencias. Pensamientos profundos controlados por la censura parsonal referidos a faltas cometidas, deseos irrealizables, reproches íntimos, remordimientos, etc., han sido buscados por los psiquiatras de una manera activa.

Los psicoanalistas han insistido, sobre todo, acerca del hecho de que ciertas ideas quedan sumidas en el inconsciente y que someten al individuo a una influencia perjudicial, siendo necesario liberarle de esa tortura y traerle a la claridad, con el fin de descu-

brir estos pensamientos nocivos. Para esta finalidad, y para provocar la confesión, los psiquiatras han propuesto diferentes sistemas o métodos.

a) Evocación libre de pensamientos, estando el sujeto en una posición de abandono, para que los exteriorice según vayan presentándose.

b) Conversación prolongada con el sujeto para descubrir su vida, preocupaciones y torturas.

c) El estudio experimental de la asociación de ideas, por medio de palabras determinadas que evocan en el sujeto otras asociaciones y que, por provocar ciertos recuerdos penosos, desagradables, producen una menor rapidez en la contestación y una retención en la asociación de ideas.

(d) El reflejo psicogalvánico: Apreciación, en un galvanómetro muy sensible, de las variaciones que provocan desviaciones galvanométricas, ciertas palabras o ciertos recuerdos, evocados en la presencia de la persona objeto de la experiencia. De ello parece inducirse la preocupación personal específica del sujeto.

e) El narcoanálisis, o empleo de sustancias narcóticas, que permiten constatar ideas, pensamientos, recuerdos y evocaciones, que quedaban enterrados ordinariamente en lo más profundo del yo. La frase *in vino veritas* tiene cierto aspecto de verdad, y la ingestión de alcohol demuestra como el sujeto pierde el control y lo hace ser locuaz y expansivo. También la fatiga y el hambre producen efectos fisiológicos análogos a ciertos narcóticos, habiéndose revelado como en el curso de anestésicos por éter o cloroformo, se han manifestado a los médicos acontecimientos y aventuras que el enfermo hubiera preferido no exteriorizar. La práctica de interrogatorios prolongados, sin dar tiempo a la alimentación, se ha señalado también como uno de los sistemas para la provocación de la confesión.

El sistema que ha adquirido mayor relieve científico, y que ha dado lugar a debates bastante enconados, es el narcoanálisis, propiamente dicho, que ha sido empleado desde hace algunos años

corrientemente por los psiquiatras, y consiste en la inyección intravenosa de sustancias narcóticas (luminal, evipán, pentotal...) que provocan en el sujeto embriaguez barbitúrica, llevándole a la locuacidad y al abandono de la reserva. Se ha creído que así es posible romper un mutismo rebelde, captar un delirio o impedir una simulación. Desde el punto de vista médico nada hay que oponer con miras a la obtención de un diagnóstico, por tratarse de un medio de exploración parecido a la toma de muestras para análisis de sangre, la punción lumbar para el examen de líquido cefalorraquídeo, la radiografía, o el electrocardiograma.

En realidad es cierto que un hombre normal que ha meditado un sistema de defensa, que no quiere hablar ni confesar, tampoco hablará bajo el signo del narcoanálisis. Se afirma que la esperanza que algunos hayan podido concebir de encontrar en el narcoanálisis «el ruiseñor», parece que debe ser completamente abandonada. Por ello es preciso dejar la inyección intravenosa de sustancias químicas en su aplicación a los Médicos exclusivamente.

En cuanto a saber si se tiene derecho de atentar contra la personalidad física y psíquica de un detenido, ha de admitirse, en todo caso, el derecho de rechazar investigaciones por las cuales el consentimiento, docilidad e inmovilidad son indispensables. Y si esta negativa puede ser rara frente al Médico, no así frente a la investigación criminal.

El marcoanálisis, por inyección intravenosa de sustancias narcóticas-barbitúricas, que constituye un procedimiento de examen médico, y de análisis psicológico del que se ha dicho, no sabemos si con razón, que la práctica universal ha demostrado su eficacia e inocuidad, no puede servir para forzar la confesión de un detenido que niega. El Médico que constatará una confesión recogida en estas condiciones, deberá hacer en este aspecto las reservas científicas que se imponen, y se arriesgaría probablemente a ver surgir una retractación vehemente cuando el sujeto esté en condiciones normales.

Los demás procedimientos psicológicos de análisis, compren-

didos en el estudio del reflejo psicogalvánico, deberán ser investigados. Y no hemos citado la técnica del hipnotismo, caída en desuso a causa de sus fraudes numerosos, y por procedimientos que no es posible hacer entrar en la práctica judicial corriente, porque no tendría jamás, en el caso de un inculpado que niegue los hechos, más que un valor muy relativo, en relación al de las demás pruebas aportadas en la instrucción judicial.

En la lucha contra el crimen, el Magistrado instructor sigue obsesionado, ayer como hoy, por la idea de obtener una confesión, pero sabe también que para que valga como prueba ha de ser cierta, sincera, consciente y verdadera, además de precisa y circunstanciada. Esta confesión resulta a menudo del interrogatorio, que en la concepción moderna es un procedimiento leal de recibir las declaraciones del inculpado dentro de un espíritu objetivo, labor sin duda la más delicada de las que ha de realizar un buen Juez de Instrucción. Procedimiento leal, hemos dicho. En efecto: el Magistrado instructor, a pesar de sus poderes, debe permanecer dentro de las vías derechas, aun frente a la astucia y frente al silencio. Y resulta innegable la gran tentación para un Juez, a quien se le dice científicamente, que por medio de una inyección se le entregarán todos los secretos, a pesar de lo cual deberá rechazar este método como indigno de sí mismo, y de los intereses superiores que tutela, pues debe considerarse el narcoanálisis como un atentado a la integridad de las personas, aunque no falten en la doctrina contemporánea quienes propugnan este sistema, que con razón ha sido calificado de resurrección de la *quaestio*, o tortura, sin caballete y sin dolor, y hasta de tormento con anestesia hipócrita.

Parece inadmisibles que en un Código de instrucción criminal, destinado a la protección de los hombres honrados, pueda encontrarse una disposición que permita incluir en el Sumario métodos que el Código penal condena. Por otra parte, el hecho de que por existir en la conciencia individual actos que son secretos, y que solo pueden ser conocidos por Dios y por nosotros, imposibilita

dignamente admitir un sistema, que permita dejar al conocimiento de un tercero, incluso secretos que no pertenecen al inculpado. Por eso la opinión más generalizada rechaza este interrogatorio de un hombre privado de libertad, de un cerebro sin reacción, de un alma sin control, de un hombre, en fin, al cual se le ha privado de lo más preciado de su ser, y que constituye la dignidad de la criatura humana.

El narcoanálisis a pesar de su pretensión de ser procedimiento moderno, tiene precedentes históricos, algunas obras de práctica judicial de los siglos XVI, XVII y XVIII, se han referido al magnetismo, y a la influencia de ciertas plantas mezcladas con bebidas alcohólicas susceptibles de producir la confesión, sin que por otra parte, dejaran de describirse los procedimientos que los inculpados ponían en práctica para evitarla. El hecho de que tales estupeficientes se combinaron con la tortura, entonces en boga, dice bastante en torno a la ilegitimidad de estos procedimientos recusables.

\* \* \*

Entre los métodos utilizados para el interrogatorio, se encuentran también los llamados medios violentos, la coacción física, la psíquica, la amenaza y los interrogatorios prolongados, sin contar con otros sistemas cada día más refinados e igualmente inadmisibles.

No es necesario decir, que todos estos procedimientos han de ser excluidos, sin que sobre esto valga la pena insistir para llegar a un convencimiento, ya que independientemente de su crueldad, y de ser inconciliables con el respeto que en todo caso merece la persona humana, son inútiles y contraproducentes, además de peligrosos, a los fines del descubrimiento de la verdad, puesto que si bien en algún caso pueden permitir alcanzar aquel objetivo, no puede descartarse en más de una ocasión el error, y bastaría esta posibilidad, sino existieran otras razones más profundas y humanas, para que fueran recusados.

Tampoco es admisible el interrogatorio, prolongado, verdadero aprobio moral y sentimental, y el menos a propósito para la finalidad que busca el interrogatorio, que supone siempre un estado de tensión psíquica y de perturbación emotiva, que produce a lo largo del mismo en cuanto no se observe la mayor escrupulosidad, posibles inexactitudes. La preocupación en todo interrogado de sentirse sospechoso de mentir, produce nerviosismo y perturbación, con la consecuencia de las posibilidades de defensa quedan anuladas, y sin poder resistir la voluntad de quien le interroga.

Si esto puede ocurrir en cualquier interrogatorio, en el prolongado se produce un estado de tortura psíquica, que puede llevar al inculpado a la admisión de circunstancias absolutamente inexistentes, lo que aumenta el desasosiego haciendo cada vez más inciertas las respuestas, con la consecuencia de una narración ilógica, que termina por configurarse dentro del molde dictado por quien interroga, que tiene ya formada la idea subjetiva de la forma en que fueron cometidos los hechos y que muchas veces, naturalmente, no responde a la verdad. El mismo inocente sobre el que pesa una grave acusación, se encuentra en delicado estado de excitación y turbación, que le proyecta hacia actos estúpidos, piensa que toda pregunta es capital e importante, y ante un mismo hecho intrascendente se queda en la situación de no saber si debe afirmar o negar. En fin todo cuanto pueda significar la posibilidad de privar espontaneidad a las declaraciones del inculpado debe ser absolutamente rechazado.

\* \* \*

Puede afirmarse que actor principal de todo drama judicial es el inculpado, que tiene unos derechos indiscutibles que si no deben ser exagerados en detrimento de la defensa social, tampoco cabe que sean desconocidos, y si el delito crea un conflicto entre quien lo perpetra y la sociedad, y si ésta tiene interés en que el

culpable sea castigado, ello no significa que necesariamente sea preciso crear un culpable, ya que si la consecuencia jurídica de toda infracción criminal es la pena, es preciso evitar también con la condena de un inocente la comisión de otro delito más grave, y el atentado en cualquier supuesto a la dignidad inalienable de la persona humana.

La doctrina ha mantenido conceptos diversos sobre la naturaleza del interrogatorio, así se ha dicho que no debe ser un medio para inducirle a acusarse, sino una invitación por parte del Juez para que el inculpado diga a la justicia, en el supuesto, de que quiera exponerlas, aquellas razones que tenga por conveniente. Es esta opinión dominante, que excluye el criterio de que sea un medio para inducir a un inculpado a confesar, y es también principio que informa muchas legislaciones, todo ello conforme al axioma de que nadie viene obligado a acusarse, considerándose el interrogatorio como un medio de defensa.

En homenaje, pues, al principio *nemo tenetur se accusare* el interrogatorio no se considera como un medio de prueba, llegándose a afirmar que la condena ha de estar fundada en todo caso sobre elementos extraños a las afirmaciones del inculpado. Sin embargo, no puede evitarse que aun la misma posición defensiva, actúe como elemento de convicción contra el propio inculpado. Es esta una realidad y sería desconocer el ambiente humano para llegar a otra consecuencia. Pero lo importante es establecer que no siendo el interrogatorio, un medio de prueba, no puede forzarse a nadie a ser fuente de la misma. El valor de la misma confesión es tan relativo, que parece una inconsecuencia pretenderla con tanta vehemencia, de aquí que los jueces deben formarse en el ambiente de los fines propios del interrogatorio, y de lo raras que son las confesiones espontáneas. Únicamente por una supervivencia de conceptos históricos dichosamente superados, cabe explicarse la ilusión de los Instructores de obtener una confesión, y la valoración paralela del interrogatorio. Pues aunque durante el curso de éste se produzca eventualmente la confesión, la moderna doctrina pro-



cesal se limita a valorarla como un indicio, lo cual invita a pensar, que no vale ciertamente la pena poner a debate, nada menos que los primarios y más elementales derechos de la persona para un resultado tan deleznable, ya que se ha repetido hasta la saciedad que por sí sola no puede inspirar la convicción del Juez, y solo puede contribuir a la misma cuando nace espontánea sin coacción física o moral. Piénsese que con referencia a la génesis psicológica de la confesión, hay que convenir que rara vez es la voz de la conciencia y que desde el punto de vista humano aparece como opuesta al instinto de conservación. Los motivos de una confesión sincera van desde el remordimiento al arrepentimiento, de el vencimiento interior a la necesidad, sin olvidar las confesiones como consecuencia de un razonamiento lógico, las motivadas por el orgullo, las influídas por la esperanza o el miedo, las impuestas por necesidad de una expiación o por evitar la condena de un inocente. Aun en estos casos de propósito sincero la confesión puede ser inexacta, ya que puede existir el convencimiento de que un acontecimiento ocurrió en forma determinada, y ser en cambio muy distinta la realidad, puesto que no todos los hombres mantienen un mecanismo de percepción equilibrado, y muchas impresiones se captan defectuosamente. Piénsese sobre todo en la dificultad de graduar la veracidad de una confesión en los anormales, sobre todo en los llamados delerantes de persecución, celomaniacos, paranoicos, histéricos, melancólicos con delirio de culpa o los alucinados de la vista o del oído. Las falsas confesiones de los psicópatas son corrientes, y el conocer da antemano, si una persona padece una psicopatía sin previa observación y examen meticoloso, de un especialista es difícil. Esto por lo que respecta a las confesiones espontáneas y sinceras. Pero no faltan tampoco las confesiones conscientemente falsas, aquellas que nacen con fines de suicidio, las motivadas por sugerencias, en las que el inculpado que ha aceptado un hecho desfavorable, se siente fatalmente atraído por el proceso lógico del acusador, las derivadas de las distintas posibles coacciones, las debidas a motivos altruistas o egoístas, aparte del

problema de las múltiples posibles circunstancias falsas, dentro de una confesión verdadera.

La realidad de todo esto ha llevado naturalmente a la doctrina a proclamar aquella extraordinaria cautela al obtener las conclusiones, con la consecuencia de que no se comprenda bien, reiteramos el concepto, el interés de obtener aquellas confesiones, sobre todo cuando ha llegado a proclamarse que el *convencimiento judicial* debe ser independiente del interrogatorio, y que aunque sea verdad que en el juicio penal se busca la verdad real, y cuando ésta surge del interrogatorio contribuye y actúa como medio de convicción, es necesario sin embargo decir una vez más que la confesión no puede obtenerse a cualquier costa ni a cualquier precio.

\* \* \*

Sabido es que dos direcciones principales conocen los sistemas legislativos en lo que se refiere a la práctica del interrogatorio: el llamado sistema francés y el angloamericano.

El sistema francés obtiene la confesión por el interrogatorio del acusador, que es enteramente libre de responder o de guardar silencio, criterio seguido entre nosotros, llegando a decirse que por este motivo, el interrogatorio ha perdido su razón de ser. Este punto de vista del *Profesor Maurice Garçon* se ha dicho modernamente que es una tesis ingeniosa que aparenta desconocer el carácter verdadero de la instrucción preparatoria, ya que viene conservando su carácter principalmente inquisitorio en la práctica.

El sistema angloamericano es muy diferente: El interrogatorio parece, en principio, excluído y está reemplazado por la facultad, reconocida al inculpado de deponer como testigo, bajo juramento en su propia causa. Esta confesión es espontánea y nada tiene que ver con el juramento purgatorio; aparece regulada en la Ley federal de 16 de Marzo de 1878, en Norteamérica, y en Inglaterra por otra disposición de 1898.

Las consecuencias son las siguientes, el acusado puede recono-

cer su culpabilidad en virtud de la pregunta inicial de si se considera o no culpable, con consecuencias en orden a la composición del Tribunal, ya que los hechos que ha declarado exactos no son, sucesivamente, objeto de examen judicial.

En fin, el acusado tiene la facultad de deponer como testigo en su propia causa, pero no puede ser interrogado sobre sus antecedentes, condenas sufridas o faltas que haya podido cometer.

Sabido es que en el Congreso de Palermo de 1933, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, se planteó una gran discusión sobre estos dos sistemas, diciéndose que la prestación del juramento pone a la disposición del inculpado un medio particularmente enérgico de establecer su buena fé. Además el sistema, se dijo, no es menos favorable a la manifestación de la verdad, y no puede objetarse que el hecho de no comparecer como testigo, o su silencio, pueda interpretarse desfavorablemente. En el Derecho anglosajón al acusado se le informa que, si calla, ningún perjuicio podrá pararle por tal conducta, y el acusador no podrá comentar esta negativa del inculpado.

Contra este sistema se afirma que el acusado sufre un perjuicio real si se calla, a pesar de cuanto la Ley pueda decir. *Kenny* aseguró que pudo constatar que el Jurado, obtiene consecuencias desfavorables para el acusado si se niega a declarar. Por otra parte, se ha dicho que esta mezcla de cualidades de acusado y de testigo, perjudica la claridad de las situaciones, introduce una ficción y crea una especie de desdoblamiento de la personalidad, que es artificial. En fin, el acusado se encuentra ante la alternativa inhumana de perjurar o perderse, y como además será difícilmente creído, parece un atentado lamentable el respeto de la palabra dada.

Por estas nociones se ha pronunciado contra el sistema anglosajón el Congreso de Palermo citado, por la casi unanimidad de votos, salvo en los procesos de poca importancia.

De todos estos principios cabe deducir que se nos presentan dos fórmulas aparentemente incompatibles: derecho del inculpado a callar, o de decir lo que estime conveniente; derecho del Magis-

trado de tratar de conocer dentro de lo posible la verdad. La aparente antinomia surge de olvidar que el Juez solo puede proceder con medios lícitos, y solo son tales los que no desconocen los derechos reconocidos al inculpado, aunque se haya admitido que el instructor podrá señalar los peligros del silencio, demostrar la oportunidad de esclarecer los hechos, y poner en evidencia notorias contradicciones, que pueden hacer sentir, la necesidad de producir una confesión. En todo caso es preciso proclamar que el interrogatorio no tiende a ninguna confesión coaccionada o fruto de la sugestión, debe estar dirigido a obtener una exposición de hechos lo más completa posible, ofrecer ocasión de disipar los motivos sobre los que se funda la sospecha, haciendo valer las circunstancias que sean favorables. Se debe llamar la atención sin embargo, al inculpado, sobre las contradicciones y discordancias que aparezcan en relación a otros elementos probatorios, pero en ningún caso se emplearán medios que vicien las respuestas y la espontaneidad.

Al referirnos a la confesión incidentalmente hablamos de algunos aspectos psicológicos de la misma, también en relación concreta al interrogatorio, la psicología judicial ha puesto en guardia, contra la falta de exactitud en la precisión de los recuerdos y evocaciones, estudiando la valoración de las actitudes y alteraciones en el dominio de la voluntad, el valor de la rapidez de las respuestas, las consecuencias de los tumultos afectivos, los casos de aparente sinceridad, la distinta valoración del embuste y de los síntomas psicológicos, las anomalías psíquicas, la incapacidad para ser interrogado, etc. Estas preocupaciones sobre los procesos perceptivos de las personas, están absolutamente justificadas para que quien interroga no forme juicios anticipados, no aventure hipótesis, no deduzca prematuramente, no llegue a creer que es fácil obtener a una conclusión exacta, porque si es verdad que el interrogatorio excepcionalmente puede llegar a ser fuente de prueba, ha de ser comprendiendo el Juez que para interpretar sus resultados no pueden proclamarse leyes fijas, que es muy difícil comprender lo

que un inculpado quiere decir con sus cambios de semblante, su perplejidad, sus contradicciones y hasta en ocasiones, con la admisión de la propia culpabilidad, que es necesario en análisis caso por caso con el auxilio de una cultura psicológica profunda, y que hay que considerar que el interrogado es un hombre, que hay que investigar como un caso clínico con el más atento de los exámenes. Como esto es muy difícil en la mayoría de los supuestos, y como la experiencia y la ciencia conjuntamente, demuestran los peligros de las valoraciones subjetivas y de los convencimientos instintivos, que no siempre tienen un fundamento técnico y científico, de aquí la necesidad de una gran discreción en el órgano judicial tanto en lo que se refiere a la forma del interrogatorio, como al establecer los resultados.

El principio fundamental, pues, es que el interrogatorio es un medio de defensa y no de prueba, que excepcionalmente puede ser fuente de prueba contribuyendo de este modo al convencimiento del Juez. No tiende a ofrecer la evidencia de la culpabilidad o provocar la confesión. En cualquier caso la prueba contra el inculpado debe aparecer independiente del resultado del interrogatorio.

Concretando, pues, nuestro pensamiento en torno al interrogatorio, diremos:

*Primero:* El practicado ante una Autoridad que no sea la judicial tiene un mero carácter informativo, y sus resultados no pueden considerarse como elementos de prueba, en tanto no sean confirmados procesalmente en el curso de la Instrucción. En todo caso no vincula al Juez, y en su desenvolvimiento han de observarse las prescripciones de orden procesal que tutelan el respeto que se debe a la persona humana. A este fin más que recogerse de un modo fiel y literal con la firma del interesado, debieran sustituirse por una información, sobre las conclusiones a que haya llegado la Autoridad de que se trate, en relación con el hecho objeto de persecución.

*Segundo:* El interrogatorio de todo inculpado tiene como fina-

lidad oírle y darle la ocasión de presentar su descargo. No tiende a provocar una confesión, que puede sin embargo eventualmente producirse.

*Tercero:* No se exigirá el juramento, y la persona interrogada puede negarse a responder sin que de ello quepa deducir ninguna prueba positiva en orden a la culpabilidad.

El inculpado puede faltar a la verdad, sin que por ello se le irroque ninguna sanción disciplinaria o penal. No existe para él el delito de falso testimonio. Está, pues, en vigor, la máxima *nemo tenetur se detegere* y se considera humano y equitativo ser indulgente con el que se defiende aún con medios reprobables. Pero por mucha que sea la comprensión en este aspecto no puede generalizarse a admitir los casos de simulación de delito, calumnia o auto-calumnia, injuria o difamación, soborno de testigos o falsedad documental.

*Cuarto:* En el primer interrogatorio se invitará al inculpado a designar Defensor, si no lo hiciera se le nombrará de oficio.

*Quinto:* En los interrogatorios se prohíben los medios coactivos de cualquier clase, lo mismo los físicos que los psicológicos, asimismo queda proscritos el empleo de estupefacientes (narcotización). Las pruebas de veracidad de tipo psicológico, y el empleo de detectores de embustes, sólo será posible si el interesado asistido de su Defensor lo solicitare. Del hecho de no pedirlo, no podrá deducirse ninguna consecuencia desfavorable. En todo caso, las consecuencias que se obtengan por estos medios, deberán ser sometidas a una crítica rigurosa.

*Sexto:* En cualquier supuesto el Interrogatorio debe realizarse de modo que se respeten los fueros inderogables de la dignidad humana.

## LA INSTITUCION DEL RETRACTO EN LOS ARRENDAMIENTOS DE TIPO SOCIAL

Por el Magistrado y Profesor de la Escuela Social

CARLOS ALVAREZ MARTINEZ

La institución del retracto legal, tal vez por no haber sido elaborada en el gran crisol del derecho romano, es una de las más imprecisas y borrosas (1).

No carecía, sin embargo, de los más remotos e interesantes antecedentes, en alguna de sus formas: la *gentilicia* o de «abolengo», existía, ya, en las leyes mosaicas (2), y, en nuestra Patria, latió claramente en los fueros municipales (3), fué regulada por el Fuero Viejo (4), el Fuero Real (5) y las Leyes de Toro (6), se le hizo objeto de varias aclaraciones en el Ordenamiento de Montalvo (7), y fué transplantada, con todo ese bagaje a la Novísima Recopilación (8); pero ese retracto, emparentado, íntimamente, con el principio de troncalidad, nacido en tiempos feudales, tendía, a amparar, no sólo el caudal familiar, sino, aun más preferentemente, de un modo indirecto, el patrimonio comunal, y, en algunos países, incluso, aspiró a impedir o a obstaculizar filtraciones que incrementaran el territorio feudal, respondiendo, así, a consideraciones político-so-

ciales y económicas ya carentes de actualidad cuando se publicó el Código civil.

También el retracto de comuneros, el enfitéutico y el superficiario tuvieron preceptos legales en nuestra legislación histórica, a cuyo alrededor se forjó una interesante doctrina, que ya habían aceptado nuestros Tribunales: El de *comuneros* se reguló en las Leyes de Partidas (9), y de Toro (10) que pasaron a la Novísima Recopilación (11); y el *enfitéutico* y *superficiario* se rigieron por esos mismos Cuerpos legales (12), con la prelación que, para todos los retractos, señalaba la Ley 74 de Toro (6).

Mas nuestro Código civil, derogando de modo tajante, todo el ordenamiento precedente, «escrito y consuetudinario» (13), conservó el retracto, en casi todas sus formas (14), lo amplió a otras de nueva creación (15), y, para mantenerla en servicio, así restaurada, dedicó, tan sólo, a esta institución, unas escasísimas normas positivas...

Apenas concebimos, hoy, como pudo fructificar esa pobre semilla en un terreno inhospitalario, pleno de resistencias. Fué, sin duda, su propia pujanza la que le permitió, no solo subsistir, sino forcejear, en una incesante aplicación, que fortaleciéndole, le iba completando, porque los Tribunales intervenían, incesantemente, en el examen polifacético del problema, al resolver las distintas cuestiones que él creaba... Y, así, trabajosamente, a través de numerosos litigios, con más de una rectificación, se logró elaborar, aunque un poco empírica, casi una sistemática que supliera las deficiencias normativas.

La primera guerra mundial evidenció o agudizó graves problemas de emergencia, demandando soluciones urgentes, de tipo excepcional, informadas de un espíritu que revasaba o contradecía el del ordenamiento preexistente; en algunos casos, incluso, la perentoriedad y virulencia de esas necesidades, afloradas a la vida, impidieron adoptar posiciones previsoras, y el legislador, en vez de adelantarse al problema caminaba al mismo tiempo que él, o a



su zaga, improvisando remedios o procediendo, por tanteos, a buscar la terapéutica conveniente...

En ese campo y en ese crisol nacieron o se forjaron las legislaciones arrendaticias de tipo social. Y en busca incesante de instrumentos con creciente eficacia para sus fines, se empleó en 1935, un viejo remedio: el del retracto, que había de actuar en ambientes o climas que exigían una táctica desacostumbrada (16). Para ello, incidiendo en la misma parquedad normativa, solo se dictaron dos preceptos, que abrían, así, otra inmensa cantera de obscuridades y silencios y que, solo al cabo de varios años, con litigios y más litigios, pudo ser explotada y abrirse paso a través de los escollos más frecuentes.

Mas he aquí, que, últimamente, el mismo retracto se trasplanta a la legislación arrendaticia urbana, por Ley de 31 de diciembre de 1946, también con muy pocas disposiciones que la reglamenten. Y ante los interrogantes que, con ellos han de formularse, es natural nos preguntemos sino servirán las directrices ya logradas, en materia de retractos rústicos, para orientarnos en la senda que se inaugura, o si hemos de caminar por ella a tientas, en renovada riada de pleitos.

Por entender que hay mucho de utilizable, para el futuro que se avecina, voy a procurar recoger y sistematizar la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, preferentemente la de su Sala 5.<sup>a</sup>, que es la que ha aplicado la legislación más afin, aunque sin desdeñar, naturalmente, la dictada por la Sala 1.<sup>a</sup>, con referencia a los retractos comunes, cuando versa sobre el ordenamiento general aplicable, no contradice el espíritu informador de los retractos especiales, o viene a decidir cuestiones no afrontadas aún, por la jurisprudencia social. También, en la medida de lo posible, dada su proliferación extraordinaria, procuraremos recoger las opiniones más valiosas de los comentaristas que trataron esta materia, e, incluso, aludiremos alguna vez, a los textos y glosas de nuestro derecho histórico, porque, aún en el terreno más renovado y progre-

sivo, el tesoro de nuestras gloriosas tradiciones, es raíz o faro que las vivifica o esclarece.

Se trata de un camino ya muy recorrido y trillado, que emprendemos sin excesivas fuerzas y hasta sin el bastante reposo espiritual que demanda. Mas, precisamente porque aún, por falta de sedimentación, no ofrece las apetecibles transparencias, nos sentimos impulsados a caminar por él, sin pensar en la utilidad de haberlo recorrido, sino, más bien, por el placer de haberlo contemplado.

Para organizar la labor, trataré, en primer término, de cual sea la naturaleza del retracto legal, cuales los principios que informan el arrendaticio, y que condiciones, subjetivas y objetivas, exige su viabilidad, para terminar tratando de los efectos que produce, con las necesarias matizaciones requeridas por la singularidad, rústica o urbana, de las dos especies que lo integran.

## NATURALEZA DEL RETRACTO LEGAL

Bajo el influjo del Código Napoleónico, el nuestro, también, con mejor deseo que fortuna, intentó unificar la doctrina del retracto, aglutinando el llamado «convencional» y el «legal». Ninguna consecuencia útil había de producir esa acumulación, se vulneraba con ella la técnica y solo errores estaba llamada a producir.

Se empezó prescindiendo de una denominación tradicional, «tanto por tanto», como dicen los textos más antiguos, y se adoptó una completamente impropia para el legal. Porque «re-traer» (volver a traer) equivale a readquirir o recobrar, presuponiendo que la cosa retraída ya había estado en el patrimonio del retrayente; eso ocurre, indefectiblemente, en el pacto de retro; pero el legal se produce, sin contemplar para nada ese supuesto, y, por eso, sin que generalmente concorra.

Y no solamente existía esa diferencia, con repercusiones gramaticales, sino que eran distintos, también, los supuestos originarios de ambos derechos: a uno le servía de fuente la Ley, a otro el

negocio jurídico. Y ya eso debió prevenir al legislador, porque, raras veces, las obligaciones «ex lege» y las nacidas de un negocio jurídico tienen una naturaleza coincidente, porque en las primeras, es el interés público por ellas servido o a que responden, el que las impone, mientras en las segundas, es la conveniencia particular la que les da vida. Cierto que el interés general es siempre prevalente en derecho (al fin éste, nos referimos al positivo, es ordenación dirigida al bien común, según la definición tomista); pero ese interés supremo de la colectividad, unas veces se nos ofrece positiva y otras negativamente, esto es, manifestándose, según las ocasiones, como mandato o como límite; en el primer supuesto—obligaciones «ex lege»—la voluntad ha de acatar y cumplir las obligaciones que le impone la ley; en el segundo la voluntad humana tiene un amplio sector para vincularse, en tanto no ataque el interés público.

Esa diferente naturaleza de los llamados retracto legal y convencional se patentiza al contemplar su emplazamiento. En el retracto convencional, el negocio jurídico lo suele investir como derecho real (17); en cambio, en el legal, todas sus especies, más que derechos subjetivos autónomos, constituyen «delimitaciones» del derecho de propiedad, hacen relación a su estatuto jurídico, determinan las fronteras del poder de su titular; actúan por consideraciones objetivas, tienen, por eso, al lado de su carácter absoluto, un significado «impersonal», con función análoga a la que corresponde, por ejemplo, a las también impropiaamente llamadas «servidumbres legales»; y, como consecuencia de todo, ni actúa la fé pública registral contra ellos, ni cabe se les inscriba.

Carece, en cambio, de sentido, la distinción institucional entre los hoy diferenciados «tanteo» y «retracto». Ambos constituyen, en esencia, una misma preferencia adquisitiva, que se otorga «ob rem», a ciertas personas. El momento en que esa facultad puede ejercitarse es una simple diferencia de accidente; y, en ambos eventos, tampoco se produce más de una sola transmisión patrimonial, porque, aunque en el retracto hay una sustitución del adquirente,

el contrato originario no se resuelve, solo se modifica, subsistiendo. En derecho alemán, un *único* vocablo VORKAUF (literalmente «pre-compra») unifica ambas especies (32); nuestro Tribunal Supremo declaró ya, en Sentencias de 22 de octubre de 1901 y 7 de mayo de 1927, que el derecho de tanteo comprende genéricamente el de retracto, porque ambos responden a la misma finalidad de preferencia; la Dirección General de los Registros, en Resolución de 28 de enero de 1927, abundó en las mismas ideas; e inspirados también, en ellas, los anotadores españoles del Enneccerus, proponen, como denominación común la de «tanteo», de profunda raigambre histórica en nuestra Patria.

#### PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL RETRACTO ARRENDATICIO

El problema de la interpretación legal, hoy en verdadero trance de crisis, sin soluciones que obtengan un asenso común, acrece sus dificultades cuando se trata de aplicar normas de intenso contenido social. De un lado, porque los altos intereses a que responden esas normas, obliga a proteger, mas intensamente, su eficacia, frente a la tenaz oposición elusiva de que se las suele hacer objeto; de otro, porque, aún se muestra mas matizada, proteiforme e inaprehensible, la realidad sobre que actúan; y, en fin, porque tratándose de preceptos de excepción, no cabe acudir, sin grandes reservas y cautela, a criterios y soluciones ya consagradas por el derecho común.

En todo caso, dicha función interpretativa ha de ser eminentemente finalista, si ha de colaborar en la realización de este nuevo derecho (33). Por eso, cualquiera que sea nuestra posición doctrinal metodológica, nos veremos, con frecuencia, en la precisión de manejar los intereses protegidos y las aspiraciones prácticas a que aspiran estas normas arrendaticias si no las queremos ver frustradas. Así lo hace, también, el Tribunal Supremo, en reiteradas ocasiones.

Nos interesa, pues, comenzar este estudio, esclareciendo los móviles en que se inspiran los retractos arrendatarios para, en examen comparativo, ponderar sus contornos coincidentes (Vid. 34).

Por lo que se refiere a los ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, hay ya una gran cantidad de Sentencias, dictadas por la Sala 5.<sup>a</sup> del T. S. destacando que el retracto, por primera vez establecido en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, tiene un fin predominantemente social (18) prevalente sobre el particular (19), por el que se tiende a valorar el trabajo en su justa medida (20), y a fomentar la formación del modesto propietario labrador (21), estimulándole con la esperanza de que no se extingan ni la materia ni el fruto de su labor (22), para que logre, así, un mayor rendimiento en beneficio de la Economía Nacional (23), eliminando, en la explotación de la tierra, intermediarios parásitos (24), asentando familias cultivadoras (25), y permitiendo, en fin, el acceso a la propiedad de la tierra de los que la trabajan (26).

Por lo que se refiere a los ARRENDAMIENTOS URBANOS, aunque el poco tiempo que aún lleva de vida, su legislación no le permite tener una tan copiosa jurisprudencia, ya ha sido objeto de declaración, por la Sala 1.<sup>a</sup>, que sus normas, en materia retractual, tienen una tendencia social idéntica a la que inspira la otra legislación arrendaticia especial, en muchos aspectos proteccionista del inquilino, y que, mediante esta institución que estudiamos, tiende a facilitar, a dicho inquilino, el acceso a la propiedad de su vivienda (27).

Ello demuestra que no existen substanciales diferencias en el espíritu que informa a las dos legislaciones arrendaticias, y que, por eso, para llenar sus lagunas (28), caben incursiones recíprocas en busca de soluciones o criterios.

Confirma esta orientación el artículo 13 de la LAU, en cuanto admite la «analogía» como medio de suplir deficiencias legales, pues que, la generalidad de los autores, entienden que, en tal precepto, se hace referencia a la analogía «iuris» y no simplemente a la «legis». Ya la jurisprudencia anterior, aplicando el derecho co-

mún, vino proclamando, como principio general el de que «donde existe la misma razón, idéntica debe de ser la regla aplicable» (29).

Para terminar esta materia conviene destacar que, por tratarse de normas de tipo social, proteccionista, de una de las partes contratantes (el arrendatario), exigen una interpretación favorable a éste (30), pero sin perder, tampoco, de vista que, como ya declaró, la misma Sala 5.<sup>a</sup>, en ponderadísima Sentencia (31) «el interés público y social que preside el artículo 16, nunca puede traspasar los límites de justicia distributiva; y éstos se revasarían cuando se olvidara, en beneficio de tal curatela, la máxima ya consignada en clásicas y pretéritas compilaciones legislativas—aún en las de derecho eminentemente formalista—, enraizada siempre en la historia del derecho, porque es eterno el principio de justicia que la fecunda, según la cual *cuando la regla se toma por la causa, si se vicia en algo, deja de hacer su oficio*. A este propósito tampoco es lícito olvidar que la pretendida *tuición* nunca puede invocarse legítimamente cuando, visto en cada caso el engranaje de los hechos ciertos y probados, lo *justo*, según derecho razonablemente entendido, obliga a impedir enriquecimientos torticeros, porque así se cumple la misión de hacer imposible que la idea *summum ius*, degenera, contra la aspiración de la Ley, en «*summa iniuria*».

## ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL RETRACTO ARRENDATICIO

### A) *Sujeto activo*

Cuando, en cualquier retracto legal, la expectativa deviene en derecho subjetivo, pasando de potencia a acto, mediante el supuesto jurídico (la transmisión) que lo reactiva, resulta atribuido a un sujeto, que se determina de modo «indirecto», esto es, a través de otra titularidad preexistente, o derivándolo de una situación «de facto» concurrente en la misma persona (35).

Siguiendo el conocido ensayo sistemático de ATARD (36) podría calificarse de «titularidad ob rem» la que es objeto de nues-

tro estudio, porque, en ella, la facultad o pretensión que la integra se otorga, *por razón de las cosas*, al que, entonces, mantiene con ellas una relación jurídica, o se halla en un estado de hecho, previstos por la Ley.

Esas nociones convienen a todas las especies de retractos legales, comunes o especiales, actualmente en vigor, ya que, en efecto, la precedencia adquisitiva se concede, en todos porque, con respecto a la cosa objeto de retracto (o tanteo), se halla el presunto retrayente ya ligado por un derecho subjetivo (arrendamiento, copropiedad, censo, derecho hereditario, etc.), ya ostentando una situación de hecho (colindancia...) (37).

Generalmente esta clase de titularidades «ob rem», nacen y se desenvuelven en la esfera de los «ius in re», o, todo lo mas, en la de los «ius ad rem», resultando, por eso, anómalo su soporte arrendaticio. Pero ha de tenerse en cuenta, para explicar esta anomalía, que los arriendos objeto de protección especial, gozan de una verdadera transcendencia real (por su oponibilidad a terceros), aunque, para nosotros, es inconcurso que el arrendamiento, en todas sus formas, sigue siendo de mera índole personal u obligacional (38).

Ahora bien; por ser el retracto arrendaticio—como todos los demás retractos legales—de este tipo de derechos subordinados o conectados a otras relaciones de derecho o de hecho, preanteriores, es necesario referirlos siempre a dicha conexión primaria cuando se trata de determinar la posibilidad de su existencia y la de su atribución a quien intenta ejercitarlo problema de máxima importancia si se le examina en el campo procesal (legitimación activa).

Ya por lo que llevamos expuesto es fácil de comprender que, para retraer (o para el previo ejercicio del tanteo, también si se trata de una finca urbana), es necesario ostentar un arriendo de los que protege la respectiva legislación especial, subsistente y válido al producirse la coyuntura vivificadora de este derecho de ad-

quisición (ésto es, la transmisión del dominio, sobre la finca en cuestión.)

Así lo ha declarado, con toda la casuística sometida a los tribunales de justicia, una reiterada jurisprudencia, aplicando al artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, con arreglo a la cual, para estar activamente legitimado, como retrayente, es preciso: Ser titular de un arriendo de los protegidos por esta legislación especial (39), válido (40), verbal o escrito (41), no siendo esencial el requisito del precio para estimar existente dicho contrato (42); que también ostenta esta legitimación el simple aparcerero (43); que no basta, en cambio, ser subarrendatario (44), ni ser titular de un arrendamiento de tipo familiar, salvo que se hubiera celebrado con pacto de sumisión al régimen de estas leyes (45); que no pueden hacer uso de este derecho, los que ya sean propietarios o cultiven una extensión superior a cien hectáreas de terreno, en secano, o diez, en regadío—limitación que ha de ser apreciada con criterio restrictivo—(46), o los que sólo ostenten una simple promesa de arriendo (47); esa titularidad legitimadora hay que referirla, solamente, al momento en que se origina el derecho que examinamos (48), no siendo preciso continuar en el disfrute arrendaticio para ejercitar con éxito la acción retractual (49); procediendo, tanto dentro del plazo pactado, como en cualquiera de sus prórrogas (50), y aunque el arrendatario que intenta retraer se halle infringiendo sus obligaciones contractuales (51); en el caso de una sola finca distribuida en parcelas arrendadas a diferentes colonos, la acción ha de ejercitarse, conjuntamente, por todos (52), lo que no impide la constitución de una sociedad, entre ellos, para retraer, con la natural transcendencia, en punto a capacidad procesal, para los representantes de dicha entidad (53), sin que ello sea extensivo al caso de fincas explotadas en comunidad (54), ni al de fincas que tienen arrendados sus distintos cultivos con separación, o en el que sólo se haya arrendado parcialmente la finca (porque en estos dos últimos supuestos, la ley prevé especialmente las soluciones aplicables). Pesa sobre el actor la carga de la prueba para accredi-



tar la cualidad que le legítima (55), la que puede hacer por cualquiera de los medios admitidos en derecho (56), correspondiendo su libre apreciación a la sala de instancia (57).

Pues bien casi toda esa doctrina de la Sala 5.<sup>a</sup> es aplicable, directamente o para inspirar la resolución procedente, en materia arrendaticia urbana, salvo, claro está, en aquellos eventos (aparce- ría parcelación de finca unitaria, distribución arrendaticia separada por frutos, etc.), de imposible realización cuando no se trate de fincas rústicas. Someramente, sin embargo, haremos especial men- ción de algunos supuestos que implican matización especial para los arriendos de fincas urbanas:

a) *El del subarrendatario*: En realidad no cabe considerársele su- jeto del derecho que estudiamos, en primer lugar porque el precep- to legal, alude concretamente al «inquilino» o «arrendatario», pero, además, porque su vinculación no es directa con el propietario, sino a través del arrendatario subarrendador, que no se queda se- parado de la relación arrendaticia, y que, como luego diremos, es el verdadero titular de dicho derecho (en su doble oportunidad — tanteo o retracto—). Hay una situación especial que pudiera originar dudas: la derivada del art.º 29, que faculta al subarrenda- tario para convertirse en arrendatario, cuando concurren ciertas circunstancias; pero la solución negativa se impone, también, en dicha hipótesis, porque mientras no tenga lugar tal conversión, hay sólo una expectativa de arriendo, ineficaz para apoyar el de- recho de preferente adquisición que venimos examinando.

b) *El del arrendatario-subarrendador*: Por el hecho del subarrien- do, no cesan sus obligaciones de arrendatario, sinó que subsiste su relación contractual con el arrendador, por lo que hay que estimar perviviendo, también, los derechos que nacen del mismo contrato. No existe, tampoco, precepto legal que apoye otra solución.

c) *El del arrendatario de piso amueblado*: Es similar en soluciones al caso del subarrendatario porque tampoco se da la situación arrendaticia protegible por esta legislación especial (requisito im- prescindible para que surja el retracto, como ya se ha dicho), y

porque la conversión autorizada por el art.º 59, mientras no se efectúe, constituye un estadio preanterior al arriendo que no puede identificarse con éste.

d) *El del inquilino desabuciado, aún no lanzado, o el de que, conforme a la disposición transitoria 14.ª de la nueva LAU, accedió a desalojar el local arrendado.* —En realidad, ambos eventos, implican, ya, una falta de título para ostentar el goce arrendaticio, equiparable al precario; faltando la situación jurídica de que pudiera derivar el derecho examinado.

Pueden, naturalmente, darse otros muchos supuestos; pero no entra en nuestro propósito una enumeración exhaustiva (casi agotada en algunas obras exegéticas de estas leyes), y creemos baste el recuerdo que dejamos hecho para matizar suficientemente nuestras iniciales afirmaciones.

#### B) *Sujeto pasivo*

Precisamente porque se trata de un derecho de preferencia adquisitiva, sólo el propietario de la cosa, de cuya adquisición se trata, puede ser el sujeto pasivo.

No puede, pues, decirse que en el «tanteo» y en el «retracto» haya distinto destinatario», como con ligereza suele afirmarse por los comentaristas de esta institución. Lo que ocurre es que, según la oportunidad con que se intente hacer valer esa preferencia, aparecerán una u otras personas ostentando la situación dominical en que se pretende suceder. En la hipótesis de «pre-compra» que se da en el «tanteo», como aún no ha habido transmisión, la pretensión ha de hacerse valer frente al primitivo propietario, porque él sigue siendo el dueño; en el caso del retracto, «post-transmisión», el desplazamiento de la propiedad a otra persona, obliga a dirigir la acción contra ésta para que, por subrogación en sus derechos, pase el dominio al retrayente.

El problema, es, pues, de una completa diafanidad. Es único sujeto pasivo del retracto (o del tanteo), quien, al tiempo de origi-

narse el derecho a retraer, ostenta la titularidad dominical de la cosa que se retrae.

Mientras sólo existe una transmisión, todos coinciden en que la acción de retracto se dirige, sólo, contra el adquirente. Alguna vez se dudó si el vendedor debía, también, ser demandado en estos juicios. Pero aparte las razones expuestas, hay otras muchas que demuestran esa improcedencia:

a) En primer lugar, porque ningún interés puede ya tener el vendedor o transmitente, después de haberse desprendido de su dominio, con carácter irrevocable, de que sea uno u otro el propietario de la cosa retraída.

b) En segundo lugar, porque es el propio lenguaje de la Ley de enjuiciamiento civil, el que presupone esta solución. Así los artículos 1623 y 1624 hablan del demandado en singular; y el 1622 se refiere concretamente al «comprador demandado» para el traslado que en él se ordena (60).

El Tribunal Supremo así lo viene reconociendo de antiguo (61), no siendo exacto, como parece entenderse de una cita parcial de la Sentencia de 11 de octubre de 1905 que se hace en alguna obra de exégesis arrendaticia, que, en esa resolución, se exija formular la demanda contra «vendedor» y «comprador»; lo que se exige es la demanda conjunta contra el primero y ulteriores adquirentes, cuando se suceden varias transmisiones (63), criterio que como es sabido viene manteniéndose por una constante doctrina del mismo Alto Tribunal.

Y es precisamente esta hipótesis últimamente aludida (existencia de transmisión posterior a la que origina el retracto), la que puede enturbiar el nítido concepto que dejamos expuesto sobre sujeto pasivo del retracto. Por eso merece la pena examinarla con algún detenimiento:

En el supuesto de transmisiones repetidas, cualquiera de ellas puede generar el derecho a retraer. Si se apoya este derecho en la última, no aparece la dificultad. Pero si la que es base de retracto fué seguida de otra u otras, la demanda—según la jurisprudencia

y la doctrina —ha de dirigirse, a la vez, contra aquel comprador y sus subadquirentes, necesidad que, si suponemos, entonces, ejercitada una sola acción, podría hacernos pensar que esos codemandados eran, también, sujetos pasivos del retracto.

Como luego veremos —al estudiar sus efectos— el retracto, en su oportunidad post-transmisiva, se integra en dos clases de funciones, la subrogatoria y la resolutoria, que actúan simultáneamente, en íntima conexión e influyéndose recíprocamente. Ambas funciones confluyen en una sola acción, con un destinatario único: el sujeto pasivo retractual, antes referido.

Solo cuando, por segundas transmisiones, existen subadquirentes ulteriores, para posibilitar la verdadera pretensión retractual, se acumula otra acción, netamente resolutoria, perfectamente diferenciable y muchas veces diferenciada. Y es esta segunda acción, entonces yuxtapuesta, la que se dirige, no contra el verdadero sujeto pasivo del retracto, sino contra quienes adquirieron derivativamente de él.

Un ligero examen nos demuestra las claras distinciones existentes entre ambas acciones, observando:

a) Que no siempre están unidas; lo normal es que la propiamente retractual esté dissociada de la acumulada. (156)

b) Que la citada primera acción, tiene siempre, fundamento, pretensión y efectos no coincidentes con los de su amalgamada. Y así mientras la verdaderamente retractual tiene como soporte aquella situación de derecho o hecho que señalamos como presupuesto de este derecho de retracto, aspira directamente a la adquisición dominical y deja subsistente la transmisión sobre que opera, la netamente resolutoria que se le acumula, tiene como apoyo inmediato el propio derecho a retraer, con sus efectos retroactivos, pretende posibilitar la adquisición dominical preferente, y extingue (resuelve) las transmisiones ulteriores a que afecta.

No tiene pues nada de particular que los destinatarios de esas pretensiones y efectos, diferentes, sean, también, distintas perso-

nas. Y la pluralidad de éstas no autoriza a convertir a todas en sujetos pasivos del derecho de retracto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto al aplicar normas comunes como las especiales arrendaticias, viene a coincidir con las directrices expuestas, atribuyendo a la acción de retracto carácter real (64), estableciendo que es necesario dirigirla contra el adquirente (65) y no contra el transmitente (66), pero sí contra los subadquirentes, también (67), a menos que no fueren conocidos al finalizar el período expositivo del juicio (68).

### ELEMENTO OBJETIVO DEL RETRACTO ARRENDATICIO

Aunque hay derechos de adquisición que carecen de objetivo determinado (69), el de retracto (o tanteo), por su naturaleza real, recae siempre, de modo inmediato, sobre fincas concretas.

Es más, la confluencia en el campo del retracto de una pluralidad de sujetos, ofrece como lazo de unión ese elemento real, que para ostentar dicha categoría, ha de ser, a la vez:

Objeto de	}	propiedad que se transmite, por parte del arrendador.
		propiedad que se adquiere, por parte del adquirente subrogado.
		propiedad que se adquiere, por parte de los subadquirentes (si existen).
		arrendamiento protegido, por la legislación especial, por parte del retrayente.

Esa múltiple ligazón jurídica, imprime, ya, a la cosa, objeto del derecho que nos ocupa, sus características de aptitud retractual, comunes para las dos especies de retracto.

a) Una que podríamos llamar *aptitud genérica*: la de que se trate de cosa capaz de una propiedad transmisible.

b) Otra que calificaríamos de *aptitud específica*: la de constituir finca «rústica» o «urbana», de las definidas, por esas respectivas leyes, como propias de los arriendos a que otorgan sus efectos pro-

tectores, quedando, ya, así, al margen de toda posibilidad retraccional, las que no estén comprendidas en dichas definiciones legales y las que se excluyan, por esas mismas normas, de su protección arrendaticia.

Pero en los arrendamientos URBANOS, no basta con que se trate de finca con arriendo protegible para que pueda ser objeto de retracto; es menester, aún, otra circunstancia de individualización. Ello obliga a añadir, para esta clase de retracto (o tanteo), otra característica más:

c) La que podríamos llamar *aptitud singularísima*: consistente en que, a las circunstancias de finca susceptible de transmisión dominical y de protección arrendaticia, se una la de tratarse de finca con vivienda o establecimiento mercantil «únicos» (con un solo inquilino o arrendatario) o de «piso» que se venda individualizadamente.

Una más completa delimitación de la finca apta para ser retraída, obliga a matizar algunos supuestos:

#### 1.º Con relación a los arrendamientos rústicos:

a') Finca única que se distribuye en parcelas arrendadas a distintos colonos: Es hipótesis especialmente prevista por el legislador; en ella la finca se sigue estimando como *única*, para poder ser retraída, solo en esa unidad, y con la concurrencia de *todos* los arrendatarios, que luego, se la distribuyen en la misma forma que la llevaban en cultivo.

b') Finca cuyos diferentes cultivos se arriendan con separación: La solución, desde el punto de vista real, es coincidente con la anterior. La finca sigue estimándose como unidad objetiva del derecho de retracto; cambian sólo, la titularidad de ese derecho (que ya no es pluripersonal, sino del que lleva en arriendo el cultivo *principal*) y el que, una vez adquirida la finca, sigue constituyendo unidad patrimonial, sin reparto.

c') Finca parcialmente arrendada: Es una hipótesis que hoy

(después de la última reforma) prevé el legislador, para limitar a la parte de ella llevada en arrendamiento, el derecho a su retracto. Puede darse, sin embargo, un evento en el que no encaje la solución legal, sino mas bien lo resuelto por Sentencia de 2 de diciembre de 1941, anterior a la reforma: Cuando se trate de una pequeña zona «yerma» o cuya explotación separada, no resulte posible (con imposibilidad material o económica). La Sala 5.<sup>a</sup> resolvió la procedencia del retracto sobre la finca total, cuya unidad orgánica no debía quebrarse, tanto más, cuanto que supuestos de esa índole, pudieran encubrir actos emulatorios. A ello añadiríamos, incluso, la protección del adquirente, para el que ningún interés puede tener conservar en su patrimonio esa ínfima porción de finca inexplorable (70).

d') Finca arrendada, reservándose el arrendador un cultivo: El Tribunal Supremo, en la antes citada Sentencia, resolvió, también la procedencia del retracto a favor del arrendatario, aunque el dueño se hubiera reservado, para explotarla él, una pequeña zona de arbolado en la finca arrendada, cuya unidad orgánica no debía destruirse. Creemos aconsejable esa solución, al menos para todos los supuestos en que exista reserva de cultivos secundarios.

## 2.<sup>a</sup> *Con referencia a los arrendamientos urbanos*

a') «Piso» errendado a un sólo inquilino o para local de negocio. Constituye el elemento real mas genuino del retracto urbano. Pero crea dificultades el vocablo, poco fáciles de vencer en muchas hipótesis. Desde luego no son conceptos coincidentes los de «planta» y «vivienda». Y, precisamente por la referencia que a la llamada «propiedad horizontal» se hizo en la exposición parlamentaria de los motivos que determinaron ese precepto, y porque la adquisición dominiral a que aspira la norma ha de ajustarse al artículo 396 del código civil, en su vigente redacción, creemos pueda encontrarse en dicho precepto una base de interpretación para el retracto que nos ocupa, estimándolo procedente

siempre que se enajene una parte de inmueble, «susceptible de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública», cuando esa parte tenga un único arrendatario.

b') Total finca arrendada a un sólo inquilino o arrendatario: Si todo el edificio está destinado a vivienda, o si no existe en él más que un local de negocio, la solución favorable al retracto, que determina la Ley, es clarísima. El problema ofrece, en cambio, dudas cuando, en el mismo edificio, un sólo arrendatario establece su vivienda y el local del negocio a que se dedica, con separación de plantas. Nos inclinamos por la procedencia del retracto en tal hipótesis, también: en primer lugar porque estimamos fué móvil de ese precepto e hipótesis en él prevista la unidad de arrendatario para todo el inmueble, sin que se alcance otro posible motivo para el mismo; y en segundo lugar, porque si, tratándose de un sólo piso, coexistieran negocio y vivienda, los artículos 6.º o 9.º exigirían el retracto, por aplicación del párrafo primero del mencionado artículo 63 y sería ilógica otra solución para el supuesto de esa coexistencia en todo el inmueble.

c') Finca vendida por pisos: Cuando en el mismo contrato se venden todos los de una casa, por precio individualizado, se trata en realidad de ventas de pisos, independientes, y cada uno de ellos puede ser objeto de retracto arrendaticio, si los ocupa un sólo arrendatario.

d') Piso ocupado por más de un inquilino: Está claramente excluído por la Ley, de aptitud para ser retraído.

e') Reserva por el arrendador, de parte del piso: En general hay que excluir la procedencia del retracto. Sin embargo, si esa reserva se limitara a un local subalterno, o se reducía a una reserva de usos, y sobre todo, si con esos pactos excluyentes se patentizaran propósitos de obstaculizar ulteriores retractos, pudiera aplicarse al caso la solución recogida en el fallo de la Sala 5.<sup>a</sup> —de 2 de diciembre de 1941—, a que antes hicimos alusión, en el apartado 1.º, sobre arrendamientos rústicos.



### 3.º *Con referencia a las dos clases de arriendo*

Es supuesto que puede tener una misma solución en los retractos arrendaticios rústicos y urbanos el de que, por un mismo contrato, se transmitan, individualmente, con alguna de las fincas aptas para ser retraídas, otras más. Estas ventas conjuntas, son como una suma de las varias que las integran y no impiden, por eso, el ejercicio del retracto, aunque lo limitan, como es natural, a las que sean susceptibles de él y desée el retrayente.

Ha de tenerse en cuenta, cuando se trate de arrendamientos urbanos, que, en la venta conjunta, resulten claramente particularizados los «pisos», si, por tener cada uno su inquilino o arrendatario, intentaran retraerse, como tales, por separado.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 5.<sup>a</sup>), aplicando el artículo 16 de la Ley de 15 de Marzo de 1935, ha declarado: Que ha de tratarse de «fincas rústicas» (71), con identidad material y jurídica (esto es con prueba de que se trate de la misma objeto de arriendo) (72), sin que sea necesario retraer todas, si figuran varias de las arrendadas en la enajenación (73), no sirviendo de obstáculo al retracto, la existencia de una pequeña porción yerma o de arbolado que no hubieran sido arrendadas (70).

## PRESUPUESTOS DE «FACTO» PARA QUE SURJA EL DERECHO DE RETRACTO

Todos los derechos de adquisición necesitan, siempre, una oportunidad que, vivificándolos, les haga emerger de su anterior estado potencial.

El de retracto requiere la de que, el antiguo dueño, decida transferir a otra persona sus bienes, por negocio jurídico a que la Ley otorgue esa eficacia vitalizadora.

En términos generales, esa transmisión que posibilita la adquisición preferente, ha de ser de tal naturaleza que permita la sustitución de adquirentes sin quebranto para ellos ni para el primitivo dueño.

Pero cuales sean, en concreto, las transmisiones que reúnan esa aptitud, ya es problema que ofrece sus dificultades, sobre todo porque, las resistencias con que tropieza esta institución, eligen, preferentemente, este frente de lucha, forcejeando por eludir la fórmula legal.

La compraventa es el contrato más genuino y adecuado para la subrogación retractual. Por eso a ella aluden, exclusivamente, los primeros textos de nuestro derecho histórico (3 a 12). La aplicación de estas normas fué exigiendo, luego, un criterio expansivo, para estimar procedente el retracto legal en otros negocios jurídicos similares al de la compraventa.

Fué uno de los primeros elegidos el de la «dación en pago», porque en esta clase de transmisiones la prestación a cargo del adquirente es tan similar que, de un lado la hacía perfectamente subrogable, y, por otro, constituía un fácil medio elusivo del retracto, aparentando que el comprador adeudara su precio al vendedor. Y ya emprendido el camino, nuestros juristas clásicos fueron ampliando la aplicabilidad del retracto legal a distintos supuestos: Antonio Gómez creía, también, procedente ese derecho en la dación a dote y a censo reservativo; y llegó incluso a discutirse si era posible en la división y en la permuta.

Cuando se publicó el Código civil, siguiendo el antecedente que le marcaba el proyecto de 1851, sus redactores, conocedores, sin duda, de las discrepancias suscitadas en torno al derecho precedente, se limitaron a enumerar «la venta» y la «dación en pago», como determinantes de retracto; ello hizo pensar a los comentaristas primeros, que sólo en esas dos clases de transmisiones se originaba este derecho. Pero el Tribunal Supremo, en una reiterada jurisprudencia, siguiendo la trayectoria tradicional, continuó aumentando las posibilidades retractuales, hasta el punto de que, lejos de estimar exhaustiva o limitativa la enumeración legal, la apreció como meramente enunciativa y aplicable a toda suerte de transmisiones onerosas en que cupiera la subrogación para las prestaciones a cargo del adquirente (74).

Así las cosas, ante la nueva redacción —realmente mucho más extensa con que el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, formuló el nuevo retracto arrendaticio—la Sala 5.<sup>a</sup> encargada de aplicarlo, creyó ver, y vió, una base aún más comprensiva, declarando, reiteradamente, que los conceptos «transmisión a título oneroso» y «contrato de transmisión» empleados en tal precepto «sintetizaban con exactitud, la extensión lógica y jurídica que se dió a tales expresiones», con las que «se disipa toda duda» sobre la interpretación abierta que debe dárseles (75), impidiendo que la eficacia del retracto quede a merced de formas o modos de transmisión que pretendan eludirle (76).

Y, consecuente con ese criterio de interpretación, se han venido estimando como transmisiones con eficacia retractual, para los arriendos de fincas rústicas: La transmisión separada de los dominios directo y útil (77), la de la nuda propiedad (78), la aportación de la finca a una sociedad (79), las ventas de participación indivisa (80), con precio aplazado (81), por precio global (81 bis), y con pacto de retro (82), las que se hayan efectuado con poder verbal no ratificado (83), las en que medien vicios del consentimiento mientras no se declare su nulidad (84), la cesión de derechos (85), la transacción con dación en pago (86), la cesión solutoria (cesión o adjudicación en pago o para pago de deudas) (74), la prenda e hipoteca, cuando llega el momento de su ejecución, y la permuta (87).

De estos eventos, ha sido el de la permuta el que despertó más vivas controversias. La Sala 5.<sup>a</sup>, en conocidísima y trascendental Sentencia, de 11 de junio de 1945, con doctrina luego ratificada por la de 1.<sup>o</sup> de diciembre de 1947, ha dejado ya resuelta su indudable procedencia con respecto a los arrendamientos rústicos. Pero para ponderar si sus criterios pueden llevar a idéntica conclusión en materia arrendaticia urbana, conviene que examinemos, aunque sea a la ligera, sus principales argumentos.

Según dicha resolución: Las permutas pueden constituir un subterfugio para rehuir el retracto disimulando una venta; el que, en las permutas, no exista precio en metálico, no constituye un se-

rio obstáculo para el retracto, en primer lugar, porque también en la venta ese «precio en metálico» puede estar sustituido por el «signo que lo represente» de que habla el artículo 1.445 del Código civil, y, en último término, porque, para los efectos de la subrogación, puede establecerse una equivalencia entre las locuciones «precio» y «valor», equivalencia ya admitida por el propio precepto legal al hablar de «si la enajenación no se hubiera efectuado por precio en metálico»; tal interpretación extensiva viene impuesta por la misma frase amplísima con que el art. 16 habla de las transmisiones capaces de originar el retracto; y aconseja, también, esa inclusión de la permuta, entre tales transmisiones, la eminente finalidad social a que responde la institución, ya reiteradamente puesta de manifiesto por otras Sentencias de la misma Sala.

En contra de esos argumentos se ha objetado: La posibilidad de una simulación solo debe impulsar a facilitar los medios de impugnarla, ya que, el «*fraudem legis*», si se demuestra, no impide el retracto, como ya declaró la Sentencia de 9 de marzo de 1925; cuando la ley habla del «precio» no metálico, o de enajenación en que no medie precio de esa clase, alude, tan solo, a supuestos en que se le sustituya *por cosas genéricas*, y sobre todo, siendo la «subrogación» nota fundamental, característica del retracto, no hay consideración social que permita aplicarlo cuando, por tratarse de cosas específicas, no puede el retrayente sustituir la prestación del adquirente que elimina (89).

Desde luego esta solución pugna con nuestra tradición jurídica. Ya el Fuero Real, como hemos visto (5), al regular el retracto de abolengo, consigna la frase literal: «mas si la quisiera por otra heredad cambiar, no la pueda ningún pariente contradecir». Los demás textos históricos no se ocupan de la permuta; pero los glosadores, en general, la rechazaban para la posibilidad del «tanto»; así lo hacía Gregorio López al comentar la Ley 29, Tít. IX de la partida V, en la que, con apoyo en Juan Andrés, Juan de Imol y otros, se preguntaba—a propósito del retracto enfiteútico—(90): «Qué diremos si la permuta por otra?»; y él mismo se respondía:

«No se exige que lo ponga en conocimiento del dueño directo; éste no goza, entonces, del derecho de tanteo, porque no puede dar al enfiteuta la misma cosa que se le ha ofrecido...»; tampoco lo solían admitir los civilistas patrios inmediatamente anteriores al Código; y al publicarse este Cuerpo legal, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (91), como la doctrina científica (92) continuaron con el mismo criterio negativo.

Es cierto que la índole y aspiración del retracto arrendaticio, aconseja, aún en mayor medida su elasticidad; pero las dificultades de subrogación a que nos hemos referido, y el que, casi nunca, satisfará a los permutantes el trueque de la finca por su «valor», frustrándose, incluso, el único motivo que tuvieran para contratar, son razones que hacen muy dudosa la aceptación del criterio seguido con la permuta, para los retractos urbanos, cuyos preceptos, además, no tienen la extensión gramatical que el art. 16 de la Ley sobre arrendamientos rústicos, y cuya finalidad social, no afecta, en igual medida, a la producción y economía nacionales.

Otro supuesto interesante, aún no resuelto por la jurisprudencia, pero pendiente de que se pronuncie, al menos, en un recurso ya entablado, es el de la cesión del derecho hereditario. En ella se discute la procedencia del retracto, porque, en síntesis, se alega: al celebrarse la cesión, no existe una transmisión patrimonial concreta para que surja el derecho que estudimos; y, si se espera a las ulteriores operaciones divisorias, como la partición solo produce efectos declarativos, no puede constituir el acto traslativo susceptible de subrogación.

En contra de esa improcedencia retractual se aducen lo siguientes argumentos: 1.º En realidad con tal cesión el adquirente solo se propone, y logra, adquirir una finca, a cambio de una prestación dineraria por acto intervivos, supuesto que encaja perfectamente en las frases «transmisión onerosa» y «contrato de transmisión» empleados por la Ley, tan generosamente interpretadas por nuestro Tribunal Supremo, como ya se ha dicho. 2.º El mismo Tribu-

nal Supremo ha venido, siempre, distinguiendo entre «perfección» y «consumación» de la transferencia, a efectos retractuales, para solo admitir el retracto cuando las cosas hayan entrado efectivamente en el patrimonio del adquirente de ellas; y, siendo así, en el caso examinado, deberá situarse, en la primer etapa, la cesión del derecho hereditario, y en la segunda, la partición subsiguiente, ya que solo ésta, por lo dispuesto en el art. 1.097 del Código, atribuye el verdadero dominio de los bienes comprendidos en el caudal hereditario; aquella cesión crea, en estado potencial (93), el derecho a retraer, pero hasta que se realiza su propia finalidad y se resuelve en la adquisición de la finca, no culmina la posibilidad de ejercitar dicho derecho; no interesan, pues, al retracto, esos tan decantados efectos declarativos de la partición, sino los atributivos y especificadores, que cierran un evidente ciclo adquisitivo, transcurrido en verdadero estado de pendencia y comenzado con la cesión del derecho hereditario, punto de partida para todos sus efectos subsiguientes.

Ignoramos, como es natural, cual será la última palabra en tan debatido e interesante problema; pero estimamos que la solución que en él se adopte será igualmente aplicable a los dos tipos de retracto arrendaticio (88).

Existe aún otra hipótesis—esta prevista por la Ley sobre arrendamientos rústicos, después de la reforma de 16 de julio de 1949, y que, desde luego no es aplicable en los arrendamientos urbanos—: Nos referimos a la procedencia del retracto en las donaciones. Para ello se exigen dos condiciones positivas y dos negativas. Las positivas son: Que se trate de una donación «intervivos», y que la finca esté sujeta a un arriendo de los «especialmente» protegidos (arrendatario con cultivo «directo y personal» y renta que no exceda del equivalente a 40 quintales métricos de trigo). Las negativas consisten: en que no se trate de una donación por razón de matrimonio, y en que el donatario no sea heredero forzoso. La inaplicación de este supuesto retractual a los arriendos

de fincas urbanas, nos excusa de ocuparnos de él con mayor extensión, dada la finalidad que perseguimos en este trabajo.

Resumiendo las restantes declaraciones de la jurisprudencia diremos: Que no procede el retracto cuando se enajena el usufructo (94); que, como ya antes indicamos, en materia retractual hay que distinguir entre perfección y consumación de la transmisión, para hacer viable el ejercicio de este derecho, unicamente, cuando la cosa ha entrado, de modo efectivo, en el patrimonio del adquirente (95); que aunque quede, ulteriormente, sin efecto la transmisión, no se impide el retracto, a menos que se deba a vicios propios del contrato y no a simple voluntad de los contratantes (96), no bastando su simple anulabilidad, mientras judicialmente no se declare (97); que las modificaciones ulteriores del contrato, no afectan al derecho del retrayente, nacido del primitivo, a menos que apoye su acción en la segunda escritura por haber transcurrido el plazo para retraer con relación a la primera (98); y que cabe, también, el retracto, en las ventas forzosas, por subasta judicial o extrajudicial (99). En cambio no es admisible esa procedencia retractual cuando se trata de la expropiación forzosa, ya que, aunque no se estimara aplicable en materia arrendaticia el art.º 1636 de la Ley de enjuiciamiento civil, siempre lo impediría la finalidad pública porque se priva al expropiado de su finca, la que se frustraría si se le diera a ésta otro destino.

Para terminar haremos unas observaciones complementarias que sirvan de orientación en materia arrendaticia urbana:

1.<sup>a</sup> El hecho de que, en la redacción del artículo 63 de la LAU, no se haya seguido una fórmula tan amplia como la del art.º 16 de la LAR, aconseja no extender la procedencia de aquellos retractos a casos ya rechazados para los arrendaticios rústicos.

2.<sup>a</sup> Aunque, en el mencionado art.º 63, sólo se hable de «vender o ceder solutoriamente» la finca, no puede limitarse a esas transmisiones los supuestos de originación del retracto, sino que hay que extenderlo por lo menos a todos los eventos ya admitidos por la jurisprudencia para los retractos comunes, porque coinci-

den las fórmulas legales en que se basa esa procedencia y el más acentuado sentido social de la LAU no permitiría una interpretación más limitada que para el derecho común.

3.<sup>a</sup> Cuando no se trate de casos, de tipo excepcional, con precepto expreso, que exista en la LAR y falte en la LAU (los de venta de participación indivisa o de donación, por ejemplo), no deben perderse de vista las soluciones ya aceptadas para los retratos arrendaticios rústicos, con preferencia a las del derecho común, porque así lo aconseja la identidad de móviles y propósitos inspiradores de ambas clases de normas.

4.<sup>a</sup> Finalmente, en caso de duda, por tratarse de una legislación de tipo proteccionista para el arrendatario, la interpretación debe serle a éste favorable, aunque sin incurrir en excesos demagógicos.

#### REQUISITOS PARA LA VIABILIDAD Y SUBSIGUIENTE EFECTIVIDAD DEL RETRACTO ARRENDATICIO

Para que sea viable y, en su día, se haga efectivo el retracto, es menester: 1.º Que se hallen vigentes sus posibilidades de ejercicio. 2.º Que se cumplan, para hacerlo valer, los requisitos formales que la Ley exige. 3.º Que no concurra, enervándolo, otro retracto preferente.—Y 4.º Que una vez recaida sentencia estimatoria de la pretensión retractual, se cumplan, por el retrayente, aquellas obligaciones que, a su cargo, fija el art.º 1.518 del código civil.—Finalmente, como complemento, aludiremos, en este apartado, a la constatación documental del tránsito por el que deviene en propietario el retrayente.

Pero, antes, vamos a ocuparnos de si, en rigor técnico, y hasta en justicia, ha debido, la Ley sobre arrendamientos urbanos, otorgar, juntamente con el llamado derecho de «tanteo», y para el supuesto de que éste haya podido ejercitarse, un complementario derecho de «retracto».

Ya dijimos anteriormente, y lo hemos venido, luego, confirman-



do al analizar esta institución, que, cuando nuestro derecho positivo habla de «tanteo» o de «retracto», sólo alude, realmente, a dos momentos distintos en que pueden comenzar sus posibilidades prácticas. Si la adquisición preferente se puede hacer valer antes de que la transmisión se perfeccione, con la simple convención en proyecto, decimos que la ley otorga el «tanteo»; cuando, por el contrario, se hace preciso esperar a que ya esté efectuada la transferencia patrimonial, decimos que la ley concede el «retracto». Pero, en definitiva, lo único que hace el legislador es anticipar o retrasar la vida de un mismo derecho.

Ahora bien: el que ese derecho tenga expedito su ejercicio a partir del momento que la ley fija, no quiere decir que, en ese momento, comience la vida limitada que la ley le concede para no prolongar una situación de interinidad con él creada; es menester, además, que el titular conozca ese nacimiento y que posea los datos precisos para ponderar su conveniencia y para poder cumplir los requisitos formales exigibles al éxito de sus acciones. Por eso, aunque la Ley señale un momento anterior a la consumación, para ser preferido en la transmisión; si ésta se conoce después, puede hacerse valer aquel derecho frente al nuevo dueño, o dicho en otros términos: cuando se otorga el derecho de tanteo, aún sin necesidad de precepto expreso, aquél derecho lleva implícito, con carácter *subsidiario*, el del retracto (Vid. nota 32).

Pero sí, en el momento oportuno —y hasta en la forma prevista por la norma—, se conoció la proyectada transmisión y se dejó transcurrir el plazo vital para ser preferido en la adquisición, o se renunció a esta preferencia, entonces, debe considerarse definitivamente extinto, para siempre, el derecho a retraer y no debe otorgársele otra posibilidad de resurgimiento.

Nuestra Ley de arrendamientos urbanos ha adoptado otra solución, reñida con todo sentido jurídico, amparadora de abusos, y que carece de precedentes, tanto en nuestro derecho histórico, como en el foral (100). Y es por ello, objeto de unánimes censuras (101).

### A) *Plazo para el ejercicio de la acción retractual*

Conviene que, también, examinemos, separadamente, lo relativo al carácter, duración y cómputo de ese plazo.

#### a) *Carácter de ese plazo*

Se ha discutido mucho si se trata de un plazo prescriptivo o de caducidad, extremo de gran transcendencia, que no debe ser pasado por alto en este estudio.

Sabido es que no existe, siquiera, nitidez sobre los conceptos básicos «caducidad» y «prescripción». Es más, así como Guasp, por ejemplo, distingue, no sólo esas dos instituciones, sino una tercera, el «plazo preclusivo», otros como Prieto Castro, Márquez (102), etc., fusionan la preclusión y la caducidad y se limitan a señalar la distinción entre esta última y la prescripción; no falta, en fin, quienes, como Clemente de Diego (103), aprecian una mayor variedad de matices dentro de esa prescripción que unificó la legislación del siglo XIX bajo el influjo del Código napoleónico, distinguiendo una serie de fenómenos (usucapión, prescripción extintiva, prescripción implícita —las llamadas prescripciones breves o presuntivas—, decadencia de derechos, términos procesales, plazos legales, etc.)

Esa diversidad de opiniones subsiste cuando se trata de indagar el criterio diferencial que separa tales conceptos.

Márquez, por ejemplo, siguiendo, en parte, a Castán, Prieto Castro y Coviello, destaca como notas diferenciales entre «prescripción» y «caducidad», las siguientes: a) Por su *origen*, la prescripción siempre nace de la Ley, mientras la caducidad puede nacer, también, del negocio jurídico. b) Por su *duración*, la caducidad tiene un término fijo, independiente de la actividad de su titular, mientras en la prescripción, por lo mismo que solo se da si es negligente su titular, esa duración puede resultar indefinida, ya que cabe se interrumpa el decurso del plazo, mediante la actividad de

aquél. c) Por su *causa*, porque en la prescripción actúa el silencio en la relación jurídica, mientras en la caducidad opera, simplemente, su no ejercicio y, d) por su *carácter*, imperativo, en la caducidad, y permisivo, en la prescripción.

Por su parte Guasp, dice que, las reiteradas tentativas hechas para señalar las diferencias que nos ocupan, se han fijado, hasta ahora, en caracteres accidentales; según él la única diferencia ha de hallarse en el momento en que estas nociones contemplan el acto a que se refiere el poder afectado de cada una: Cuando se piensa en actos a verificar en el futuro y se establece, por tanto, con anterioridad lógica de pensamiento, el efecto extintivo del transcurso de determinados períodos de tiempo o trámites que aún no han transcurrido, se trata de «preclusión»; cuando el efecto extintivo del poder se establece al regular el mismo acto que tal poder permite realizar, se emplea el término «caducidad»; cuando se ordena la extinción de poderes pensando en actos pasados, se alude a la «prescripción». Concluye este autor diciendo que, en el derecho moderno, porque la dimensión temporal de los poderes concedidos a los sujetos del ordenamiento jurídico tiene mucha más importancia que en el antiguo, abundan los términos y plazos de caducidad mucho más que los de prescripción (104).

Enneccerus-Nipperdey, dicen, con su agudeza característica, que la «caducidad» afecta al derecho mismo, *extinguiéndolo*, mientras la «prescripción» se refiere a la acción y solo actúa con relación al derecho *paralizándole*, por medio de una excepción (105).

En lo que, en cambio, existe casi unanimidad, es en lo relativo a los distintos efectos que generan: La prescripción es susceptible de interrupción y suspensión, no siendo apreciable de oficio, sino «*ope exceptione*»; la caducidad, por el contrario, actúa «*ope legis*», no requiere por eso ser alegada para que actúe, y tiene un decurso incesante, incapaz de interrupción o suspensión.

Refiriendo esas nociones al plazo retractual, es éste, generalmente, apreciado como supuesto de «caducidad» por la doctrina

científica moderna, tanto en el sector civilista (106), como en el procesalista (107).

Ya nuestro derecho histórico configuró ese plazo como de decadencia del derecho mismo. Y así una antigua Ley, dictada por Enrique IV en las Cortes de Nieva, el año 1463 (que luego pasó, como Ley VII, al Libro V, Tít. VII, de las Ordenanzas de Montalvo, y, más tarde, a la Ley 2.<sup>a</sup>, del Tít. XIII, Libro X, en la Novísima Recopilación), contiene una primera disposición aclaratoria sobre la Ley 13, Tít. X, Libro III del Fuero Real, según la cual, corría el retracto de abolengo para los menores y ausentes «sin que en ningún caso se otorgue restitución ni rescisión del tiempo» (ver una referencia extensa de dicha aclaración en la nota 7). Los autores de práctica forense anteriores a la Ley de enjuiciamiento civil, partiendo de aquella vieja distinción entre «términos y dilaciones» de los juicios, que los diversificaba como «prorrogables», «improrrogables o perentorios», «fatales» y «fatalísimos», decían de éstos que eran los que no admitían suspensión, prórroga ni restitución, añadiendo casi unánimes, «ad exemplum»: «como el plazo de nueve días para interponer el retracto».

Pese a esta prolongada tradición jurídica, el Tribunal Supremo, unas veces declarando que era preciso excepcionar la prescripción en la acción retractual (108) y otras razonando la posibilidad de que baste intentar la conciliación dentro del plazo, porque con ello se interrumpía la prescripción de la acción (109), vino configurando, con este carácter *prescriptivo*, el que, en sus diferentes supuestos, señalaba la ley para el ejercicio de la acción retractual, aunque al propio lenguaje de la norma era más propicia otra interpretación, y aunque el mismo Tribunal Supremo recalca, siempre, también, el sentido preferente de interés social a que respondía la institución.

Fué a partir de 1940 cuando se inicia una completa rectificación, por una primera Sentencia de 30 de abril del citado año, a la que siguió otra de 10 de marzo de 1945 (ambas de la Sala 1.<sup>a</sup>), en cuyas resoluciones se habla, ya, sin embozos, de «caducidad». Cla-

ro que, también, en esas sentencias—sin duda para adaptarlas al lenguaje que emplea el art. 479 de la Ley procesal—existen unas alusiones a «interrupción» que no están, completamente de acuerdo con los efectos hoy admitidos para la decadencia de derechos.

De todos modos, al decirse en la Sentencia de 30 de abril de 1940 que el término que nos ocupa es de caducidad, por cuanto su transcurso se opone al ejercicio del derecho de retracto legal, sin necesidad de que se alegue; al declararse en la de 10 de marzo de 1945 que se trata de un «plazo preclusivo señalado por la ley, que produce, por sí solo, el efecto obstativo de la caducidad»; y el coincidir, substancialmente, con estas ideas, las Sentencias de la Sala 5.<sup>a</sup>, de 24 de junio y 18 de noviembre de 1946 (110), puede dejarse sentado que, *sin necesidad de que se alegue, los Tribunales apreciarán, «ex officio», si ha expirado el plazo hábil para retraer, en toda clase de retractos.*

Son también declaraciones de la jurisprudencia, interesantes para el punto que examinamos, las de que: Estos plazos no pueden ser modificados, ni aún ampliatoriamente, por las partes ni por los Tribunales (111); y que no son de índole procesal, lo que, como ya veremos, repercute en la computación de días inhábiles y en no estimarse aplicable la ampliación que, por razón de distancia, fijaba el art. 1.619 de la Ley procesal civil.

#### B) Duración del plazo

Muy pocas palabras en cuanto a este extremo, y ellas solo para no silenciarlo en esta somera exposición:

##### a) Arrendamientos rústicos

En ellos el plazo para retraer, después de la reforma de 16 de julio de 1949, se amplió a tres meses. Antes se limitaba a un mes. Su duración no tiene otro precedente en los retractos históricos.

##### b) Arrendamientos urbanos

Se distinguen dos hipótesis:

a') Cuando no hubo previa notificación, o, en ella se suministraron datos incompletos o inexactos de la transmisión proyectada, se otorga un plazo de dos meses para retraer. Como se ve, en estas hipótesis el «retracto» actúa con carácter subsidiario del inexistente tanteo. La falta de notificación previa para éste, o el haberla hecho defectuosamente o sin veracidad, resulta sancionándose con un mayor plazo retractual. Esa duración de dos meses tiene abolengo histórico pues ya lo establecían las Partidas para el anfitéutico (12).

b') El plazo se reduce a quince días en dos situaciones:

a) Cuando la enajenación se lleve a cabo por título de cesión solutoria (háyase o no comunicado esa cesión con anterioridad a su perfeccionamiento). En esta hipótesis, pues, se dan, sucesivamente, «tanteo» y «retracto», sin que el conocimiento o notificación previos perjudiquen, ni en punto a la duración de su derecho, al titular del retracto.

b) Cuando pudiendo no se utilizó el «tanteo», es decir, cuando después de habersele hecho saber al arrendatario la decisión de transmitir el local arrendado: con el precio ofrecido y demás condiciones de la transmisión, se dejó transcurrir el plazo de treinta días, sin hacer valer su preferencia adquisitiva. Aquí funciona el retracto como complementario del tanteo, solución que ya criticamos anteriormente.

### C) *Cómputo del plazo*

Para una mayor claridad sistematizaremos esta extensa materia, estudiando, por este orden, el momento inicial del cómputo, como debe hacerse y cuando se entiende ejercitada la acción.

#### a) *Momento inicial del cómputo*

En su primitiva redacción el art. 16 de la LAR señalaba tres momentos posibles para que comenzara a correr el plazo retractual: la *notificación* de la transmisión al retrayente (que, obligatoriamente se imponía al adquirente subrogable); la *inscripción* de la

transmisión en el registro de la propiedad y el *conocimiento* que, por otro medio, tuviera, de esa transmisión, el retrayente. De esos momentos iniciales, se ha suprimido toda alusión al segundo en la actual reforma; ello ha disminuido su actualidad, pero no ha eliminado su posible aplicación, porque la publicidad del Registro sigue produciendo sus efectos anunciadores «*erga omnes*» y, por ello, cuando existe, sino la ha precedido otro medio de información, seguirá iniciando el cómputo. (112)

Por su parte el art. 64 de la LAU, en su párrafo final, cita, en primer término, dicha *inscripción* como punto de partida, y hasta con un lenguaje que hace pensar en una preferente aplicación. Pero un examen más detenido del precepto nos revela, enseguida, que ello no es posible, al menos en circunstancias normales, porque si para inscribir hay que acreditar una previa notificación de la transmisión—detallada y veraz—hecha notarialmente al arrendatario, el conocimiento anterior que éste posea hará retrotraer, a su fecha, el principio del plazo que nos ocupa.

Pues bien como ya antes indicamos, no cabe eliminar, tampoco, para los arrendamientos urbanos, la posibilidad de que el plazo corra desde la fecha del aludido asiento registral. Así ha de ocurrir si por defectuosa calificación se permitiera inscribir sin esa previa notificación (lo que generaría una responsabilidad para el Registrador, pero no impediría el inicio del cómputo antedicho); y, como ya es menos problemático, si esa inscripción se efectuara porque los contratantes consignaran, inexactamente, la no existencia de arriendo en la finca transmitida (lo que daría lugar a una responsabilidad penal contra el autor de esa falsedad cometida en documento público, pero sin transcendencia, tampoco, para los fines que examinamos).

Creemos, pues, oportuno, examinar esas tres raíces (notificación, inscripción y conocimiento por otro medio), porque las tres siguen teniendo aplicación para las dos especies de retractos. Y recordar, al efecto, como la jurisprudencia, llamada social, fué

evolucionando al valorar esos tres momentos radicales que señalaba la ley de 1935.

Al enfrentarse con la citada norma, se pensó que la notificación en ella ordenada imperativamente, no podía ser ineficaz; y como faltaba una directa sanción para el mandato legal, debía revalorizársele con sanciones indirectas, mediante una jerarquización de las raíces antedichas que podría apoyarse, no sólo en esa obligatoriedad de la notificación (siempre tan subrayada en numerosísimos fallos (113)), sino en el orden mismo con que la Ley enumeraba las fuentes informadoras de la transmisión. Vino, así, a declararse que, omitida la notificación de referencias, subsistía la acción retractual, aunque, por otro camino, se llegara al conocimiento de esa transmisión, al menos mientras no se la inscribiese. Condensan este criterio, a nuestro juicio, las Sentencias de 13 de mayo de 1940 y 12 de igual mes del año siguiente.

Pronto, sin embargo, se debió comprender que este criterio llevaba a consecuencias inadmisibles, porque, por un lado, podía resultar indefinidamente prolongada esa situación de incertidumbre dominical, inherente al retracto, tan perjudicial a la seguridad del tráfico inmobiliario. Pero, por otro lado, además, se venía a dar amparo a verdaderos abusos de derecho cometidos por el presunto retrayente. Y timidamente al principio, más rotundamente después, se llegó, por fin, a una interpretación correcta, que, valorando en su justa medida, el fin de todos los medios por la ley señalados, situaba en el conocimiento de la transmisión, por parte del retrayente, el momento único, esencial, para que comenzara a transcurrir el plazo que examinamos.

Como antes decimos a esa conclusión no se llegó bruscamente sino a través de una evolución, de que fueron principales etapas (114), las siguientes:

La Sentencia de 2 de diciembre de 1941, que atenuaba los primitivos rigores, ya que, aunque en ella sigue prevaleciendo la inscripción sobre el conocimiento que la precedió, ya se apoya el fa-



llo, en que ese conocimiento «había sido incompleto e insuficiente».

Otra sentencia, de 21 de noviembre de 1945, acentuó la desviación de criterio, porque, con ella, se desplazó el motivo de la «sanción», desde la falta de notificación, como intracción de una obligación legal, a esa falta de notificación, como reveladora de un propósito de clandestinidad.

La trayectoria culmina, al fin, abandonando el rumbo con que se emprendió y desviándose hacia buen camino, cuando, con la Sentencia de 22 de abril de 1946, se desechó definitivamente la idea de sanción, se viene a decir que tan «contra legem» es la conducta del comprador que no notifica, «como la del retrayente que se muestra remiso a ejercitar sus iniciativas en el plazo legal», y se hacen, en fin, las siguientes destacables declaraciones: 1.<sup>a</sup> Que «el art.º 16 no establece preferencia para el modo de conocer, sino que resuelve cuando el arrendatario conoció, para fijar en ese momento cognoscente el inicial de la acción de retracto»; 2.<sup>o</sup> Que «el hecho de haberse omitido por el comprador la notificación directa de su adquisición al arrendatario no autoriza a éste para dar permanencia indefinida a una situación jurídica que el legislador quiso que no subsistiera más que un mes después de conocida con todas las circunstancias que hacen posible el ejercicio de la acción adecuada», siendo injusto y contrario a lo dispuesto en el párrafo cuarto del mencionado artículo 16 el admitir la subsistencia indefinida de ese plazo»; y 3.<sup>o</sup> Que «la subsistencia del repetido plazo no puede considerarse como sanción impuesta al comprador que no notificó, porque la lectura del último inciso del párrafo cuarto del comentado artículo 16 enseña que no es posible tal interpretación, pues alude al caso en que el comprador hubiera dejado de notificar e inscribir, no obstante lo cual *manda* que el conocimiento inicie el plazo para retraer».

Así, pues, hoy, lo esencial, para que comience a correr el plazo retractual, es el conocimiento, ya se logre éste por notificación,

por la publicidad registral o por otro medio cualquiera, solución que es, a la vez, la más jurídica y la más moral.

Claro que, así como la fecha de la notificación y de la inscripción constan con absoluta certeza, la de los restantes medios posibles de información, será, casi siempre, de dificultosísima comprobación; y como se trata de un hecho constitutivo para la pretensión del demandante en esta índole de procesos, ha habido necesidad de llegar a una consecuencia que, constituye, a la vez, aquella sanción indirecta, tan extraviadamente buscada en otras direcciones: la de que, en todo caso, se pasaría por la fecha de conocimiento que en la demanda se exprese, si faltan la notificación y la inscripción, y mientras el demandado no prueba otra cosa. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo (115), con lo que evita un injusto gravamen para el retrayente, y lo traslada a quien, por omisión de sus deberes, creó una clandestinidad, con cuyas derivaciones debe pechar él solo.

Toda esta doctrina la estimamos de posible aplicación para los retractos urbanos. Así como, también, las siguientes declaraciones jurisprudenciales complementarias:

*El conocimiento* no ha de referirse a actos meramente preparatorios (116), sino a la transmisión ya consumada; no bastaría, por eso, el suministrado por los anuncios o edictos de una subasta (117), ni que el arrendatario hubiera sabido, antes, de la venta, o de su convenio, que el vendedor se proponía enajenar la finca por un precio que, entonces, pareciera excesivo al retrayente, o desproporcionado a sus posibilidades económicas, aunque en definitiva, luego, fuese ese mismo precio el que medió en la transmisión (118); dicho conocimiento, para que produzca sus adecuados efectos, ha de recaer sobre el hecho real y efectivo de la transmisión (convenida o consumada), con todas sus condiciones esenciales, o sea con cuantas precisa para que, sin otros datos—que él no está obligado a indagar—, pueda entablar su acción; cumpliendo los requisitos exigidos para su eficacia, y pueda ponderar si le conviene, subrogarse en el contrato, sin posible error en su consentimiento.

to (119), ni mácula que autorice duda racional sobre detalle de interés (120). La apreciación de si tuvo lugar tal conocimiento perfecto y bastante, incumbe a la Sala de instancia (121).

*La notificación* ha de reunir cuantas noticias se exigen para el conocimiento proporcionado por otros medios (122). Corre, siempre, a cargo de quien ostente la propiedad de la finca retraída (y, por tanto, del arrendador, para posibilitar el «tanteo», en los arrendamientos urbanos, o del adquirente, en los de las dos clases, cuando ya se ejercita el «retracto»), y se trata de obligaciones ineludibles (113) que, por lo que se refiere a las fincas urbanas, se exige como requisito previo a la inscripción de la transmisión. En cuanto a la forma de esa notificación hay una diferencia fundamental según la especie retractual de que se trate: para las fincas rústicas no es exigible ninguna formalidad (123); en cambio, para las fincas urbanas, se exige «forma auténtica» (eso es, con intervención de funcionario público) para la notificación previa del «tanteo», y forma «notarial» para la posterior a la enajenación que implica el «retracto». Es de advertir que la vulneración de estas formalidades en el tanteo y retracto arrendaticio, viciaría el acto sólo a efectos registrales, porque, para el cómputo del plazo retractual si proporcionaba un conocimiento cabal, exacto y completo, surtiría todos sus efectos, cualquiera que fuere lo forma en que se hizo.

Finalmente, en cuanto a la *inscripción*, para el caso de que la fecha de la misma abra el mencionado plazo, ha de tenerse presente que la computable es la de dicho asiento registral y no la del asiento de presentación del documento (124) ni la de su anterior anotación preventiva (125), no bastando, tampoco, a esos fines, la que se practica sobre un expediente posesorio (126).

#### b) *Como debe hacerse el cómputo*

Como ya dijimos, contra la inicial opinión de Manresa—de tanto influjo, entonces, ante los propios Tribunales—, la jurisprudencia

dencia se inclinó, decididamente, por no considerar procesal el plazo del retracto. Estimó, por ello, que no debían descontarse los días inhábiles (127), lo que se sigue aplicando a los retractos rústicos, pero hoy ya no a los urbanos, por lo especialmente dispuesto en el artículo 50, tras la reforma de 1949, en su propia Ley; no considerándose, tampoco, aplicable la ampliación de un día por cada 30 kilómetros, que disponía la Ley de enjuiciamiento civil, cuando el demandado no reside en el lugar del contrato (128).—El cómputo debe hacerse, civilmente; descontando el día inicial (129), salvo si se inicia el plazo en la inscripción, en cuyo caso es computable la fecha del asiento (130).

c) *Cuando se entiende ejercitada la acción*

En primer lugar, para que pueda ejercitarse la acción del retracto es menester que la cosa haya entrado en el patrimonio del adquirente a quien se pretende subrogar (95), por lo que no basta la celebración del contrato (131), sino la acompaña la tradición real, instrumental o tabular (132), que produzcan la adquisición del dominio; no basta, por ello, la simple adjudicación en pública subasta, judicial o extrajudicial (133), pero no hay, en cambio, inconveniente en ejercitar el retracto aunque no se haya aún formalizado la transmisión, si ya hubo entrega de la cosa que transfiriera su dominio (134), y tampoco se obstaculiza la acción retractual si, aplazado el precio, medio tradición que prудujera transferencia de propiedad (81).

Una Sentencia de 27 de Octubre de 1933 declaró que «para entablar el retracto bastaba con que estuviera perfeccionada la venta, aunque no se hubiera consumado el contrato»; pero, luego, en posteriores resoluciones, se volvió al anterior criterio, ya en ininterrumpida trayectoria.

Apuntado quedó, también, que, tanto la Sala 1.<sup>a</sup> como la 5.<sup>a</sup> vienen admitiendo como bastante la papeleta de demanda para acto conciliatorio—con tal que se le dé curso ulterior a la misma—

para considerar ejercitada la acción de retracto (135); pero ya se dijo, igualmente, que esas resoluciones discrepan en dos puntos: En el fundamento (unas veces a base de la interrupción de la prescripción, y otras, simplemente, con apoyo en que es siempre la conciliación medio de comenzar un proceso y, por eso, no hay porque no otorgarle esos mismos efectos en la clase de juicios), y en sí, para que surta esa eficacia, ha de efectuarse al mismo tiempo la correspondiente consignación. De ello nos ocuparemos otra vez en el capítulo siguiente.

B) *Requisitos formales para el éxito de la acción retractual: La CONSIGNACION*

La acción de retracto requiere, en su ejercicio, sujetarse a unas normas procesales (competencia, tramitación, etc.) cuyo estudio rebasaría los límites de estas notas. Por ahora nos limitaremos a estudiar lo relativo a la consignación, pues que se trata de materia común y por ello apta para el examen comparativo y para el ensayo de una teoría aplicable a las dos especies arrendaticias con que nos hemos enfrentado.

*Consignación*

Ya la Ley 75 de Toro (10) disponía textualmente: «Si alguno vendiera la parte de alguna heredad que tiene común con otro, en caso que según ley de la partida, la pudiera el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quisiere sacar, a consignar el precio en el tiempo y término, y con las diligencias, y solemnidades, de la manera que la pudiera sacar el pariente más propinquo, quando fuere de su patrimonio y abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del fuero, y ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes aya lugar, y se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida, por el tanto».

La Ley de enjuiciamiento civil, siguiendo sus próximos ante-

cedentes—en esta materia el art.º 674 de la de 1855—, estableció entre los requisitos exigibles a este clase de demandas, el de «que se consigne el precio, si es conocido, o si no lo fuere, se de fianza de consignarlo luego que lo sea» (número 2.º del art.º 1618).

Cuando se publicó el Código civil—que como es sabido modificó a la Ley procesal en algunos preceptos relativos a la materia retractual—se dudó sobre la subsistencia de esa obligación de consignar, porque en el nuevo Cuerpo legal, no se la establecía concretamente. No obstante, como, con arreglo al art.º 1525 (sobre retractos legales), era aplicable el 1518 (sobre los convencionales) y en este último se disponía que «el vendedor *no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta*» y «los demás gastos del contrato, más los necesarios y útiles hechos en la cosa retraída, se dedujo que ese reembolso tenía carácter previo y que el único medio de cumplirlo consistía en la consignación o afianzamiento previstos en la Ley procesal, porque «ofrecer, no era reembolsar» (136) y porque la prueba de ese reembolso debía acompañarse a la demanda para su éxito (137). Claro que, dado el nuevo lenguaje o la nueva fórmula legales, por este camino de su interpretación, podía, no sólo suponerse subsistente la obligación de consignar, sinó, incluso, estimarla con un más amplio contenido (esto es, no limitada al «precio»; sinó extensiva a los demás gastos de legítimo abono que dicho precepto considera de imprescindible reembolso, para que el derecho de retracto «pueda hacerse»). Pero contra ese modo de entender el precepto comentado se pronunció, unánime, la jurisprudencia (105) que entendió reducida al precio la obligación consignadora del retrayente.

Cuando en 1935 se publicó la Ley sobre arrendamientos rústicos y, a su art.º 16 se llevó la institución retractual, pudo dudarse si continuaba la misma exigencia de consignar el precio. La referencia concreta que en dicho art.º 16 de la LAR se hacía al 1518 del código civil, realmente inclinaba por la solución afirmativa. Pero, como se trataba de normas tuitivas para el arrendatario, en que precisamente se contemplaba la situación de los más modestos, y

la exigencia a ellos de un desembolso de cierta importancia en plazo tan perentorio podría, en muchos casos, obstaculizar, irreparablemente, la deseada conversión en propietarios de la tierra a sus cultivadores; no descartaba otra posible interpretación jurisprudencial. Sin embargo, la Sala 5.<sup>a</sup>, siguió, rigurosamente, la misma orientación emprendida para los retractos comunes, y hoy no puede dudarse de que también para esos retractos especiales —rústicos o urbanos—, tiene igual significado de requisito «sine qua non», la consignación o el afianzamiento de referencias (138), a los que se consideran aplicables los preceptos comunes (139).

Són, también, declaraciones jurisprudenciales que estimamos valederas para las dos especies retractuales de tipo especial, las siguientes:

Que la obligación de consignar afecta al «precio» que mediaré en la transmisión, no al valor real de la finca (140)—a menos que se trate, claro está, de los supuestos de donación, permuta, etc., admitidos por la Ley sobre arrendamientos rústicos, o por la jurisprudencia que la ha venido interpretando—, pero basta con consignar el precio, sin extenderlo a otras obligaciones complementarias subrogables, y sin necesidad, tampoco, de consignar rentas durante la tramitación del juicio, porque esta obligación no la impone la Ley para los retractos (141). En el caso de que se transmitan varias fincas por un precio global y no se retraigan todas ellas, la consignación podrá hacerse eficazmente, ya ofreciendo fianza de consignar el proporcional que corresponda a las retraídas, una vez que se determine, ya consignando el prudencial que el estado de la relación jurídica permita conocer al entablarse la demanda (142); en caso de precio aplazado, la consignación sólo obliga hasta el importe de la entrega o entregas inicialmente hechas por el adquirente (143). Las rectificaciones, en cuanto al precio, hechas por documento ulterior, no obligan al retraente (144), y por tanto, no le imponen, tampoco, la obligación de extender al precio rectificado su consignación, a menos de que, ya transcurrido el plazo para retraer desde el contrato primitivo,

se apoye en el segundo, pues, entonces, ha de aceptarlo con todas sus consecuencias. Puede impugnarse, por simulación, el precio figurado en la escritura (145), pero ello no evitará consignar el que en ella conste. Basta con hacerlo con el precio que pudiera conocerse a la iniciación del retracto, cuando se incumplió la obligación legal de notificar al retrayente esa y demás circunstancias de la transmisión aunque, luego, en el pleito, se estime que el precio fué más elevado.

Respecto al momento en que ha de consignarse, sabido es que la jurisprudencia adopta dos soluciones diferentes: La Sala 1.<sup>a</sup>, para los retractos comunes, ha venido exigiendo que la consignación se efectúe, siempre, dentro del plazo concedido para retraer, y, por eso, si el proceso se inicia por acto conciliatorio, si la demanda se presenta fuera de aquel plazo retractual, la consignación ha de hacerse al intentar la mencionada conciliación (146); en cambio la Sala 5.<sup>a</sup> ha entendido que aún en la mencionada situación, basta con consignar al presentarse la demanda para la viabilidad de la misma (147).

Y no terminaremos este punto sin ocuparnos de un último problema; el de la renunciabilidad de su garantía por el demandado que libere de esa obligación al retrayente, no sólo de un modo expreso, sino, incluso, tacitamente, esto, es, subsanando la omisión de consignar, por su falta de protesta o denuncia a ese defecto procesal. El problema, sobre todo en este segundo evento, se sitúa en el de la naturaleza de este requisito: Si la consignación es presupuesto procesal (y, como tal, estimable de oficio), o si tiene, más bien el alcance de una excepción (únicamente apreciable cuando se la alega).

Realmente si se piensa en que, con la consignación, sólo se busca una garantía de la subrogación, establecida en interés del subrogable, sin que se descubran motivos de un superior interés social que pudieran resultar afectados con su ausencia, deberíamos concluir en su posibilidad abdicativa. Pero si nos atenemos al lenguaje de la ley («para que pueda darse curso a las demandas de



retracto se requiere...», que dice el art.º 1618 LEC) parece obligada la conclusión de que se trata de un mandato imperativo para el juzgador, superior, por tanto, a la voluntad de las partes y ajenos, en consecuencia, a sus poderes dispositivos.

La más antigua y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) venía declarando que, si por cualquier razón, se admitía a trámite la demanda, sin cumplir el requisito de consignación, debía recaer, sentencia absolutoria (148). Y, modernamente la Sala de lo Social, en su Sentencia de 25 de mayo de 1943, después de razonar la aplicabilidad al retracto arrendaticio rústico, de la consignación, agregó: «pero esta garantía, cuyo único objetivo es de interés privado, puede ser renunciada, expresa o tacitamente, y, por eso no es de orden público, pudiendo subsanarse por el principio dispositivo de nuestro sistema procesal, cuando la parte demandada no denunció a tiempo, esta omisión» (149).

### C) *Preferencia del retracto arrendaticio cuando concurre con otros*

Sabido es que, tras la reforma de 1949, hay en los arrendamientos rústicos dos hipótesis, con soluciones diferentes, para resolver la concurrencia de retractos:

a) *Hipótesis privilegiada*: Cuando se trata de arrendamientos especialmente protegidos (por la cuantía de su renta y forma de cultivo), el retracto arrendaticio es preferente a todos los demás, salvo al de comuneros que, si la comunidad lleva ya vigente tres años, se le antepone.

b) *Hipótesis normal*: En las demás situaciones arrendaticias rústicas, reguladas por esta ley especial, la preferencia de retractos, en relación con el que nos ocupa, es como sigue:

1.º El de comuneros (con comunidad que lleve, al menos, tres años de existencia).

2.º El gentilicio (para Aragón, Valle de Arán y Vizcaya, donde rige).

3.º El de colindantes

4.º El arrendaticio.

Cuando, aún con derecho a hacerlo valer, no concurra el arrendaticio, el de comuneros, aún sin los tres años de vigencia, sería preferido al de colindantes. En cambio si el arrendatario se presenta al concurso, el comunero, con comunidad inferior a ese plazo, deberá ser pospuesto al colindante. En este sentido hay que estimar modificado el Código, por la Ley especial posterior, aunque reconocemos lo absurdo de la solución y la razón que, para criticar todas las posibles, en la antinomia de *estos* preceptos legales, asista al Sr. Escribano Ruipérez (Rev. Legislación y Jurisprudencia, 1946, I, 331 y sig.).

La jurisprudencia ha declarado que constituye caso idéntico al de comuneros el de coherederos—puesto que esa situación genera una comunidad de bienes—(150).

*En los arrendamientos urbanos:* sólo es preferente al arrendaticio, el de comuneros, cualquiera que sea el tiempo que lleve de duración. El de colindantes no puede darse. Pero no se explica porque se altera el orden para el gentilicio, con trato de favor sobre el arrendatario de finca rústica no especialmente privilegiada.

D) *Obligaciones que han de ser cumplidas  
para que se consume el retracto*

No basta con haber obtenido sentencia estimatoria de la pretensión retractual, ya en grado de firmeza, pues que para posibilitar, aún, el retracto han de cumplirse por el retrayente las obligaciones que le impone el art.º 1518 del código civil y han de llenarse ciertas formalidades complementarias de constatación documental:

a) *Pago del precio*

Realmente el que retrae sólo tiene obligación de satisfacer el que haya mediado, efectivamente, en la transmisión. Y a «prima faciae» hay que reputar como tal el escriturario (151). Pero como

puede ocurrir que se haya simulado (lo que sucede con harta frecuencia), es dable a las partes su impugnación. Esta puede hacerse de dos maneras diferentes:

1.<sup>a</sup> *Una común* a las dos especies de retracto: La ordinaria de simulación, que puede acumularse a la retractual y discutirse en el mismo proceso (152), con prueba a cargo de quien la alegue (153) y que, una vez demostrada, reduce a sus límites efectivos la obligación de reembolso (154).

2.<sup>a</sup> *Otra singularísima*, exclusiva de los arrendamientos urbanos y que sólo puede ejercitarse cuando no se haya intentado el retracto. Persíguese, con ella, la *ineficacia* de la transmisión, como única finalidad: así categóricamente fué explicado el alcance de este precepto, al discutirse la Ley de Bases, en discurso pronunciado por el Ministro de Justicia en las Cortes, al decir: «Noten los Señores Procuradores, *insisto*, en que el inquilino, *no es que tenga derecho a quedarse con el piso por la cantidad que resulte de capitalizar la renta al 3<sup>o</sup>/o, sino a pedir que se anule, que se deshaga la venta, que las cosas vuelvan al ser y estado en que se encontraban, y el piso continuará en poder de su propietario*».

Esta última acción ofrece la particularidad de que, para facilitar la prueba al que la entabla, la ley le otorga una presunción, «*iuris et de iure*», de que es falso o simulado el precio, cuando excede de la capitalización de rentas por el tipo legal (al 3<sup>o</sup>/o o al 4<sup>o</sup>/o, según que la vivienda o local de negocio se hubieran ocupado o habitado por primera vez, antes o después del 1.<sup>o</sup> de enero de 1942).—Cabe ejercitarla dentro de los 60 días siguientes a la transmisión, plazo que, a juzgar por la propia redacción del artículo 67 que lo establece, puede estimarse como de «caducidad».

Hay ciertas especies de transmisiones en las que no está determinado el precio en que ha de subrogarse el retrayente. Entre esos supuestos destacan los siguientes:

Cuando, además de la finca retraída, se enajenan otras y existe un precio global: Cabe, entonces, determinar el proporcional a po-

rrateo, con toda clase de pruebas a ello conducentes, en el mismo proceso de retracto (155).

Cuando se trata de la permuta (transmisión que, al menos para los arrendamientos rústicos, como hemos visto, puede tener transcendencia retractual): las Sentencias que hacen relación a ese evento parten de la base de que sean equivalentes, para retraer los conceptos «precio» y «valor», lo que obliga a acudir a la oportuna tasación pericial (156).

Con relación a los arrendamientos rústicos, aún existe otra situación prevista por la propia ley especial (que no debe admitirse en los arrendamientos urbanos): La de la donación con las condiciones que fija el párrafo antepenúltimo de su artículo 16, en su actual redacción, para la que, en función de precio abonable por el retrayente, actúa el valor que las partes hayan fijado a la finca retraída, en la correspondiente escritura, deduciéndole la tasación de cargas e incrementándole los gastos de la transmisión y el importe de las expensas—necesarias y útiles—hechas en la finca. Aunque el precepto no lo dice, hay que suponer, que a falta de tasación hecha en la escritura de donación se acudirá a otros medios supletorios de valoración en el mismo proceso.

En todos los supuestos que lo exijan, no deberá dejarse la determinación del precio para trámites de ejecución (157). Sin embargo, en algunos casos, así lo ha admitido el Tribunal Supremo, (158).

#### b) *Abonos legítimos*

Por expreso precepto del art.º 1518, n.º 1.º del código civil, el retrayente ha de satisfacer al adquirente a quien subroga, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo originado en la transmisión.

Estos abonos son de rancio abolengo en nuestra tradición jurídica. Ya la ley 70 de Toro, como hemos visto (6) establecía esta obligación a cargo del retrayente al decir: «... y ansi mismo haya

de pagar al comprador las costas y el alcavala, si las pagó el comprador, antes que la cosa así vendida le sea entregada», precepto que aunque, literalmente, sólo se refería al caso de venta en pública subasta («a moneda pública») fué entendido con generalizada aplicación.

En la de este precepto se vienen considerando como abonables los gastos de copia, los de inscripción en el Registro, los que origine la documentación supletoria, los de pago del impuesto sobre derechos reales (la antigua «alcavala»), y los demás similares. Pero ha de tratarse de gastos realmente abonados y justificados (159), y legalmente necesarios o convenientes (160).

No se consideran, en cambio, abonables, en este concepto: las costas del juicio ejecutivo, ni lo que, por capital e intereses satisficiera el adjudicatario para quedarse con la finca (161) ni las del juicio que hubiera seguido el subrogado para elevar a público su documento de venta (162). Pero si los gastos de subasta y adjudicación, en juicio ejecutivo (163).

### c) *Pago de expensas necesarias y útiles*

Por el mero hecho de tratarse de poseedor de buena fé, siempre le serían abonables estos gastos al adquirente contra quien se retrajo, con arreglo a los artículos 453 y siguientes del código civil.

Pero su pago está previsto, de modo especial, en el número 2.º del art.º 1518, que introduce, para la hipótesis retractual, algunas importantes variantes en el régimen común: Y así, mientras el poseedor «bona fide» puede optar porque se les satisfaga el aumento de valor experimentado en la cosa poseída a consecuencia de sus mejoras, o el verdadero importe de ellas, en el retracto sólo cabe esto último.

No cabe dudar, en cambio, de que, al adquirente, autor de esas mejoras, le asiste también un derecho de retención, porque, aunque lo silencie el artículo 1518, sus frases iniciales claramente

estatuyen que, sin esos previos reembolsos, no puede procederse a la efectuación del derecho que examinamos.

No han de ser muy frecuentes tales abonos, dada la situación de incertidumbre y pendencia en que habían de emprenderse esas obras. Y como pudieran obedecer a propósitos de emulación, o de frustración del retracto, una Sentencia de 3 de julio de 1912 declaró, al efecto, que esos gastos, para que sean abonables, han de haberse producido de buena fé, pues que, en otro caso, se gravaría tanto al presunto retrayente que hasta se le impediría su adquisición, por la cuantía de los reembolsos a que se le pudiera llevar, a menos que se conforme con ellos, expresa o tacitamente. La misma Sentencia añade: «Sólo tienen el carácter de gastos necesarios y útiles, conforme al artículo 1518, los exigidos para la *conservación*, o que redunden en *provecho, comodidad* o *interés* de la cosa vendida, de cuyas condiciones carecen los que han de derivar de la construcción de una casa sobre un precio destinado a cereales, para cambiar su naturaleza sin ventajas para el retrayente, y, además, edificada durante un juicio de retracto, cuando su dominio era inseguro, como dependiente del litigio, y con el propósito de burlar la acción del retrayente» (164).

Para terminar la materia llamamos la atención sobre la conveniencia de que, en punto a los abonos que estamos contemplando, no se pierdan de vista los preceptos de la LAU y de la LAR (Capítulos X y V, respectivamente) referentes a obras de conservación o reparación y de mejoras.

#### d) *Formalidades complementarias de constatación documental*

Una vez satisfechos los abonos a que nos hemos venido refiriendo, el retrayente tiene derecho a que se haga constar documentalmente la subrogación en los derechos y obligaciones del adquirente, formalizando, al efecto, la oportuna escritura que ha de servir de base para la inscripción y para el cumplimiento de obligaciones y exigencia de los derechos derivados de la propia transmisión frente al primitivo transmitente.

En este documento no es necesaria la presencia de dicho transmitente, sinó la del adquirente subragado, o, en su nombre, caso de rebeldía, la del Juzgado.

Para los meros efectos de transferencia dominical, podría resultar innecesaria la escritura a que nos referimos, pues podría lograrse la inscripción en el Registro a base de la propia ejecutoria.

Pero como, con el éxito de la acción retractual, no sólo se produce esa transferencia dominical, sinó la sustitución subjetiva en un complejo de relaciones jurídicas, como después veremos, de aquí la necesidad de la constatación a que nos referimos, como fase final para que comiencen a producirse las propios efectos del retracto.

En el supuesto del tanteo habrá, también necesidad de otorgar el contrato de enajenación correspondiente.

En ambas hipótesis el titular de este derecho de preferente adquisición podrá fundar su pretensión, para que se le otorgue escritura pública, en lo que dispone el artículo 1279, en relación con el 1280 del código civil.

Para terminar esta parte de nuestro trabajo y antes de entrar con la final, diremos que la generalidad de los autores estudian los abonos de precio y demás legítimos entre los efectos que produce el retracto. A nuestro juicio, estos efectos sólo empiezan a producirse despues de estos pagos, porque hasta que se realizan «no puede hacerse uso del retracto» como textualmente dispone el artículo 1518 del código civil. Por eso los estudiamos como requisitos «de facto» que hacen viable y efectivo dicho derecho.

## EFFECTOS QUE PRODUCE EL RETRACTO ARRENDATICIO

Cuando el derecho de preferente adquisición, de que estamos tratado, se hace efectivo sin esperar a que la cosa sobre que recae pase a otro patrimonio, ya porque la Ley—como ocurre en los arrendamientos urbanos—conceda esa oportunidad, ya porque el primitivo propietario voluntariamente la otorgue, la transferencia

se lleva a cabo directamente, a favor del arrendatario, operándose, entonces, los efectos que, en cada caso, correspondan al negocio jurídico que se efectúe y a los pactos lícitos que transmitente y adquirente convengan. Ya se comprenderá que esos efectos no son genuinos del derecho de retracto y que, por ello, revasan las finalidades de este trabajo.

Pero cuando la mencionada oportunidad no se produce, ya porque la ley no la otorga, ya porque, aún concediéndola, no se hiciera uso de ella, enfrentándose así con una transmisión consumada, surge una colisión de derechos cuya liquidación requiere un tratamiento específico, que, por serlo, y porque es aplicable a los dos supuestos retractuales que estudiamos (rústico y urbano), es obligado la consideremos.

Prescindimos, pues, de los efectos en el «tanteo» y vamos a referirnos sólo a los que origina el «retracto».

Estos efectos se producen en dos etapas: una inmediata, otra ulterior. En la primera figuran los más directos y propios efectos retractuales. En la segunda, unas prohibiciones o limitaciones dispositivas, que, por su carácter negativo y temporal, requieren un cierto período de duración para que dejen de producirse.

#### PRIMER GRUPO: *Efectos inmediatos*

Una de las materias más deficientemente estudiadas, con relación a la institución retractual, es la de los efectos específicos que produce. Tal vez a ello sean debidos muchos de los errores e imprecisiones que la envuelven.

Vamos, pues, a detenernos un poco en este análisis, porque nos parece que ello aclara y explica zonas hasta ahora difusas por mal enfocadas.

Operando, siempre, en el mismo campo (el de la transmisión primitiva), surgen, al efectuarse el retracto, dos mecanismos íntimamente conectados: la *resolución* y la *subrogación*. Por el primero se



elimina al adquirente intermediario; por el segundo se coloca el retrayente en esa posición jurídico-subjetiva vacante.

Ambos actúan simultáneamente, con interferencias recíprocas, que dificultan el análisis diferencial. Pero, a poco que en ello se medite, es fácil comprobar que no coinciden los ejes de esos mecanismos. La subrogación gira sólo alrededor del retrayente, la resolución, exclusivamente sobre el adquirente eliminado.

Pero la transmisión, provocadora del retracto, en que ambos se mueven, determina aquella íntima conexión, antes aludida, que, proyectándose sobre los efectos de uno y otro origen, impregna a todos una peculiar fisonomía derivada de aquella síntesis. Valiéndonos de un símil tomado de las ciencias físico-químicas, diríamos que, más que de una *mezcla*, se trata de una *combinación*.

Por eso, cuando se estudian los efectos retractuales, o cualquiera de ellos, su contemplación requiere aquel triple punto de vista: resolución-sobrogación-identidad de transmisión.

Ese modo de considerar la efectividad del retracto, marca, claramente, las diferencias que lo separan de otras situaciones en que actúan separadamente, la subrogación o la resolución, sobre una transmisión. Y así:

En las subrogaciones obligacionales, de acreedor o deudor (pago con subrogación, delegación de deuda), por actuar aislado el primer elemento, la relación jurídica continúa, con cambio de su titular, como en la consumación del retracto. Pero en la vida de esa relación hay que anotar el tránsito de uno a otro sujeto, y hay que estimar, siempre, al segundo, como trayendo causa del primero (adquiriendo de él), porque son sus efectos «ex nunc». En cambio, en el retracto consumado, como actúa también la función eliminadora, y «ex tunc» de la resolución, el sujeto sustituido desaparece «ab initio», su paso por la relación jurídica (dominical) no constituye un paréntesis en su existencia, no actúa en la sucesión operada como causante del nuevo dueño, éste no adquiere de él sino del precedente propietario (165).

Cuando es la resolución la que actúa, sin la subrogación, las

diferencias son también patentes, aunque, claro está, de signo contrario. Y así, en la venta con pacto de retro, llegado el trance de reversión, al entrar en juego, exclusivamete, la función resolutive se producen dos efectos coincidentes con los del retracto legal: la eliminación del adquirente y la retroacción «ex tunc» (166); pero como falta la función *conservadora* de la subrogación, la *eliminación* operada por la resolutive, no se limita a la titularidad del adquirente o comprador, sinó que afecta a la totalidad de la transmisión, que se extingue «ab initio». Mientras en el retracto, como hemos visto subsiste (167).

Por no haber tenido en cuenta esa actuación conjunta, dissociando y supervalorando uno de sus elementos simples, no se ha acertado a señalar las notas distintivas y comunes existentes entre las subrogaciones subjetivas que operan en las obligaciones y esta especial que actúa en el retracto. Y por ese mismo motivo, también, pudieron el Código civil y la Ley Hipotecaria tratar de unificar los llamados retracto convencional y legal, o calificar exclusivamente, a la acción dimanante de este último, como de «acción resolutoria».

\* \* \*

Decíamos, antes, que los dos mecanismos influyen sobre sus respectivas funciones, matizando su eficacia, y dándoles, así una fisonomía peculiar.

En efecto: La *resolución* («función eliminadora»), afectada por la subrogación («función conservadora») se limita a extinguir la transmisión, para el adquirente. En definitiva reduce, así, su eficacia eliminando, sólo, una titularidad (168).

Por su parte, la *subrogación*, bajo el influjo de la resolución, extiende sus efectos sustitutivos retro trayéndolos al momento inicial de la transmisión sobre que opera (169).

Y esta especial manera de producirse ambas funciones, en relación al retracto, perfilan el contenido de efectos en él concurrentes, cuya síntesis ofrecemos a continuación:

1.º *Eliminación del adquirente, con efectos retroactivos*, haciendo desaparecer su titularidad dominical, sin dejar rastro, para el tracto sucesivo de la finca. Su situación posesoria intermedia («*possessio bona fide*»), es, sin embargo, susceptible de generar derechos (por razón de frutos, expensas, etc.) y producir responsabilidades (singularmente las de tipo culposo) (170).

2.º *Extinción de actos dispositivos intermedios* (enajenaciones o constitución de derechos reales sobre la finca) que hubiera podido llevar a cabo el adquirente eliminado, los que se entienden efectuados «*a non domino*», sin posible amparo en la fé pública registral (171).

3.º *Adquisición dominical del retrayente*, sobre la finca retraída, por sucesión derivada, no del adquirente eliminado, sino del primitivo propietario que asume la obligación de garantía o saneamiento, para con el retrayente, en iguales términos que se derivan del contrato originario. Esa titularidad dominical se retrotrae, también, «*ab initio*» (172).

4.º *Subsistencia del negocio jurídico* transmisivo que originó el retracto para todo lo que aún esté pendiente de cumplimiento, asumiendo el retrayente cuantas titularidades en él nacieron y cuyo contenido aún no se haya agotado, para hacerlas valer como derechos, o cumplir como obligaciones, frente al transmitente primitivo, con toda la extensión o alcance que correspondía al adquirente a quie se «*suplanta*» (173). Se exceptúan las obligaciones contractuales de tipo personalísimo, no susceptibles de ser subrogadas (174). Esa subsistencia de la transmisión originaria impide la repetición de deberes fiscales (exención del impuesto sobre derechos reales, plus valía, etc).

5.º *Extinción del arriendo* que sobre las fincas ostentaba, anteriormente, el que las retrae, por confusión de derechos (o titularidades) de arrendatario y arrendador.

## 2.º GRUPO *Efectos posteriores: Limitaciones temporales al poder dispositivo del retrayente*

Ya el Fuero Real (5) disponía: «... y aquel pariente que quiere la heredad que es a otri vendida, dele el precio que le costó, e jure que la quiere para si, e que no lo face por otro engaño». Es decir que ya de antiguo preocupó al legislador la posibilidad de que, frustrando los propósitos de interés social a que responden los retractos, se haga uso de estas facultades para luego, con nuevas transmisiones u otros actos dispositivos, lucrarse abusivamente.

En los retractos comunes se fija, también, un tope a tales manejos, obligándose a no desprenderse de las fincas retraídas durante cierto tiempo (175). Y siguiendo ese mismo camino, las dos legislaciones arrendaticias especiales señalan las limitaciones dispositivas que recogemos en la siguiente sinopsis:

### a) *Para los arrendamientos rústicos*

Prohibición durante 6 años	{	de enajenación parcial o total	{	Del dominio sobre la finca retraída.
				De los derechos que lo integran.
				Arrendamiento, total o parcial, de la misma finca.
		Cesión en aparcería.		

*Restricción:* para hipotecar (el acreedor no puede ejecutar los bienes hasta pasados los citados seis años).

*Excepciones:* pueden verificarse enajenaciones de fincas retraídas al Instituto Nacional de Colonización.

### b) *Para los arrendamientos urbanos*

*Prohibición:* Toda transmisión, por acto intervivos (la ley no distingue si a título gratuito u oneroso) durante *dos años*.

*Excepción:* puede verificarse esa enajenación si viniera a peor fortuna el retrayente.

*Aclaración:* El plazo, aún no agotado, de tales limitaciones, sigue computándose durante la vida del sucesor hereditario.

Este último precepto lo estimamos aplicable a los dos tipos retractuales aunque la Ley sólo lo consigne para los urbanos.

Y, antes de finalizar, una última cuestión: la de si estas limitaciones temporales tiene carácter dispensable.

Los que se inclinan por la afirmativa citan en su apoyo el artículo 1629 de la Ley de enjuiciamiento civil que las admite para los retractos comunes, y estiman que, lo mismo en el derecho civil común que en las legislaciones de excepción, responden al propósito de evitar un ejercicio abusivo de la facultad retractual, enmascarándola con presupuestos de necesidad o utilidad social inconcurren, en perjuicio del adquirente subrogado; son en suma, pues, para estos autores (176) meras garantías, establecidas en interés privado y por ello perfectamente renunciables.

Los que no admiten esa aplicabilidad de la dispensa establecida en el citado art.º 1629, aducen dos razones: 1.º La de que es supuesto de esa norma de la Ley procesal un «compromiso» asumido, en su demanda, por el re trayente, mientras en las Leyes arrendaticias se trata de mandatos imperativos impuestos por el legislador; y 2.º La de que en las leyes últimamente citadas se acentúa, en mucha mayor medida, el interés público, que ha de resultar por eso, siempre afectado, haciendo entrar en juego el artículo 2.º párrafo segundo del Código para prohibir esas renunciaciones.

Es cierto que la materia arrendaticia, como en general la social, no permite casi nunca la renuncia de derechos, al menos cuando se trate de colono o de inquilino de vivienda (porque si se trata del arrendador o del arrendatario de local de negocio, la cosa ya varía). Pero adviértase que tal facultad está solo prohibida, en general, para las renunciaciones anticipadas, esto es, de derechos que aún no hayan entrado en el patrimonio del renunciante, sino solo sustentados en estado potencial (177).

Es verdad que, también, la jurisprudencia ha declarado la ineficacia de los convenios de las partes para dejar sin cumplir los

preceptos legales, porque estima que las disposiciones tutelares de carácter social, son irrenunciables (178).

Pero ni el precepto que examinamos es «tutelar» de nadie, ni puede sostenerse, sin evidente exceso, que no caben renunciaciones en la materia que estudiamos, cuando hasta el propio derecho de retracto es susceptible de abdicación: no solo por que así lo ha declarado el Tribunal Supremo (179), impidiendo utilizarlo al que por actos propios demostró su voluntad renunciante, sino porque es obvio que nadie obliga a ejercitarlo.

Y tampoco puede dudarse de que, en este proceso, cabe un allanamiento, una transacción o un desentimiento; y, en este último evento, sin sentencia que imponga el retracto, las partes pueden celebrar el oportuno documento o contrato, incluso como cesión de derechos, sin necesidad de respetar las restricciones legales sobre poderes dispositivos no oponiéndose, para impedirlo, ningún interés social.

Por eso no estimamos convincentes las razones que se aducen en contra de la «dispensa» que examinamos, y nos inclinamos a admitirla.

## PALABRAS FINALES

Estas notas fueron tomadas para una conferencia en la Escuela Social.

Como se dice al principio no nos propusimos agotar la materia que en ellas se anuncia, sino simplemente contemplar aquellos de sus aspectos mas frecuentemente presentados en la práctica judicial, en busca de elementos de juicio para llenar las lagunas que ofrecen las escasas normas porque se rige.

Reconociéndonos sin autoridad para hacerlo, pretendimos, también, rectificar algunos errores interpretativos o de concepto emitidos alrededor del retracto.

La excesiva extensión alcanzada con este trabajo, desbordando su finalidad originaria, no nos permitió, sin embargo, desarrollar el

aspecto tal vez más sugestivo del tema: el de las prolíficas consecuencias que se derivan de esa conexión con que recíprocamente se influyen la «resolución» y la «subrogación» en el retracto, imprimiendo a ambas su peculiar fisonomía, por nosotros simplemente esbozada en el capítulo preanterior.

Cuando nueva oportunidad se nos depare volveremos a ocuparnos de esa cuestión con todo el detenimiento que merece.

Oviedo, Octubre 1950

## NOTAS

(1) Como decimos en el texto, la noción del retracto *legal*, no fué, en efecto, elaborada por el derecho romano. Esto no quiere decir que no existieran en é esporádicas y poco duraderas aplicaciones retractuales de carácter forzoso.

En demostración de ello se cita una Ley de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, en el año 391 (que luego pasó al Código, como Ley 14 del Libro IV, Título XXXVIII) cuyo texto literal es el siguiente: «Dudum proximis consortibusque concessum erat ut extraneos ab emtione removerent, neque hominis suo arbitrato vendenda distraherent. Sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata, unusquisque suo arbitrato quaerere vel probare possit emtorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prshibuerit. Dat. VI. Kal. Iun. Vicentiae, TATIANO et SYMACHO Cons. (391).» (En otro tiempo se había concedido a los próximos parientes y a los consortes, que excluyesen de una venta a los extraños, y que los hombres no enajenasen a su arbitrio lo que hubiesen de vender. Mas como parece grave esta injuria, que se vela con el vano pretexto de decoro, para obligar a los hombres a que, contra su voluntad, hagan determinada cosa con sus bienes, pueda cada cual, quedando abolida la anterior ley, buscar o aceptar, a su arbitrio, comprador, si especialmente no hubiere prohibido la Ley que ciertas personas hagan esto. Dada en Vicenza a 6 de las Calendas de junio, bajo el consulado de Taciano y Simmaco-391).

Contrasta ese tratamiento legal con el dado al pacto de retroventa y al retracto convencional en aquel derecho, pues esa modalidad voluntaria o paccionada se reguló, con netos perfiles, en el Código (L. 2-IV-54) en el Digesto (Fr. 13-VIII-4) y en la Instituta de Justiniano (Fr. 7-II-14).

(2) En el LEVITICO, LIBRO DE RUTH y de JEREMIAS, se contienen interesantes pasajes que reproduzco en su versión latina, de la Vulgata, y en la española, extraída directamente de sus originales griego y hebreo, según Nacar-Colunga:



## LEVITICO (Cap. XXV)

1.—Locutusque est Dominus ad Moysen in monte Sinai, dicens:

10.—Sanctificabisque annum quinquagesimum, et vocabis remissionem cunctis habitatoribus terrae tuae: ipse est enim jubileus. Revertetur homo ad possessionem suam, et unusquisque rediet ad familiam pristinam.

14. Quando vendas quippiam civi tuo, vel emes ab eo, ne contristes fratrem tuum, sed juxta numerum annorum jubilai emes ab eo.

25.—Si attenuatus frater tuus vendiderit possessumculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat.

(1.—Yave habló a Moisés, en el Monte Sinai, diciendo:)

(10.—Y santificaréis el año cincuenta y pregonaréis la libertad por toda la tierra para todos los habitantes de ella. Será para vosotros jubileo y cada uno de vosotros recobrará su posesión que volverá a su familia.)

(14.—Si vendéis a vuestro prójimo o le compráis alguna cosa que nadie perjudique a su hermano (sino que comprarás de él según la cuenta de los años de jubileo).

(25.—Si tu hermano empobreciere y vendiere algo de su propiedad, vendrá el que tenga más derecho, su pariente más próximo, y rescatará lo vendido por su hermano.)

Se hace notar por el Padre Scio, comentando estos versículos, que la raíz hebrea de que arranca la palabra «jubileo», significa «volver» «restituir», pero con un sentido eminentemente gentilicio.

## LIBRO DE RUTH (Cap. IV)

3.—Quibus sedentibus, locutus est ad propinquum: Partem agri fratris nostri Elimelech, vendet Noëmi, quae reversa est de regione Moabitide:—4—Quod audire se voluit, et tibi dicere corám cunctis sedentibus. et majoribus natus de populo meo. Si vis possidere jure propinquitatis: eme et posside. Sin autem displicet tibi, hoc ipsum indica mihi, ut sciam quid facere debeam. Nullus enim est propinquus, excepto te, qui prior est; et me, qui secundus sum. At ille respondit: Ego agrum emam.

3.—Una vez sentados dijo al pariente próximo: «Noemí, que ha vuelto de la tierra de Moab, vende la porción de campo que fué de nuestro hermano Elimelec.—4—He querido darte cuenta de ello, para decirte: Cómprala si quieres, en presencia de los ancianos de la Ciudad que están aquí sentados. Si quieres usar de tu derecho de levirato, usa; y si no quieres manifiéstamelo, para que yo lo sepa, pues no hay nadie que, antes que tu, tenga ese derecho; después de ti vengo yo». El respondió: «La compraré»).

## PROFECIA DE JEREMIAS (Cap. XXXII)

1.—Ecce Haname el filius Sellum patruelis tuus veniet ad te, dicens: Eure tibi

agruum meum, qui est in Anathoth: *tibi enim competit ex propinquitate ut emas.*

(7.—Mira: Hanamel hijo de Selum, tu tío, vendrá a decirte: Cómprame el campo que tengo en Anatot, pues a ti te corresponde adquirirlo por razón de parentesco.

\* \* \*

(3) Principalmente los FUEROS MUNICIPALES de la familia Teruel-Cuenca (Sepúlveda, Alcalá, Logroño, Cuenca...), aunque también se halla en otros más distantes (Zamora, Salamanca, Baeza, Cáceres, etc.)

(4) FUERO VIEJO: Lib. IV, T. I. L. 4.<sup>a</sup>: «Si un home vende eredit a otro ome, e la venta fuer fecha en cementerio de Iglesia, que vala; más si vinier algund pariente, e le demandare fasta nueve días, dando lo que costó, puede la uer por la pasada, que non puede auer el cementerio, nin la Iglesia». Llamamos la atención sobre el texto, porque de él claramente se infiere que el derecho a retraer sólo surge cuando la venta se había consumado, y, por eso, que el cómputo del plazo había de iniciarse a partir de esa consumación patrimonial.

(5) FUERO REAL: Lib. III, T. X. L. 13; «Como la cosa de patrimonio, o de abolengo, vendiéndose, puede el pariente más propinco, sacar tanto por tanto». «Todo home que heredad de patrimonio o de abolengo la quisiere comprar, tanto por tanto, hayala ante que otro alguno: e si dos o más la quisieren que son en igual grado de parentesco, hayala el más propinco: más si ante que la heredad fuere vendida no viniere el pariente, e del día que fuere vendida fasta nueve días viniere, si diere el precio por que es vendida la heredad, hayala: e si el pariente más propinco no la quisiere demandar, otro pariente no la pueda demandar, e si el más propinco no fuera en el lugar, puedala demandar otro de su linage: más si la quisiere por otra heredad cambiar, no la pueda ningún pariente contradecir: y aquel pariente que quiere la heredad que es a otri vendida, dele el precio que le costó, e jure que la quiere para si, e que no lo face por otro engaño». La Ley del Estilo número 230, declara que la antes transcrita, del «tanto por tanto», «ha lugar en el Reyno de León, como en el Reyno de Castilla». Nótese tres particularidades muy salientes: 1.<sup>a</sup> Que con arreglo al Fuero Real, la raíz del cómputo retractual ya arranca desde «que la heredad fuere vendida», aunque no se haya consumado el dominio en la transferencia; 2.<sup>a</sup> Que se excluye, expresamente, del retracto, a la permuta; y 3.<sup>a</sup> Que ya se esboza la necesidad de asegurarse contra ulteriores finalidades transmisivas de la finca que se retrae, desnaturalizando el fin pèrseguido por el retracto.

(6) LEYES DE TORO.—Ley LXX: «La ley del fuero que habla cerca de sacar el pariente mas propinquo la cosa vendida del patrimonio por el tanto, aya tambien lugar quando se vendiere en él a moneda pública, aunque sea por mandamiento de juez, y los nueve días que dispone la Ley del fuero, se cuenten en este caso, desde el día del remate, con tanto que consigne el que lo saca el precio, y haga las otras diligencias que dispone la Ley del fuero, y la ley del ordenamiento de Nieva, y ansi mismo haya de pagar al comprador las costas, y el al-

cavala, si las pagó el comprador, antes que la cosa así vendida le sea entregada». Es de destacar en esta Ley: a) La especial previsión de los supuestos de pública subasta, judicial y extrajudicial; b) La obligación específica de consignar para retraer; y c) La expresión categórica de que el retrayente abone las «costas» o gastos devengados con motivo de esa subasta, y el «alcavala» (tributo que se satisfacía en las compraventas y permutas, *equivalente* al actual impuesto sobre derechos reales).—Ley LXXI.—«Quando muchas cosas fueren vendidas por un precio, que sean de patrimonio o abolengo, que el pariente mas propinquo no pueda sacar la una, y dexar las otras, sino que todas las haya de sacar o ninguna dellas; pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios en tal caso pueda el pariente mas propinquo sacar las que dellas quisiere, haciendo las diligencias y solemnidades en las dichas leyes del fuero y ordenamiento contenidas». Como se ve, en esta Ley se da una solución para la venta múltiple con precio global, en su párrafo primero, de la que ha disentido, en los tiempos modernos, la jurisprudencia sobre retracto (V. mas adelante en nota 155 las Sentencias de 26 de noviembre de 1895, 13 de abril de 1896, 12 de enero de 1904, 23 de octubre de 1946, 11 de mayo de 1948, etc.); en cambio, la solución que contiene el párrafo segundo, puede servir de criterio para admitir el retracto urbano cuando se venda un edificio compuesto de varios pisos-viviendas y el precio se individualice para cada uno de éstos, solución de que, también, mas adelante, nos ocupamos, en el texto de nuestro trabajo,—Ley LXXII: «Quando la cosa que es de patrimonio o abolengo se vendiera fiada, que el pariente mas propinquo la pueda sacar por el tanto así mismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve días de fianzas bastantes a vista de nuestra justicia, que pagará los maravedis, porque asi fuere vendida, al tiempo que el comprador estaba obligado». Esta Ley puede constituir antecedente curioso del moderno criterio jurisprudencial, sobre la venta con precio aplazado, recogido en la sentencia de 12 de mayo de 1945, que tan sin razón critica el Señor Figa Faura, en la Rev. de Derecho Privado de 1948, p.<sup>a</sup> 880) (V. nota 81).—Ley LXXIII: «Quando el pariente mas propinquo no quisiere, o no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo siguiente en grado, la puede sacar: y ansi vayan de grado por todos los parientes, dentro del quarto grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve días, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del fuero y ordenamiento». Ley LXXIV: «Quando concurrieren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo con el señor del directo dominio, o con el superficiario, con el que tiene parte en ella, porque era común, preferiéndose en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente más propinquo» Como se ve esta última ley no regula especialmente el retracto gentilicio, como las anteriores, sino que afecta a todos los retractos legales entonces admitidos, para establecer la preferencia entre ellos, caso de concurrencia; pero he creído oportuno incluirla en el primero de que me ocupo, sin necesidad de reproducirla, luego, para los restantes.

(7) ORDENAMIENTO DE MONTALVO: En las Ordenanzas Reales de

Montalvo (1, 6 y 7) se incluyeron unas aclaraciones hechas en Nieva, por don Enrique IV, en 1473, pet. 23 y 24, que en su parte más importante y dispositiva, dicen así: «.....; por ende declaramos. ordenamos y mandamos, que los nueve días contenidos en la dicha ley del fuero, para que el más propinquo saque la heredad vendida, que fué de su patrimonio o abolengo, corran contra los menores de veinte y cinco años, quier sea en edad pupilar o adulta, y eso mismo contra los ausentes; y que los unos ni los otros no se puedan ayudar de su menor edad, ni de su ausencia; y que haya lugar contra ellos esta prescripción de los dichos nueve días, y que no les sea otorgado sobre esto restitución, ni rescisión del tiempo, salvo que a la letra se guarde la dicha ley del fuero contra los unos y los otros; y si el menor tuviera tutor o curador, que pueda sacar la heredad para el menor en el tiempo y como de suso se contiene». La segunda aclaración dice así: «..... y Nos declarando la dicha ley del fuero, ordenamos y mandamos, que pidiendo la heredad del abolengo el hermano del vendedor, y el hijo del vendedor, ambos en un tiempo, y en forma debidos, que sea preferido, y haya la heredad el hijo del vendedor para sí; pero si el hijo del vendedor, dentro de los dichos nueve días no la quisiere, que la pueda sacar dentro de aquel mismo término el hermano del vendedor, pues la heredad fué asimismo habida, y heredada por su padre o madre dellos». De ambas aclaraciones la primera tiene una gran importancia histórica, porque apoya el efecto de verdadera caducidad (su apreciación sin necesidad de alegarla) en cuanto al plazo retractual. De ello nos ocupamos, también, en su lugar oportuno.

(8) NOVISIMA RECOPIACION—Libro X. T. XIII, Leyes 1.<sup>a</sup> a 8.<sup>a</sup> inclusives, en las que se producen las del Fuero Real y de Toro, con las aclaraciones de las Cortes de Nieva, antes transcritas, y se incorpora, también, otra Ley dictada en Toro, por don Enrique II, el año 1371 (pt. 10 de las de Sevilla) Ley III en la que se aclara que el retracto ha lugar en los bienes heredados, y no en los adquiridos por el vendedor en contratos entre vivos.

(9) CODIGO DE LAS SIETE PARTIDAS.—Ley 55 de la Partida V, tit. V: de «*Como la vendida que es fecha de la cosa común de so vno, deue valer, maguer non sea partida entre ellos*»—«*Dos omes, o mas, auiendo alguna cosa comunalmente de so vno, dezimos, que qualquiera dellos puede vender la su parte maguer la cosa non sea partida. E puedele vender a qualquier de los que han en ella parte, o a otro estraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el estraño, esse la deue auer ante que el estraño. E la vendida del estraño se deue entender que puede ser fecha, ante que sean entrados en pleyto de la parte. Ca si el pleyto fuesse ya comenzado en juyzio para partirla, entonce non la podría vender al estraño, fasta que fuesse partida; fueras ende, con otorgamiento de los otros compañeros*».

(10) LEY 75 DE TORO.—«*Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene común con otro, en caso que según ley de la partida, la pudiera el comunero sacar, por el tanto, sea obligado el que la quisiere sacar, a consignar el precio en el tiempo y término, y con las diligencias, y solemnidades, de la manera que la pudiera sacar el pariente más propinquo, quando fuere de su patri-*

monio y abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del fuero, y ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes aya lugar, y se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida, por el tanto».

(11) NOVISIMA RECOPIACION: Ley 8.<sup>a</sup>, Tit. XIII, Libro X.

(12) CODIGO DE LAS SIETE PARTIDAS.—Ley 29, Partida V, Tit. 8: De «*como aquel que tiene la cosa a censo, si la ouiere a enagenar, que la deue vender al señor ante que a otro, queriendo dar tanto precio por ella como de otro ome*». «Enagenar, e vender puede la cosa, aquel que la rescibio a censo. Pero ante que la venda, deuelo fazer saber al señor, como la quiere vender, e quanto es lo quel dan por ella. E si el señor le quisiere dar tanto por ella, como el otro, estonce le deue vender ante a el que a otro. Mas si el señor dixese que le non quería dar tanto, o lo callase fasta dos meses, que le non dixese si lo quiere fazer, o non; dende adelante, puedela vender a quien quisiere; enon le puede embargar, aquel que gela dio a censo, que lo non faga. Pero deuela vender a tal ome, de quien pueda el señor auer el censo, tan ligero como del mismo. Otrosi dezimos, que este que tiene la cosa a censo, que la puede empeñar a tal ome como sobredicho es, sin sabiduría del señor. E estonce, quando la enagena, tenuto es el señor de la cosa, de rescibir en ella a aquel a quien la vende, e de otorgargela, faciendo ende carta de nueuo. E por tal otorgamiento, o renouamiento del pleyto, non le deue tomar más de la cinquentena parte, de aquello por que fué vendida; o de lá estimación que podría valer si la diesse. Mas a otras personas, de que non podiesse auer tan ligeramente el censo, non la puede vender, ni empeñar, assi como a orden, a otro ome más poderoso que el; que estonce non valdría. e perdería por ende el derecho que auia en ella», Esta Ley pasó (8.<sup>a</sup>, Tit. XIII, Lib. X) a la Novísima Recopilación, y de ella, son de destacar, los siguientes particulares: 1.<sup>o</sup> Que al regular el caso del comunero, con el mismo nombre de «tanto» o «tanto», ya no se prevé el mismo momento para efectuarlo; hasta entonces, en los restantes, se ejercitaba ese derecho con posterioridad a la venta o a la transmisión dominical; ahora, con el carácter de «precompra» (también emplea esta denominación —«preemptio»— la Resolución de los Registros de 4 de enero de 1927); 2.<sup>o</sup> Que ese derecho de preferencia no podía desembocar, nunca, en una oportunidad subsiguiente a la transmisión, ya que, para todo supuesto de clandestinidad u ocultación, en la enfiteusis surgía el «comiso»; 3.<sup>o</sup> Que, en la glosa, se estudian una serie de supuestos, distintos de la venta, extendiendo a ellos, unos u otros comentaristas, las posibilidades retractuales, pese al lenguaje estricto de la Ley; y 4.<sup>o</sup> Que el plazo de los *dos meses* constituye un precedente para ciertas hipótesis del retracto arrendaticio urbano; según Gregorio López, no era preciso agotar este plazo para la eficacia de la transmisión, si antes de transcurrir, el señor directo, manifestaba su renuncia a ser adquirente por el tanto, y aprobaba la transmisión que se le anunciaba a favor de un extraño.

(13) CODIGO CIVIL.—*Disposición final*: «Art. 1976.—Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin

fuerza y vigor, así en concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio...»

(14) Sólo desapareció el gentilicio (que subsistió en las regiones forales) y se asimiló al enfiteútico, el de primeras cepas (por aplicación de la regla 6.<sup>a</sup> contenida en el art. 1.556 cc.)

(15) El de asurcanos o colindantes (art. 1.523), el de coherederos (art. 1.067) el de consocios (que parece desprenderse del art. 1.708, cuando remite a las reglas sobre partición hereditaria) y el de colitigantes (artículos 1.535 y 1.536).

(16) Nuestro Tribunal Snpremo ha venido destacando, con relación a cada uno de los dos retractos arrendaticios, que le son inaplicables las normas y la jurisprudencia comunes:

Con referencia a los *urbanos*, una sentencia de 9 de mayo de 1949 declara que el art. 1.091 cc., derivado de la libertad de contratación, no rige en materia de arrendamientos urbanos, donde esa libertad sufre una serie de limitaciones que responden a una superior necesidad social.

Y con relación a los *rústicos*, con la reiteración que su mayor plazo de vigencia le ha permitido, aún más paladinamente, declara:

Que «el derecho de retracto establecido por el art.º 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 en favor del arrendatario de finca rústica, para en todo caso de transmisión onerosa de la misma, tan sólo parece tiene de común con sus homónimos de nuestro derecho civil, constituir, como ellos, motivo de resolución contractual, pero inspirado en móviles diversos, ni siquiera similares, o mas bien antitéticos de los precedentes, y obedeciendo a tendencia que en el singular derecho lo encajaba, no debe entenderse normado en sus rasgos característicos, por preceptos anteriores de pugna alguna con su peculiar significado; que por su base, la preferencia dominical del cultivador de la tierra con protección para quien en pequeño lo sea, y por su ámbito, comprensivo de las modalidades de trato antes no admitidas, proclama un tipo singular, digno de ser concebido en su propio sentido y de suponerle reglado libre de atavismos; en cuya virtud, y con mayor razón porque su ejercicio consta supeditado a forma que la propia ley de arrendamientos especifica y difiere de la común, ha de afirmarse que, ni fundamentalmente, ni en su objetividad, puede seguir la materia de este retracto, matizada por aspectos de procedencia impropios y extraños». (Sentencia de 12 de mayo de 1941).

«Obediente este retracto a inspiraciones sociales, no conocidas en el clásico derecho civil de dominio y señorío, no tiene paridad de origen con ninguno de los precedentes y merece verse y ser entendido, en todas sus facetas, un diverso modo de los seculares, sin olvido de su tipo y con respecto a su tendencia, que ha de inclinarse a que produzca sus saludables efectos». (Sentencia de 29 de abril de 1943).

El derecho de retracto arrendaticio se regula por las disposiciones especiales de esta legislación social, sin que sean de aplicación a la misma las que se invocan en la Sentencia recurrida, como analógicas del derecho común, por ser completamente distinto el interés a que atienden unas y otras normas y el fundamen-

to jurídico en que descansan, por lo que no puede aplicarse al retracto arrendaticio el precepto prohibitivo que contiene el artículo 1.641 del Código civil (Sentencia 16 dic. 1946).

El derecho regulado por primera vez en el art.º 16 LAR ha de adaptarse, en su regulación y ejercicio, no a las normas del derecho común, salvo en lo que le sean aplicables por expresa disposición, sino a las especiales de dicha ley y disposiciones posteriores, que, por su tono imperativo, como ordenamiento de carácter eminentemente social, tienen prevalencia sobre las demás (Sentencia de 6 de febrero de 1946).

«No obstante los precedentes exegéticos que quedan expuestos, el legislador en derecho social, viendo que a la economía nacional no satisfaría el retracto condicionado según los distingos anotados, y tratando de crear uno adaptado al concepto social del derecho para arrendamiento de fincas...» (Sentencia de 11 de junio de 1945, primera que admitió el retracto en las permutas).

Consecuente con esa misma doctrina, la Sentencia de 22 de enero de 1947, de la misma Sala de lo social, no admitió la posibilidad de aplicar al retracto arrendaticio rústico, la jurisprudencia interpretativa de normas comunes.

Tal vez eran demasiado radicales estas afirmaciones de la jurisprudencia excluyendo toda posibilidad de utilizar los precedentes legales y jurisprudenciales preanteriores. Y rectificando excesos, unas veces hizo citas de Sentencias recaídas aplicando normas comunes (por ejemplo en la de 25 de junio de 1948), otras veces, admitiendo la aplicabilidad de preceptos del Código o de la Ley de Enjuiciamiento civil, a los que no remitía especialmente la LAR, y otras, en fin, declarando, ya que las normas del ordenamiento general, que no contradijeran el espíritu del especial, regían su materia (lo que permitía también, consultar la doctrina legal a esos preceptos pertinente.) Son ejemplo de resoluciones de la clase expresada, las siguientes:

La de 25 de mayo de 1943: «La singularidad del retracto arrendaticio instaurado en el art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y su especificación peculiar, exigente, sin duda, cual lo expone la doctrina de la Sentencia de esta Sala, fecha 14 de mayo de 1941, de que se desechen los antecedentes normativos propios de los comunes, ante su antítesis con los antecedentes básicos de este nuevo tipo, no autorizan a que se entienda arrumbada u omisible para el mismo la obligación secular y taxativamente impuesta en los artículos 1.619 de la Ley de enjuiciamiento civil y 1.510 del código civil de consignar el precio o dar fianza de realizarlo cuando sea conocido; porque según marcó la tesis establecida por esta propia Sala en su Sentencia de 16 de diciembre de 1940, viene la misma impuesta por la consustancialidad del derecho a retraer que concede la *suplantación* de persona adquirente en base del reintegro seguro así garantizado, porque la concreta cita en el dicho artículo 16 del 1.618 de la ley sustantiva, al que se refiere sin la más leve alteración, denota fué estimado tal aseguramiento, tan fundamental en la avenida institución como en las análogas precedentes; y porque sin advertirse pugna alguna entre la necesidad de la medida y los móviles y tendencias de esta especial resolución transmisora, falta apoyo a criterio

eliminador del aludido requisito, traído para cohonestar, lo mismo antes en los otros que ahora respecto a éste, por su igual finalidad, el derecho del retrayente con el del presunto expropiado a ser reembolsado en efectivo, sin posible duda. Es pues, substancialmente requerible la consignación o afianzamiento».

La de 24 de septiembre de 1945 declara, también, aplicable a los retractos rústicos el art. 1.618 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Finalmente, las de 10 de septiembre de 1940 y 6 de febrero de 1946, reconocen que este retracto legal, cuyo contenido afecta a relaciones de derecho privado, *no puede sustraerse a las condiciones genéricas de esta institución*.

(17) Observa, acertadamente, ROCA SASTRE («Derecho Hipotecario», Barcelona 1928, T. III, páginas 12 y siguientes) que, por negocio jurídico cabe crear un derecho de «tanteo» (en sentido específico) de carácter real (lo que puso en duda la Res. de 4 de enero de 1927—cuyos argumentos refutan Pérez y Alguer en sus notas a Enneccerus, III, 2.º, p.ª 144—y admitió categóricamente la Sentencia del T. S. de 17 de noviembre de 1931); pero cabe también que se le configure como simple derecho *personal*, como simple compromiso obligatorio, sin la menor trascendencia real.

(18) Sentencias de 22 de noviembre de 1942, 10 de diciembre de 1942, 11 de junio de 1945 y otras muchas. Es de notar que, ya para el retracto ordinario; la Sentencia de 11 de febrero de 1911 había declarado que el retracto legal ha sido establecido, no en beneficio o para sólo satisfacer codicias particulares, sino consultando el interés general, social y económico. (Vid. nota 24).

(19) Sentencia de 10 de diciembre de 1943 (véase, también, la última de la nota anterior), entre otras.

(20) Sentencia de 3 de abril de 1944, por ejemplo.

(21) *Ibidem*.

(22) Sentencia de 11 de junio de 1945, entre otras.

(23) Las antes citadas de 3 de abril de 1944 y 11 de junio de 1945 expresan también esta finalidad para el retracto que nos ocupa.

(24) La Sentencia de 10 de diciembre de 1943 dice: Si en toda Ley actúan como elementos objetivos el bien privado y el público, concordados, cuando la norma responde a un fin social, buscando soluciones a problemas de este tipo, el fin público debe prevalecer siempre sobre el interés particular, y a ese criterio ha de atenderse para interpretar la Ley, evitando que el interés personal privado mixtifiqué las aspiraciones del legislador, como él las ideó. Y tratándose del retracto, tiene éste singular relieve como medio para lograr que la propiedad rústica sirva al fin social, *sin intermediarios que parasitariamente obtengan beneficios de lo que el trabajo produzca*».

(25) Puede servir de ejemplo, como consagración oficial de esta aspiración legal, la sentencia de 11 de junio de 1945.

(26) Sentencias de 9 de noviembre de 1945, 16 de diciembre de 1946, 22 de enero y 11 de noviembre y 1.º de diciembre de 1947, y otras varias.

(27) Así lo declara, expresamente, para la legislación especial sobre inquilinato, la Sentencia de la Sala 1.ª de 27 de noviembre de 1947.



(28) Intencionadamente eludo todo el problema sobre las llamadas «lagunas impropias» porque no me propongo, aquí, incidir en ese frente de lucha que mantienen enconadamente el positivismo legalista con las Escuelas de Derecho libre, y hasta con la de la Jurisprudencia de intereses.

(29) Sentencias de 3 de febrero de 1911, 5 de diciembre de 1925 y 24 de junio de 1924.

(30) Así lo declaró el T. S., en materia social obrera, pero con doctrina aplicable a todos los supuestos de legislación proteccionista para una de las partes contratantes.

(31) De 29 de febrero de 1948.

(32) Una Sentencia de 10 de marzo de 1898, dijo ya: «El derecho de *fadiga*... lo mismo puede ejercitarse ofreciendo el tanto antes de la consumación de la venta, que intentando el retracto de la finca vendida, puesto que no es sino el de prelación, establecido por razón de interés público, para la consolidación de ambos dominios». Otra Sentencia de 22 de noviembre de 1901, declaró, en el mismo sentido «que si bien las palabras tanteo y retracto no son rigurosamente sinónimas... porque el primero implica la obligación de que el vendedor avise a quien lo tiene, el intento de enajenar alguna cosa con declaración del precio definitivo que se haya ofrecido para que pueda tomarla por el mismo tanto, y el segundo consiste en la facultad de *rescindir* la venta y quedarse el retrayente para sí, por el mismo precio la cosa vendida; está fuera de duda que el tanteo, cuando se usa este vocablo en nuestras leyes, comprende genéricamente ambos derechos, por tender a igual finalidad, o sea a la preferencia que aquéllas conceden en algunos casos a determinadas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida, de tal suerte que, a quien tiene el derecho de tantear, asiste también el de retraer, porque si así no fuera y se concediese el tanteo sin el retracto, podría fácilmente eludirse, por el obligado, el aviso, y quedar sin efecto la preferencia, para conseguir la cual, puede ejercitarse la acción lo mismo ofreciendo el tanto antes de la consumación de la venta, que intentando el retracto de la finca vendida». Aparte algunos errores de tecnicismo (al decir «rescindir» se quiso sin duda aludir a la resolución de la venta originaria, pero eso tampoco es exacto, como veremos más adelante al estudiar los efectos del retracto), en lo fundamental, por cuanto se estiman unificados «ambos derechos», la resolución merece toda clase de plácemes. En el mismo sentido unificador se produce la Sentencia de 19 de noviembre de 1931.

(33) La Partida 1.<sup>a</sup>, Tit. 1, Ley 13 dijo ya que «el saber de las leyes non está solamente el aprender a decorar las letras dellas, más el verdadero entendimiento dellas», y que, para «entenderlas bien e derechamente» había que tomarlas «a la más sana parte e más provechosa».

(34) Una Sentencia del T. S. de 29 de diciembre de 1928 dijo ya que para interpretar las leyes hay que atender «a sus relaciones de concordancia entre sí y con los de aquellos cuerpos legales que afecten a la misma materia», agregando las de 31 de octubre de 1928, 23 de marzo de 1929 y 23 de junio de 1940 que es necesario combinar y armonizar los preceptos de las leyes (analogía iuris).

(35) La técnica alemana los denomina, por eso, «derechos mediatamente pertenecientes». Enneccerus II, 1.<sup>a</sup>, p.<sup>a</sup> 301.

(36) Rafael Atard: «Alguna de las construcciones jurídicas que exige el desenvolvimiento técnico de nuestro sistema hipotecario». Anales de la Universidad de Valencia. Cuaderno 26.

(37) Al hablar de los retractos legales no nos referimos nunca al caso del crédito litigioso, porque en él no opera la característica subrogación, sino que el crédito se extingue, por confusión, al adquirirlo el propio deudor.

(38) Sabido es que, para muchos autores, la nota esencial, característica de los derechos reales, es su posibilidad de hacerse efectivos contra cualquiera («erga omnes»); es indudable que esa nota se da en todos los derechos reales (y en general en todos los absolutos), pero no es la que los define mejor, por su carácter negativo y externo; lo que mejor los distingue es la nota interna de su «inmediatividad», esto es, la posibilidad de ejercitarlos, sobre la cosa, sin mediaciones extrañas. Pensando así no podemos otorgar al arriendo naturaleza de derecho real, mientras, subsistiendo el precepto que contiene el artículo 1.555 número 3.º del Código civil, sea obligación del arrendador mantener al arrendatario en el goce pacífico de la ccsa arrendada. Pensemos, además, en el supuesto de que el arrendatario fallezca sin que existan las personas a quienes las respectivas legislaciones especiales otorgan facultad para continuar disfrutándolo, o en la posibilidad de que el arrendador reclame, para sus necesidades, la ocupación y disfrute de la finca, y ello nos hará considerar que no es tan completo el requisito de oponibilidad que tanto se decanta para estos arrendamientos de tipo social.

(39) Tanto para gozar del derecho de retracto como de la protección que el arrendamiento otorga al titular del disfrute, es necesaria la existencia de un título arrendaticio, de los regulados y protegidos por la legislación especial, para impedir que esa favorable situación se aproveche por otra clase de poseedores (Sentencias de 16 de octubre de 1940, 11 de junio de 1945, 26 de noviembre de 1946 y 25 de abril de 1947).

(40) Sentencias de 19 de enero de 1944 y 2 de febrero de 1946.

(41) Sentencia de 1.º de enero de 1944.

(42) La exigencia de «precio cierto» no es requisito esencial para que exista un arriendo de fincas rústicas, a la vista del art. 1.º LAR (Sentencia de 6 de febrero de 1946).

(43) «...no puede excluirse al aparcerero trabajador de la facultad de retraer la tierra que labra, porque el retracto no se origina, ni puede estorbarlo el sistema de contratación, sino que se funda en el derecho no gratuito a explotar temporalmente finca rústica ajena que, por título oneroso, cambie de dueño (Sentencias de 3 ab. 1944, 9 nov. 1945 y otras).

(44) Los subarrendatarios no tienen derecho al retracto, porque no se le otorga ningún precepto expreso de la ley; la disposición adicional 3.ª de la de 23 de julio de 1942, permitiéndoles convertirse en arrendatarios, les da sólo un derecho en potencia que les faculta para exigir al propietario la formalización de un

contrato de arriendo, pero, hasta que llenen este requisito, no son verdaderos arrendatarios ni pueden, por ello, ejercitar los derechos derivados de esa cualidad (Sentencia de 27 dic. 1944).

(45) Pese a la fórmula empleada por el art. 1.º de la Ley de 23 de julio de 1942, siguen al margen de esta legislación los arriendos de parientes, no sometidos por ellos, expresamente, a este régimen, y, por eso, tales arriendos (a que se refiere el párrafo 3.º del art. 1.º LAR de 1935) no dan derecho al retracto (Sentencia 22 de noviembre de 1946).

(46) Ese criterio restrictivo para lo «odioso» se desprende de la doctrina que sientan las Sentencias de 11 de marzo de 1911, 7 de noviembre de 1940 (Sala 1.ª) y otras varias.

(47) Porque sólo da derecho a un arrendamiento futuro, y el estado potencial que reviste, antes de que desemboque en dicho arriendo, hace el caso asimilable al recogido en la nota (44).

(48) «El retracto arrendaticio... verdadera innovación en su clase, parece evidentemente conferido para el arrendatario que lo fuera en el momento que tenga lugar la transmisión onerosa de la finca arrendada...; pero... el art. 16, ni contiene precepto que autorice se entienda precisa la subsistencia del arriendo en el instante en que se ejercite la facultad de retraer, pues a ese instante no alude, sino que, naturalmente, se refiere al del surgimiento del derecho que declara, ni cabe suponerlo condicionado a tal permanencia arrendaticia, ya que ello le supeditaría al arbitrio posible del arrendador, absurdo incompatible con su concesión, en tal caso enervada; y, por tanto, aún cuando el arrendamiento *hubiera llegado a término* antes de la acción de retracto, ésta, mientras no haya prescripto, pervive eficazmente no obstante aquella terminación, que es incapaz de ocasionarla también respecto al derecho nacido en su vigencia y no ligado a ella» (Sentencias de 13 de mayo de 1940, 12 de mayo de 1941, 3 de agosto de 1939, 30 de julio de 1942, 17 de mayo de 1945, 11 de junio del mismo año y otras).

(49) V. nota anterior.

(50) No es obstáculo para el retracto el que el arrendatario infrinja sus obligaciones, legales o contractuales, al ejercitar la acción, pues no media nexo de reciprocidad entre ambas conductas, incluso si el colono deja de pagar la renta (Sentencia, Sala 5.ª, de 23 Octubre 1946).

(52) En aplicación del párrafo 6.º art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, es absolutamente imprescindible que los colonos de *todas* las parcelas en que se divida la finca enajenada ejerciten, a la vez, el retracto (Sentencias de 17 de junio de 1944, 31 de enero de 1947, 23 de enero de 1948, 21 de junio del mismo año, etc.), sin que baste, a ese efecto, con que planteen la demanda, si posteriormente desiste de su acción alguno de ellos (Sentencias de 9 de marzo y 3 de abril de 1945).

(53) Se cumplen las exigencias legales del art.º 16, en el caso de una finca cedida en arriendo a varios arrendatarios en parcelas, cuando, todos ellos constituyen una sociedad para retraer; y la existencia de esta sociedad, a la que viene así a transferirse el dominio de todas, no implica, tampoco la enajenación de la

finca retraída, antes de los seis años, que prohíbe y obstaculiza el retracto en el mencionado precepto (Sentencia de 3 de abril de 1945).

(54) La explotación en común no está prevista en el art.º 16 LAR (Sentencia de 13 de mayo de 1940), por lo que no es preciso que todos los comuneros entablen el retracto para que éste prospere, porque la restricción impuesta a los parceleros ha de ser interpretada restrictamente, ya que, de otro modo, se frustraría el propósito del legislador de facilitar el acceso a la propiedad, de los pequeños cultivadores, porque las excepcionales limitaciones de un derecho no pueden ampliarse, y porque, además, esas restricciones nada favorecen al propietario que no tiene verdadero interés, apoyado en ellas, para oponerse al retracto (Sentencia 17 Marzo 1945).

(55) Sentencias de la Sala 1.ª fechas 30 junio 1942, 20 febrero de 1943, 19 de febrero de 1945 y otras.

(56) El retrayente puede justificar la cualidad en que basa su acción por cualquiera de los medios admitidos en derecho (Sentencias de 12 de marzo y 17 de mayo de 1898, 7 de julio de 1909, etc.), bastando, incluso, con demostrar la posesión para los retractos que implican dominio en quien los ejerce (Sentencias de 8 de marzo de 1901, 27 de noviembre de 1906, 10 de enero y 25 de febrero de 1914 y otras). Con referencia concreta a los retractos especiales arrendaticios, una Sentencia de la Sala 5.ª declara: «La apreciación de la suficiencia o insuficiencia de los títulos para hacer posible el retracto es facultad discrecional de los Tribunales, sólo condicionada por el designio de procurar *alguna justificación*, en ningún caso tan cumplida y rigurosa que pueda frustrar, por lo agobiante del plazo para retraer, las legítimas expectativas de los actores (fecha 13 de julio de 1945). Por lo que se refiere a los arrendamientos urbanos, la Sala 1.ª en Sentencia de 23 de marzo de 1949, declaró, también: que el precepto contenido en el n.º 3.º del art.º 1618 de la Ley de enjuiciamiento civil, que previene que para la admisión de las demandas de retracto, deberá acompañarse justificación aunque no sea cumplida, del título en que se fundan, es una disposición de mera índole procesal y no requiere, además una prueba incontrovertible del título, sinó, como dice la Ley, «alguna» justificación aunque no sea cumplida», bastando al efecto, el documento privado o cualquier otro medio de prueba para demostrar la existencia del contrato de arriendo, base del retracto.

(57) V. La Sentencia de la Sala 5.ª de 13 de julio de 1945 citada en la nota anterior, así como, también, las de 12 de marzo y 17 de mayo de 1898, también allí citadas.

(58) Como se ve la solución viene aconsejada por los mismos argumentos que para el retracto rústico recoge la Sentencia de la Sala 5.ª que se reseña en la nota (44).

(59) Porque sólo el que tiene esa propiedad puede subrogar en ella el retrayente.

(60) R. Gayoso—Rev. Derecho Privado Tomo VI pág. 358. Vid. nota 152.

(61) Sentencias de 11 de Octubre de 1905, 14 de mayo de 1902, 20 de enero y 16 de febrero de 1917, 24 de diciembre de 1920 y otras muchas.

(62) García Royo: Arrendamientos rústicos I, pág. 267, y Arrendamientos urbanos I, 764.

(63) La Sentencia de 11 de Octubre de 1905, justifica la necesidad de demandar a los subadquirentes, con las siguientes frases literales, en dos de sus Considerandos: «Que la acción de retracto es fundamental y esencialmente de carácter real, porque su objeto es adquirir la propiedad de una finca vendida por el primitivo dueño a un tercero, adquisición que no puede lograrse sinó de quien la tenga en su poder a título de dueño, y porque resultaría ineficaz el mero derecho declarado a favor del retrayente si el demandado no pudiera hacer entrega de la cosa por no estar ya bajo su dominio, ni cumplir con ninguna de las obligaciones de subrogación que son consecuencia del éxito de la acción de retracto».—y «que esto supuesto es forzoso que la demanda se dirija conjuntamente, no sólo contra el primitivo comprador, sinó contra el que, por compra posterior, haya adquirido la finca objeto de retracto, por no ser lícito declarar la «rescisión» de las sucesivas enajenaciones a espaldas del segundo o tercer adquirente, ni haber términos hábiles para condenar al primero al cumplimiento de obligaciones que no puede cumplir, cual acontece cuando se ejercitan acciones reivindicatorias, si se dirigen contra quien no tiene en su poder la cosa que se trata de reivindicar, por haber salido de su dominio».—Como se vé, en esta Sentencia (con doctrina que ha sido confirmada por otras varias), aunque se emplea con impropiedad el término «rescisión» (claramente se alude a «resolución»), se percibe, claramente, el motivo de estar presentes en estos procesos los subadquirentes: el de «no ser lícito declarar la rescisión de las sucesivas enajenaciones a espaldas de ellos, «pretensión ajena a la específicamente retractual—adquirir la finca—para lo que se demanda al primer comprador, siendo necesario, para que él cumpla sus obligaciones de subrogación adquisitiva con el retrayente, que se verifique la resolución de las transmisiones ulteriores.

(64) Sentencias de 11 de Octubre de 1905, 14 de mayo de 1902, 20 de enero de 1917 y demás Sentencias citadas en la nota 61.

(65) Ib. id y 31 de mayo de 1918, 7 de mayo de 1927.

(66) 3 junio 1867.

(67) Vid. nota 64.

(68) La doctrina de las Sentencias de 10 de mayo de 1904, 11 de octubre de 1905 y 8 de junio de 1906 es aplicable al caso de que el demandante tenga conocimiento de la segunda venta concertada entre el demandado y una tercera persona, no cuando el retrayente ignora, durante todo el período expositivo del juicio, la existencia de la segunda venta (Sentencia de 7 de mayo de 1926).

(69) Se ocupan de ellos Enneccerus, Nipperdey, en su obra Derecho civil, I, 306 y 312.

(70) «La exigencia del párrafo sexto se llena con el ejercicio de la acción de retracto por todos los arrendatarios y aparceros de la finca vendida, aunque existan en ella pequeñas porciones de terreno yermo y bosque no dados en explotación a título arrendaticio; circunstancias que ni quiebran la unidad orgánica que la finca constituye, que se retrae íntegramente, y, también por entero se paga el

precio en su totalidad, ya que entenderlo de otro modo haría por completo ineficaz el derecho de retracto, con sólo que el propietario dejara sin arrendar una pequeña parcela de la finca (Sentencia de 2 de diciembre de 1941).

(71) Si de la prueba aparece que no se trata de fincas rústicas, sino de solares edificables, no puede prosperar el retracto, porque, según el art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, sobre tal clase de fincas ha de recaer la transmisión que origine el derecho a retraer (Sentencias de la Sala 5.<sup>a</sup> de 11 y 14 de diciembre de 1945).

(72) Para que el retracto prospere es necesaria la identificación material de la finca que se retrae y la jurídica nacida de la relación arrendaticia (Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 6 de junio de 1947).

(73) El retracto no alcanza a todas las cosas comprendidas en una escritura de venta, sino sólo a las que pueden ser objeto de retracto (Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de 13 de abril de 1896). La subrogación no obliga al retrayente a adquirir también una finca urbana objeto de la misma enajenación, cuando la venta se hace individualizando fincas y precios y cuando, además, la urbana no es accesorio que autorice a variar su calificación (Sentencia Sala 5.<sup>a</sup> de 21 de noviembre de 1945). El art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 no impone al arrendatario que quiera retraer la obligación de que lo haga de todas las fincas arrendadas que se enajenen, como hace cuando se trata de la totalidad de la finca cedida en parcelas a distintos arrendatarios; y al no imponerle esa limitación, cuando no conste exista unidad de finca entre las varias enajenadas, es visto no hay fundamento legal que justifique el que se pongan obstáculos a los arrendatarios modestos, con escasos medios económicos, para que puedan elevarse a la condición de propietarios cuando sus recursos no les consientan adquirir todas las fincas vendidas que llevan ellos en arrendamiento y tengan que reducir sus pretensiones a algunas de ellas; siempre que no existan otros motivos que impidan la necesaria subrogación (Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 16 de diciembre de 1946). Vid. en nota 6 la Ley 71 de Toro.

(74) Se da el derecho de retracto (se refiere a los comunes), no solo en las enajenaciones a títulos de venta, sino por causa distinta de ella, pero a título oneroso análogo a la misma (Sentencias Sala 1.<sup>a</sup> de 11 de marzo de 1902, 30 de diciembre de 1927 y otras). Asimilan al caso de venta también con relación a los retractos comunes, el de adjudicación en pago, la Sentencia de 9 de enero de 1915 y las Resoluciones de 10 de agosto de 1918, 13 de diciembre de 1934 y 7 de febrero de 1941. «El legislador en derecho social viendo que la Economía Nacional no se satisfacía con el retracto condicionado según los distingos de la legislación antigua, y tratando de crear uno adaptado al concepto «social» del derecho para arrendamiento de fincas rústicas, sustituyó la dicción—posiblemente limitativa—del art. 1.521 cc. por otra que, indiscutiblemente, disipa toda duda, cual es la de que *este especial retracto procede en todo caso de transmisión a título oneroso* (Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 11 de junio de 1945).

(75) Consignan precisamente esas frases la Sentencias de 11 de junio de 1945—última de las recogidas en la nota anterior—y la de 12 de febrero de 1944.

(76) La eficacia legal del retracto no puede quedar a merced de formas o modos de transmisión por los cuales podría burlarse fácilmente (Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> de 5 de febrero de 1909 y 6 de diciembre de 1918). Esta doctrina se recoge especialmente en otra Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 25 de junio de 1948. Puede también citarse, a este respecto la doctrina, reiteradísima, de que, la denominación que le den los contratantes al contrato, no influye sobre su verdadera calificación (Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> de 9 de mayo de 1925, y de la Sala 5.<sup>a</sup> de 1 de julio de 1941, 18 de marzo de 1942 y 18 de marzo de 1945).

(77) La dación en foro constituye una enajenación sino de todo, al menos de parte del dominio en la cosa, pues el útil se transfiere a tercero con la facultad de disponer de él, por lo cual procede el retracto cuando se da en foro una finca (Sentencia de 16 de octubre de 1873). Lo mismo ocurre cuando se da la finca a censo reservativo que es como la venta o enajenación (Sentencias de 9 de marzo de 1893 y 11 de junio de 1902). Por su parte la Sala 5.<sup>a</sup> ha declarado que en caso de transmisión separada de los dominios directo y útil, o de la nuda propiedad, tan pronto se transmiten, debe admitirse el retracto sin esperar a que, en ese supuesto, se consolide con la nuda propiedad el usufructo (22 enero 1947).

(78) Véase la Sentencia de 22 de enero de 1947, Sala 5.<sup>a</sup>, reseñada en último lugar de la nota anterior.

(79) La Sentencia de 1.<sup>o</sup> de marzo de 1948 (Sala 5.<sup>a</sup>) desestimó un retracto por defecto de consignación; pero es muy interesante, aunque no se razone ese criterio, porque implícitamente viene a admitir la posibilidad del retracto para el caso allí ventilado de una aportación de finca rústica a una Sociedad, estimando como precio subrogable el valor de las acciones que recibió el aportante, cuyo valor coincidía con la tasación que, en el contrato, dieron las mismas partes a esa finca.

(80) El retracto procede, tanto en el supuesto de transmisión total del derecho de propiedad, como si lo enajenado es una fracción o cuota de ese derecho, con tal que concurran los demás requisitos del retracto arrendatario urbano; así lo demuestra: a) la interpretación finalista de la norma (la adquisición de la participación vendida, permite, por sucesivas adquisiciones, o por uso de facultades derivadas del condominio, llegar a propietario único del piso); b) la ponderación única del efecto técnico-jurídico del retracto (ya que nada impide su subrogación en la venta base del mismo); c) el evitar posibles fraudes legales y d) una interpretación analógica de los preceptos de la legislación sobre arrendamientos rústicos (autorizada por el art. 63 LAU) (Sentencia de 27 de noviembre de 1947, Sala 1.<sup>a</sup>, comentada en *Rev. de Derecho Privado* de 1949; p.<sup>a</sup> 248).

(81) En la nota 6 queda recogida la Ley LXXII de Toro permitiendo, expresamente el retracto de abolengo en los casos de que la finca se «vendiere fiada», obligando, entonces, al retrayente, a que pague lo mismo que haya entregado el adquirente («el pariente más propinquo la pueda sacar por el tanto, asimismo *fiada...*», con tal de que «dé fianzas bastantes a vistas de nuestra justicia, que pagará los maravedís, porque así fuere vendida, *al tiempo que el comprador estaba*

obligado». La Sala 5.<sup>a</sup> ha declarado, también, esta procedencia en las Sentencias de 11 de diciembre de 1940 y 12 de mayo de 1945, al menos cuando exista una garantía real sobre la misma finca para asegurar el precio aplazado, y con tal de que haya habido transferencia del dominio, por tradición u otra forma, con lo que vemos continúa las orientaciones de nuestro derecho histórico. Sin embargo el Notario Don Luis Figa Faura, critica la solución, principalmente por entender que, en todos los supuestos de precio aplazado, el contrato se celebra «intuitu persona», y en que realmente no hay completa transferencia dominical mientras no se pague todo el precio convenido. Estimamos equivocado su criterio dada la generalidad con que lo anuncia, sobre todo en relación a los supuestos de hecho de la Sentencia de 11 dic. 1940, a que él se refiere; pero tiene sugerencias muy estimables que pueden consultarse en Rev. Der. Privado 1948, página 880.

(82) Ya la Sala 1.<sup>a</sup>, por sentencia de 7 de junio de 1915 había dicho: Naciendo el derecho de retracto desde el momento en que la venta se realiza es indudable que, aunque se hiciese con pacto de retro, como no obsta tal pacto al ejercicio de aquel derecho, debe contarse el tiempo para ejercitarlo desde la venta y no desde que se hiciese inatacable por el transcurso del plazo de retrocesión. Insistiendo en el mismo criterio, la misma Sala, en Sentencia de 20 de mayo de 1943 (Vid. Rev. Der. Priv. del mismo año, p.<sup>a</sup> 437), declara: La doctrina más reciente y extendida establece como punto de partida del cómputo, para el retracto legal, del plazo de 9 días, el conocimiento, por el retrayente, de la consumación de la venta, por tradición real o ficta, y este criterio es aplicable a la venta con pacto de retro, por lo que no debe quedar excluido del ejercicio de la acción de retracto legal el plazo de duración del pacto de retroventa.

(83) Aunque en la escritura originaria mediara un mandatario, sin poder bastante, a nombre del vendedor, la falta de ratificación de éste, cuya necesidad no fué pactada, no puede oponerse al retrayente por el comprador, porque «para producirse la ineficacia o inexistencia jurídica del contrato por defecto o vicio en su requisito esencial del consentimiento, precisa que el interesado lo acredite accionando a fin de que aquélla se proclame, sin que baste oponerlo a tercero, que, como tal, no hubiere participado en el contrato, porque esto permitiría el doble juego, inaceptable, de que el propio contrato apareciera eficaz y subsistente respecto al otro contratante y lo contrario en cuanto a quien no hubiera intervenido en su acto». Por otra parte, el supuesto planteado no fué de negativa u oposición de la autorización o mandato para realizar la compra, sino de la necesidad, que se dice de que, por ser verbal, había que ratificarse, y, respecto a ésto, no tienen verdadera relación los preceptos que se citan como infringidos (Sentencia Sala 5.<sup>a</sup> de 21 de noviembre de 1945).

(84) El derecho a retraer nace al celebrarse la venta y desaparece al anularse el contrato o rescindirle por causas legales, pero no si la nulidad o rescisión se debe a la voluntad de las partes (Sentencia de 12 oct. 1912). Ver nota anterior, con la misma doctrina sostenida por la Sala 5.<sup>a</sup>. Mas adelante nota 98.

(85) Aunque se trate de venta de derechos, si éstos implican transmisión onerosa de inmueble rústico, sería procedente el retracto (Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 19 de noviembre de 1948).



(86) Realmente se asemejan a la dación en pago; y sabido es que el Supremo admitió la equivalencia con la compraventa, ya en su sentencia de 31 de mayo de 1899, al decir que «las daciones en pago, por medio de transacción, están incluidas en este art. (el 1.521) si puede conocerse el precio que impliquen, ya se realice aquella voluntaria o necesariamente, como si, por consecuencia de deudas, es declarado en quiebra y la sindicatura cede el dominio a un tercero».

(87) Ver en nota 4 Fuero Real.—El Tribunal Supremo había negado, reiteradamente para los retractos comunes, la posibilidad de originarlos a las permutas (Sentencias de 9 de julio de 1903 y 14 de mayo de 1912).—Pero la admite la Sala 5.<sup>a</sup>, en transcendentalísima Sentencia, de 11 de junio de 1945 (ratificada, después, por la de 1.<sup>o</sup> de diciembre de 1947), cuyos Considerandos más destacados, a este respecto, dicen así: «No obstante los precedentes exegeticos que quedan expuestos (artículos 1521, 1445, 1446, 1541 y 1581 del Código civil), el legislador en derecho social, viendo que a la economía nacional no satisfacía el retracto condicionado según los distingos anotados, y tratando de crear uno adaptado al concepto social del derecho para el arrendamiento de fincas rústicas, sustituyó la dicción, posiblemente limitativa, del art.º 1521 del Código civil, por otra que indiscutiblemente disipa toda duda, cual es la de que, este especial retracto, procede en todo caso de transmisión a título oneroso: cuando en el concepto «precio» del artículo 1446, en relación con el 1521 y con la obligación de reembolso impuesta en el 1518, temió hallar base para que perdurara la doctrina que excluía la posibilidad del retracto de aquellas transmisiones onerosas en que el precio no actuara en el sentido de los citados artículos—«valor en cuenta»—, cuidó de que tal posibilidad desapareciera, y, al efecto, buscando fórmula que, por su generalidad, concordara con la también genérica atrás citada, dió al concepto «precio» su concepción lógica de «valor», resultando, de este modo, reconocidas, en el párrafo primero del artículo 16, «transmisiones a título oneroso» de dos tipos, a efectos de la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto arrendaticio y modo de realizar el reembolso, ordenando en el párrafo primero del artículo 1518 del Código civil, en relación con el párrafo primero del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, que lo creó y dió forma de ejecución: uno en metálico (generalmente compra y venta); otra igual transmisión, pero efectuada a medio de «prestación» distinta al metálico (transmitente y adquirente); para el primer caso reembolso de metálico en cantidad cierta y convenida; en el segundo entrega del «valor de la finca», estimado como ciertamente compensatorio. Que sin duda esto ha sido el propósito del legislador, resulta comprobado si se atiende a que, el último inciso del párrafo primero del artículo 16 citado, refiere la modificación al modo de reembolsar, lo que en el párrafo primero del 1518 se designa con el nombre de «precio»; pues los demás conceptos reembolsables «gastos y pago» subsisten en el artículo 16 en los casos que se expone «en que consiste» el nuevo derecho, carecerían de sentido y eficacia práctica, y el retracto arrendaticio sería una construcción deleznable, susceptible de ser burlada mediante el artificio de un supuesto cambio de cosas, no obstante contenerse en este pretendido cambio la «transmisión onerosa», base fundamental y tipificadora, por la ex-

tensión del supuesto, del nuevo retracto legal».—El empleo de las palabras «comprador» y «vendedor» que contiene el precepto no permiten estimarlo reducido a la compra-venta, porque si así fuera resultaría aún más limitado el desahucio sobre fincas rústicas que el ordinario del código civil (extendido, también, a la dación en pago), cuando del resto del contexto claramente se infiere que al decir «vendedor» se quiere significar «enajenante», y al referirse al «comprador» se alude al «adquirente».—El párrafo primero del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 explica, también, como la técnica de la subrogación en el caso de permuta no puede estorbar el ejercicio y cumplimiento del derecho a retraer, que el legislador tuvo en cuenta la objeción y la solventó, lo demuestra, además de las ya expuestas al razonar la generalidad y extensión de la frase «en todo caso de transmisión a título oneroso», las siguientes observaciones: 1.<sup>a</sup>.—La compra y venta es la forma legalmente típica de la enajenación por precio en metálico; por tanto, al admitir el precepto enajenaciones originarias de derechos a retraer, distintos de aquellas en las que interviene precio en metálico, evidentemente niega a la compraventa la condición de *único* antecedente del derecho a retraer, pues lo concede, además de a ella, a todas las demás enajenaciones en las que deja de intervenir, no sólo precio en metálico, sino (suprimida la redundancia), precio en su sentido técnico legal, porque éste conforme al art.º 1446, debe consistir, para el caso de compraventa, en dinero o signo que lo represente. Es, pues, la permuta de finca rústica un caso de enajenación onerosa en la que no media precio, con ocasión de la cual el arrendatario puede utilizar el derecho de retracto que concede el primer párrafo del artículo 16, y, consiguientemente, la subrogación y su modo actuaron como el precepto dispone; 2.<sup>a</sup> Tal subrogación obliga al adquirente en el primero de los supuestos del artículo, o sea el de enajenación onerosa por precio en metálico, a cumplir las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, mediante el reembolso determinado en el artículo 1518 del código civil (precio de la venta, gastos y pagos legítimos). En el segundo de tales supuestos, como no existe precio, pero si «prestaciones» en pacto bilateral, en muchos casos no reversibles y no representados por metálico ni valuados por las partes cuantitativamente, el reembolso, por definición expresa del último inciso del párrafo primero del repetido artículo 16, lo hizo posible el legislador para que la subrogación, y con ella su propósito, no fracasaran mediante «satisfacción del valor de la finca», y, en este sentido, con el abono, además de gastos y pagos legítimos, da por cumplido aquél y por perfecto este modo de subrogación».—«La sustitución de valor por finca, como modo de tener por lograda la subrogación, conviene a la actuación de este singular derecho de retracto desde su iniciación en el caso de permuta. Quienes se transfieren, mediante ella, el dominio de fincas rústicas, conocen, por preceptos legales, la intervención que, en la puesta en práctica de sus planes, tiene el arrendatario; pueden observar que la subrogación ha de verificarse del modo singularmente mandado para el caso de que la «enajenación no se hubiera verificado por precio en metálico»; si, no obstante ello, permutan el retracto arrendaticio cumplirá su cometido social sin sorpresa ni perjuicio para «quien adquirió por título oneroso

una finca rústica arrendada», sabiendo, o debiendo saber, que, sobre ella, actúa para tal caso, un derecho afecto inmediatamente a intereses individuales, pero mediatamente, y en todo caso, a conveniencia social. No interesa, al caso de autos, el análisis de las consecuencias, entre los permutantes, del éxito del retracto arrendaticio; basta consignar que, debiendo preveerlo, consintieron, y que el derecho del arrendatario lo garantiza la ley, y que la subrogación, en último término, mira al dominio, y que éste se transfiere mediante prestación compensatoria del que se pierde, como medio de satisfacer aspiraciones del derecho social arrendaticio.»

(88) Ya el Tribunal Supremo en una Sentencia de 5 de febrero de 1909 dió lugar al retracto por el dueño del directo cuando se ceden a un tercero los *derechos hereditarios* y existe entre los bienes una finca foral por equivaler la cesión a la transmisión por título singular de las cosas que comprende.—No se olvide, tampoco, la Sentencia citada en lo nota 85.

(89) Flórez de Quiñones, Rev. Derecho Priv. 1946, pág. 67.

(90) «*Quid si permutet cum alia re?—Did quod non requisitur consensus domini, vel requisitio de qua hic, imó si ne es potest permutare cum alio: et ex ratio, quia non potest consequi à domino rem, quam consequitur cum alio permutando...*» (Glosa 3, «LA VENDA», frase final).

(91) El T. S. ha declarado: Que el artículo 1521 sólo autoriza el retracto en casos de venta o dación en pago, y no, por consiguiente, cuando la adquisición es por permuta (Sentencia de 9 de julio de 1903); y que no procede el retracto en los casos de permuta (Sentencia 7 junio 1915).—Alguna vez declaró procedía el retracto en esa clase de contratos, pero era cuando «disimulaban» una venta; y así declaró: Si la segunda enajenación fué a virtud de permuta dándosele el mismo valor que a la primera de venta, procede el retracto porque, tal vez, para burlarlo, se acudiese a darle la forma de permuta (Sentencia de 14 de mayo de 1912). Reiterando, también, que cuando se dió al contrato el nombre de permuta, si se desprende que fué venta, procede el retracto (S. 30 mayo 1921, 9 mayo 1925, 30 diciembre 1927, etc).

(92) No faltó algún autor, y hasta de reconocido prestigio, que admitieron la procedencia del retracto en el caso de la permuta, bastante después de publicado el Código civil, aunque no fuera esa la corriente general. Citaremos a Ignacio de Casso que, en un comentario jurisprudencial en la Revista de Derecho Privado alrededor de la Sentencia de 7 de junio de 1914 (año 1915, pág. 306) discrepa del T. S. y escribe: «Ante todo no hay precepto en el Código civil que se oponga a que el retracto legal se ejercite tratándose de una permuta, y, en cambio, existen otros que parecen implícitamente autorizarlo. Así el artículo 1541 consigna «en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título, la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la compraventa».—Entre las disposiciones que regulan la compraventa, aparece, en el Capítulo VI del Título IV, libro 4.º del Código civil, relativo a la resolución de aquélla, el régimen del retracto convencional y del *legal*.—De idéntico modo, el artículo 1522, al hablar de la procedencia del retracto legal de comuneros, habla de la ENAJENA-

CIÓN de la cosa sin distinguir entre compraventa y permuta; y el 1521 autoriza el ejercicio del retracto, aun en el caso de «dación en pago» de la cosa, lo que no se habría establecido de ningún modo si hubiera sido el espíritu de la ley restrictivo en cuanto a la enajenación, por el respeto que la dación en pago de lo debido, le impondría.—Y, finalmente, no es difícil encontrar reconocido y autorizado el derecho de retracto legal, en caso de permuta, en la misma doctrina del Tribunal Supremo; y así, sin haber realizado una búsqueda muy detenida, hemos tropezado, en efecto, la Sentencia de 8 de junio de 1906, en la que se permite tal retracto, estableciendo que la acción debe dirigirse contra el permutante adquirente.—Por todo ello estimamos que la afirmación que ahora hace la Sentencia de 7 de junio último, deberá ser rectificada en la primera ocasión propicia y no sentará precedente, *manifiestamente contrario al espíritu de nuestra legislación civil e injustificado por otros motivos teóricos o prácticos*.

(93) Una totabilísima resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de agosto de 1925, declara: «el acto en cuya virtud un coheredero enajena la porción hereditaria de que es titular a un extraño, no transfiere al adquirente la cualidad de coheredero, por más que el cedente se halle obligado a responderle de ella, ni la de titular futuro de los bienes y derechos que hayan de corresponder al mismo en la partición, sino que provoca una transmisión presente de fuerza intermedia entre la sustitución total de una persona por otra y la venta de cosas futuras, que, sin privar al coheredero de su condición de tal, coloca al comprador en situación de aprovechar y ejercer directamente cuantos derechos y facultades transmisibles correspondieran al coheredero mismo en el patrimonio relicto».—Comentando esta luminosa doctrina del citado Centro directivo, ROCA SASTRE (Derecho Hipotecario, II, 583 y sigte.) dice que «en la cesión del derecho hereditario no se produce, a diferencia de otros casos, una completa o absoluta subrogación en la titularidad de la cosa enajenada, y que si bien el cesionario adquiere el contenido económico del derecho hereditario (quedando el verdadero heredero, «excedente», como graficamente él dice) *solo adquirirá lo que al cedente se le adjudique al verificarse la partición*».—Vid. nota 88.

(94) Ya había negado la posibilidad retractual a la transmisión de usufructo, para el derecho común, la Sentencia de 24 de enero de 1928. E insistiendo en ello, la Sala 5.<sup>a</sup> en Sentencia de 3 de marzo de 1944, declara: «la finalidad inspiradora del otorgamiento de este retracto de facilitar el acceso a la propiedad de la tierra a quien la trabaja, ciertamente, en vez de obtenerse, se malograría, si se entendiera que tal derecho incluye la transferencia del usufructo, pues, en su supuesto, el arrendatario que lo adquiere perdería esa cualidad al convertirse en usufructuario, y, consiguientemente, si llega el caso de transmitirse la nuda propiedad, ya no le sería posible retraer arrendatariamente, falto de una condición peculiar de arriendo y sólo por este dable...» Por ello se estimó inadecuada al retracto la cesión del usufructo.

(95) «Los conceptos transmisión a título oneroso y contrato de transmisión empleados en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, sintetizan con exactitud la extensión lógica y jurídica que el legislador dió a tales expresiones.

Asisten a esta noción inicial del derecho a retraer todos los exponentes de ideas complementarias de suceso susceptible de transmisión del dominio, entre ellas las de *perfección* y *consumación*, gracias a las que, por su conjunto, la transmisión pasa de potencia a acto. Este acto *consumado en concreto*, es el que la ley manda, sin excusas ni fórmulas que lo mixtifiquen, que se haga conocer al arrendatario, para que el nuevo retracto legal cumpla los fines sociales preconizados como de interés público. La notificación de actos preparatorios o de otros, cualquiera que sea su índole, tras los cuales queda en suspenso la nota de consumación afectada por condicionalidad de título, modo y tradición, no pasa del anuncio de mera *espectación* de contrato de transmisión, incapaz, entre tanto subsiste la contingencia, ni de originar para el arrendatario el derecho expedito a retraer, ni de impedírsele a título de remiso» (Sentencia, Sala 5.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 1944). La misma Sentencia añade: Para el ejercicio de la acción de retracto es de absoluta necesidad que la cosa que se retrae haya entrado en el dominio y libre disposición de la persona a quien se retrae, y, mientras eso no acontece, sólo existe un estado intermedio, al que van anejas acciones especiales para el cumplimiento de lo pactado, excluyente de la que nazca del verdadero dominio cuando éste se adquiere definitivamente, según lo exige el artículo 1521 del Código civil.—En el momento inicial del derecho de retraco es de absoluta necesidad que la cosa que se retrae haya entrado en el dominio y disposición libre de la persona a quien se retrae, ya que mientras esto no acontezca solo existe un estado intermedio...» (Sentencia Sala 5.<sup>a</sup>, 4 julio 1945). «Cuando se convalida un contrato inicialmente otorgado por quién no tenía la perfecta representación del transmitente, los efectos retroactivos que para tal evento prevé el artículo 1259 c. c. sólo afectan a los contratantes y no a los terceros a quienes la ley otorga un derecho dependiente de la transmisión dominical» (Sentencia Sala 1.<sup>a</sup>, de 2 de julio de 1950).

Con referencia al retracto en los arrendamientos urbanos ha dicho la Sentencia de 27 de noviembre de 1947, que la *consumación* de la venta es punto de partida para el retracto, no bastando su mera perfección.

Igual doctrina se sienta, recientemente, en las Sentencias de 9 de junio—Sala 5.<sup>a</sup>—y 2 de julio—Sala 1.<sup>a</sup>—ambas de 1950.

Lo mismo se había venido sosteniendo también, reiteradamente, para los retractos comunes (Sentencias de 10 de Octubre de 1901, 21 de diciembre de 1908, 19 de junio y 24 diciembre de 1920, 24 de junio de 1927, 24 de enero de 1928, 19 de diciembre de 1935, 20 de mayo de 1943, etc).

(96) Con respecto a los retractos rústicos, ha declarado, en efecto, la Sala 5.<sup>a</sup>: El contrato queda consumado únicamente con la primera escritura que es la que da origen al retracto; las que, más que aclaración, como las llaman el Notario y las partes, son de *rectificación* y de modificación esencial, no pueden influir en el derecho del retrayente, nacido anteriormente, a menos que se apoye en la segunda escritura, por haber transcurrido el plazo para retraer contado desde la primera, porque entonces no se puede apoyar en ella para lo que le favorezca y rechazar para lo que le perjudique (Sentencia de 13 de junio de 1949).

La mera aclaración del título inicial, o la constitución por otro independiente, de acto jurídico sin transcendencia para el derecho del retrayente, no afecta al retracto, cuyo origen hay que situar en la aludida transmisión inicial, desde cuya fecha comienza a correr el plazo preclusivo para retraer (S. 9 junio 1950, Sala 5.<sup>a</sup>),

Para los retractos comunes había declarada, igualmente, el Tribunal Supremo: Que la retroventa o nueva venta hecha por el comprador al vendedor, por conveniencia de los interesados y no por razón de nulidad o rescisión de la primera venta, no impide el éxito al retracto apoyado en la primera transmisión (Sentencias de 13 de abril de 1896 y 10 de mayo de 1904); que eso mismo sucede en casos de rescisión por lesión de la venta primitiva, tramitados o iniciados después de la demanda de retracto, y sin haber sido parte en aquel juicio el retrayente (Sentencia de 26 de febrero de 1926), o en cualquier otro motivo de ineficacia convenido por las partes en dicha primera transmisión, si no se apoya en causa legal (Sentencia de 12 de octubre de 1912). Puede verse la misma doctrina en las de 8 de junio de 1906 y 13 de marzo y 14 de mayo de 1912.

(97) Ver notas anterior y 144 que completan la materia con las Sentencias de 30 de marzo de 1909, 25 de febrero de 1914 y otras. Consúltese, igualmente, la nota 83, en la Sentencia de 21 de noviembre de 1945 que prevé especialmente este supuesto, en uno de sus incisos.

(98) Si un documento notarial no es mera aclaración de algún extremo obscuro sino que implica una declaración substancial e imprescindible del contrato complemento indispensable de la escritura inicial, el plazo debe contarse a partir del mencionado documento complementario (Sentencia de 25 de febrero de 1914). Ver en anterior nota la Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 13 de junio de 1949.

(99) Ya la Ley 70 de Toro (6) decía: «La ley del fuero que habla cerca de sacar el pariente más propinquo la cosa vendida del patrimonio por el tanto aya también lugar quando se vendiere en él a moneda pública, aunque sea por mandamiento de juez, y los nueve días que dispone la ley del fuero, se cuenten en este caso, desde el día del remate...» Era, entonces, congruente esa solución porque, como también vimos (5) para el Fuero Real, la raíz del cómputo no se contaba desde la verdadera transferencia patrimonial (ello solo había sucedido en los Fueros Municipales y Fuero Viejo), sino a partir de «que la heredad fue vendida». Aceptado hoy el carácter real de la acción retractual, las soluciones jurisprudenciales tienen que ser otras; y así se ha declarado, para los retractos comunes: No consumada la venta hasta que se otorgó la escritura, desde la fecha de ésta hay que contar el término, y no desde la subasta extrajudicial en que se adjudicó al comprador la finca y aunque a la subasta asistiera y en ella pujara el retrayente (Sentencia de 10 de octubre de 1902). La misma doctrina se ha sostenido con respecto a los retractos urbanos en la Sentencia de 27 de noviembre de 1947, que agrega: el acto de la subasta y la entrega de un tanto por ciento del precio quedan en la fase de la perfección.

(100) En la enfiteusis foral no tiene razón de ser el retracto, en casos de falta de aviso previo de la venta, porque, entonces, surge el comiso. Para el retracto familiar rige en Navarra la Novísima Recopilación, por lo que pueden consultarse notas 5 y siguientes.

(101) Sólo, que sepamos, lo aplauden Reyes y Gallardo («Ante la Novísima Ley de Arrend. Urbanos», página 81), quienes, sin razonarlo, se limitan a decir, sobre el particular: los tres supuestos en que el retracto puede tener viabilidad, son *tan lógicos* que apenas exigen explicación».

(102) Márquez: Revista de Derecho Procesal, año de 1946, pág. 189 y sig.

(103) En Revista de Derecho Privado, año de 1919, pág. 339.

(104) Guasp: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil», Tomo I, página 822.

(105) Enneccerus-Nipperdy: «Derecho civil», Tomo I, volumen 2.º, pág. 490. El mismo autor agrega: «La prescripción se refiere únicamente a las pretensiones, nunca a los derechos, que no son pretensiones. Por tanto, si, como es frecuente otros derechos, especialmente los derechos «potestativos», están vinculados a un plazo, se tratará siempre de caducidad». Habla también de los llamados «plazos mixtos de caducidad», a los que son aplicables algunas de las causas previstas para la suspensión de prescripciones, u otras especialmente establecidas para ellos.

(106) Así: Castán, De Diego, Pérez González y Alguer, etc.

(107) Entre ellos: Serrano, Silva, Guasp, Prieto Castro, Márquez Caballero, etc. El mismo Míguel y Romero, también, porque dice que, si no se ejercita el retracto en el plazo legal, «no es que prescriba, sino que se *da por no nacido*».

(108) El Tribunal Supremo había declarado: Que el término del retracto no es procesal, sino de prescripción de acciones (Sentencias de 8 de abril de 1920 y 13 de junio de 1921). Vino a mantener ese criterio, reiteradamente, en cuantas Sentencias, anteriores a 1940, razonaban la posibilidad de iniciar el retracto por medio de acto de conciliación, «porque éste *interrumpía la prescripción* para ejercitar el retracto» (entre otras 13 junio 1921, 21 de febrero de 1931, 12 de junio de 1936, etc.) También se declaró que era prescriptivo el plazo concedido para reclamar contra los accidentes del trabajo (Sentencia de la Sala de lo Social de 10 de noviembre de 1925) y que tenía esa misma significación el concedido para la acción hipotecaria (Resoluciones de 16 de marzo de 1881 y 21 de agosto de 1895). Es más, una reciente Sentencia de la Sala de lo Social, de 13 de mayo de 1940, tiene una frase en su considerando 3.º, que parece favorable a la tesis de la prescripción y al criterio restrictivo con que debe computarse el plazo retractual para los arrendamientos rústicos, pues dice literalmente: «No puede admitirse que lo establecido con el propósito, que se expresa, de que se *conserv*e el derecho, sea interpretado en el sentido de que lo pierda antes».

(109) Ver sentencias de 13 de junio de 1921, 21 de febrero de 1931 y 12 de junio de 1936 citadas en la nota anterior.

(110) «Ante la perentoriedad del término señalado, así en la Ley de enjuiciamiento, como en el Código civil, para el ejercicio del derecho de retracto, la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, con marcada reiteración, entre otras, en Sentencias de 13 de junio de 1921, 4 de octubre de 1927, 30 de abril de 1940, 16 de enero, 7 de junio, 16 de octubre, 13 de noviembre de 1945, y las que en ellas se citan, explica como se armonizan los textos legales que imponían aquella perentoriedad con los artículos 1.973, 1.974, aplicables a las acciones, y 479 de

la Ley rituaria civil, distinguiendo al efecto entre el ejercicio del derecho y la subsistencia de la acción cuya puesta en práctica aquel ejercicio inició, y después de afirmar que la conciliación es medio pertinente para ejercitar derechos y entre ellos el de retracto (Sentencia de 30 de abril de 1940 y las que en ella se citan) una vez que, a tal medio se acude dentro del plazo legalmente preterminado, la condición perentoriamente impuesta queda cumplida y la acción que el acto conciliatorio inicia procesalmente debe seguir la suerte adecuada al medio electo, o sea la dispuesta en los artículos 1.973, 1.947 y 479 atrás citados, sin que obste a ello (cuando la dicción legal lo permita) la distinción entre caducidad y prescripción, porque la oportunidad en la presentación de la demanda conciliatoria ejercitando el derecho sometido a término perentorio deja a salvo, para estos casos, las razones que diferencian los conceptos «caducidad» y «prescripción» y las consecuencias de tal distinción derivadas, y a la vez se respetan los especiales efectos concedidos por el legislador al acto conciliatorio en cuanto atañen al tiempo en que a la acción inicialmente ejercitada no le ha de dar forma procesal adecuada y congruente con el estado subsiguiente al de avenencia frustrada, a fin de que el derecho del que la acción emana, perdure durante dos meses, y después de vencidos, *haya de entenderse—según los casos—caducada o levantada la suspensión del proceso prescriptivo*». (Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup>, fecha 24 de junio de 1946). La Sentencia de 31 de enero 1950, habla expresamente de caducidad. Y la de 5 de mayo 1950 (Sala 5.<sup>a</sup>) de término preclusivo.

«La doctrina de este Supremo Tribunal respecto al modo de demandar en juicios de retracto, reiteradamente viene sosteniendo»... las mismas conclusiones: «así la Sentencia de 16 de octubre de 1920, razonó que no habiendo comparecido el recurrente ejercitando la acción en la forma expresa que la ley señala, no debe tenérsele como retrayente; dijo también, en Sentencia de 13 de noviembre de 1894, que procede casar la Sentencia que estima el retracto demandado con incumplimiento de cualquiera de los requisitos impuestos en el artículo 1618 de la Ley de enjuiciamiento civil; reiteran igual doctrina las Sentencias de 4 de octubre de 1907, 7 de febrero de 1924, 2 de marzo de 1925 y 30 de junio de 1941, revelando la uniformidad y constancia de tales decisiones que *la jurisprudencia vió siempre en el juicio de retracto el modo cómo el legislador quiso armonizar el fin social, a que tiende el retracto legal, con la garantía de que esta institución no pueda convertirse en amenaza pendiente, durante tiempo indefinido, contra la subsistencia de actos traslativos de dominio y sus posibles derivaciones originarias de derecho de tercero*. Puede repetirse, en síntesis, respecto de este punto, lo que, a modo de recapitulación de sus fundamentos, dice la sentencia antes citada, de 30 de junio de 1941: Que las demandas de retracto legal presentadas sin acompañar todos los documentos, copias y demás requisitos que las leyes procesales exigen, son inadmisibles, y, por tanto, ningún efecto legal pueden producir».— «Como quiera que el fallo recurrido rechazó la excepción de haberse extinguido la acción retractual, por haberse ejercitado después de vencido el plazo que para su subsistencia señaló el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, lo infringe con notoria injusticia, en cuanto otorga un derecho que, por lapso de tiempo, ya no tenía vida



legal». (Sentencia de la misma Sala 5.<sup>a</sup> de 18 de noviembre de 1946). Ver nota siguiente.

(111) Así lo declaró la Sala 1.<sup>a</sup> en su Sentencia de 20 de marzo de 1925. Y la 5.<sup>a</sup>, en la de 18 de noviembre de 1946, citada en la nota anterior, tiene un primer considerando interesantísimo, que dice así: «CONSIDERANDO: Que en orden al segundo de los enunciados temas: que el plazo para ejercitar la acción de retracto no es procesal (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1920) afecta y condiciona substantivamente la vida del derecho del cual emana: por tanto, *ni la autoridad judicial, ni los interesados, pueden válidamente modificarlo, pues de otra suerte, el arbitrio de aquélla o la pasividad de éstos, bastaría para que la inestabilidad de determinada situación jurídica se prolongara indefinidamente y con duración distinta en cada caso, pero a cambio de olvidar que sobre aquél y ésta se halla la autoridad del precepto legal, que, como todos los reguladores del derecho de propiedad, han buscado los medios adecuados para evitar en él situaciones ambiguas, y el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, sumándose a tal aspiración, no quiso que la que regula se prolongara después de un mes posterior al momento en que la acción pudo ejercitarse, según las normas que, al efecto, estatuye» (Sentencia 18 de noviembre de 1946, Sala 5.<sup>a</sup>)*

(112) El Tribunal Supremo declaró ya, por Sentencia de 29 de noviembre de 1921, que no puede prosperar la demanda de retracto cuando, por haber sido inscrita en el Registro la escritura de venta no se consigna el precio sino que se ofrece consignarlo cuando fuere conocido, toda vez no cabe alegar dicho desconocimiento del precio ni dejar de consignarlo, *por ser público el Registro* y constar en el mismo inscrita la finca con determinación de ese precio. En 2 de diciembre de 1941, la Sala 5.<sup>a</sup> declaró que la inscripción en el Registro «por su publicidad, da al arrendatario la posibilidad y la garantía de ejercitar su derecho con pleno conocimiento de causa». Y la misma Sala 5.<sup>a</sup>, últimamente, en su Sentencia de 22 de octubre de 1949, ha vuelto a decir que: «la inscripción notifica «erga omnes» y plenamente los componentes biológicos del derecho retraible».

(113) Ver, entre otras, las de 29 de abril de 1943, 15 de junio del 1944, etc.

(114) Hernández Gil, comentario jurisprudencial en el Anuario de Derecho Civil correspondiente a 1948, alrededor de la Sentencia de 19 de enero de dicho año. En la Sala 1.<sup>a</sup> también hubo una evolución análoga a la que, en el texto, reseñamos ocurrida en la 5.<sup>a</sup>, sobre valoración de la inscripción comparativamente con el conocimiento logrado por otro medio, para raíz de cómputo retractual: Una 1.<sup>a</sup> Sentencia (de 9 de diciembre de 1907), sostuvo, para el retracto enfiteutico, que, habiendo inscripción, el plazo se contaba siempre desde ella, aunque se probara que, con anterioridad, había tenido conocimiento de la transmisión el retrayente. Pero, luego, se dijo que la inscripción sentaba una presunción (iuris et de iure) para el conocimiento existente a partir de su fecha, que impedía alegar otro conocimiento posterior, pero que permitía demostrar que se supo anteriormente, caso que iniciaría, en esa fecha anterior de conocimiento, el cómputo del plazo para retraer (Sentencia de 30 de junio de 1910, ya apoyada en otras anteriores—26 de noviembre de 1900, 14 de diciembre de 1905—etc.)

(115) «Dados los términos del presente artículo los plazos para retraer hay que contarlos desde que, el que ejercita dicha acción, hubiese tenido conocimiento de la venta, pudiendo estimarse por los Tribunales como manifestación de éste cualquier acto público del propio retrayente que lo revele, mientras no existan elementos de prueba que contradigan la eficacia y significación del expresado acto, sin necesidad de exigir la justificación especial de la verdad del indicado conocimiento, pues ni esto sería posible, tratándose de una mera situación subjetiva que permanece desconocida mientras que actos positivos no la exterioricen, ni exista presunción alguna «iuris tantum» de la que sea forzoso partir para suponer semejante conocimiento, por lo cual *corresponde al demandado, y no al actor, probar que la fecha de aquél, es distinta y anterior a la consignada en la demanda* (Sentencia de 21 de mayo de 1902). Si se prueba que tuvo el retrayente conocimiento de la venta mucho antes de la fecha que expresa la demanda, es improcedente el retracto, por estar fuera de plazo (Sentencia de 15 de enero de 1909).

Recientemente, la Sala 5.<sup>a</sup> ha dictado una importante Sentencia en la que culmina la evolución jurisprudencial que se estudia en el texto. Esa resolución lleva fecha 9 de junio de 1950, y en ella figura el Considerando que, copiado a la letra, dice así «El derecho de retracto otorgado al arrendatario exige que, con las formalidades legales, se ejercite en el término de treinta días a partir de la fecha en que el comprador le notifique la compra, o en su defecto, desde que tenga conocimiento de la transmisión por haber sido inscrita en el Registro de la propiedad o POR OTRO MEDIO; la omisión «contra lege» del comprador del deber de notificar que la Ley le impone podrá determinar consecuencias patrimoniales, pero en cuanto la misma Ley prevé la posibilidad de esa omisión y establece para su caso un punto de partida para el cómputo del término de caducidad de la acción de retracto, sin distinguir sus posibles causas, sean o no justas o de buena o mala fé, expresa claramente que, sin legitimar la conducta ilícita, impone al titular de la acción de retracto su actividad por el solo hecho de tener conocimiento del acto jurídico que da vida a su derecho, con lo que tiende a la seguridad jurídica y mantiene el sistema de garantías que proporciona el Registro, que es una de las primordiales finalidades de la institución». Por ser ésta, a todas luces, la buena doctrina, creemos definitivamente superadas las posiciones iniciales e intermedias y alcanzada la meta final, ya sin nuevas rectificaciones, mientras no se altere la actual situación normativa.

(116) Ver en nota 95 la Sentencia de 12 de febrero de 1944. Son insubstanciales las noticias que se refieren al «anuncio» de venta, su «propuesta», o cualesquiera otras anteriores a su consumación (Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 26 de abril de 1945).

(117) La circunstancia de que en subasta extrajudicial, a la que asistió el retrayente, tuviese éste conocimiento de la venta hecha a tercero no obsta a la procedencia del retracto, porque no apareciendo consumada la venta hasta el otorgamiento de la escritura, desde entonces hay que contar el término señalado, ya que el mero perfeccionamiento solo concede acción a los contratantes para exigir el cumplimiento del contrato (S. 10 octubre de 1901). No es bastante la justificación de la publicidad de la venta para dar por acreditado el conocimiento

de la misma por el retrayente (Sentencia de 3 de febrero de 1915). El aviso y el ofrecimiento que previene el art. 1.637 del Código civil, no se puede entender cumplido con el anuncio de venta extrajudicial publicado en el Boletín Oficial de la provincia, porque el derecho que se llama de tanteo ha de recaer sobre precio ya ofrecido (Sentencia de 7 de mayo de 1927, cuya referencia publicó la Revista de Derecho privado de 1928, página 111).

Con referencia a los arrendamientos urbanos, la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de 27 de noviembre de 1947, declara que el acto de la subasta y la entrega de un tanto por ciento del precio quedan en la fase de «perfección» y no bastan para generar el retracto.

(118) La manifestación del retrayente de que se vendía y no había comprado la finca porque le parecía cara o porque no tenía dinero para la compra no basta para probar conociera la consumación de tal venta (Sentencia de 8 de enero de 1912), aunque hubiera asistido a la subasta extrajudicial, en la que hizo esas manifestaciones (10 de octubre de 1901).

(119) Ha declarado, en efecto, la Sala 5.<sup>a</sup>, que el conocimiento de la venta ha de recaer sobre el hecho real, efectivo, de la misma, con todas sus condiciones esenciales, o sea con cuantas sea preciso para que, sin otros datos que los conocidos, quepa utilizar esta acción con los requisitos que su eficacia requiere (Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 13 de mayo de 1940) y pueda ponderarse la conveniencia de la subrogación (Sentencia de la misma Sala de 2 de diciembre de 1941), sin posible error para el consentimiento (Sentencias de 29 de abril y 11 de mayo de 1943, 24 de marzo de 1944 y 25 de abril de 1945, todas también de la Sala de lo Social.) El conocimiento o notificación ha de extenderse a las condiciones del contrato, personas en él intervinientes como adquirentes de la finca, finca enajenada, precio, fecha y clase del documento que se otorgó, y no puede sustituirse por vagas noticias suministradas por tercera persona (Sentencia, Sala 5.<sup>a</sup>, de 26 de mayo de 1945). El conocimiento de la venta ha de resultar demostrado, patentemente, que, en efecto, se tenía cierto, completo, sin mácula que autorice duda o supuesto racional de detalle de interés, que ello será el único medio de que, quien adquiera la finca arrendada se vea constreñido, si pretende afirmar su derecho, a cumplir su taxativo deber de notificar (Sentencia de 24 de abril de 1943).

La Sala 1.<sup>a</sup>, para retractos comunes, ya había dicho, también, que el conocimiento de la venta, a dichos efectos, presupone, no solo tener noticias del hecho de la enajenación, sino conocimiento suficiente de los pactos y condiciones de la misma, para que el retrayente pueda saber si le conviene o no utilizar el retracto (Sentencias de 12 de noviembre de 1919, 13 de diciembre de 1930—en la que medió acto conciliatorio—, 10 de junio de 1935, etc).

(120) Ver Sentencia últimamente citada en nota anterior (la de 24 de abril de 1943, Sala 5.<sup>a</sup>). La Sala 1.<sup>a</sup>, para el retracto en los arrendamientos urbanos, ha declarado: No basta que el arrendatario se haya dado por enterado de la existencia de la venta, sino que tal conocimiento ha de ser «preciso y exacto» para que comience a correr el plazo del retracto, como ya se ha declarado respecto a

los retractos comunes, y, aún con mayor rigor, para los rústicos, por la Sala 5.<sup>a</sup> (Sentencias de 23 de marzo de 1945 y de 2 de julio de 1950.

(121) Así lo declaran, entre otras, las Sentencias de 21 de diciembre de 1898, 16 de marzo de 1926, 13 de diciembre de 1930, etc.

(122) Sentencias de la Sala 5.<sup>a</sup>, ya citadas anteriormente, fechas 2 de diciembre de 1941, 12 de mayo de 1942, 14 y 24 de marzo de 1944, 26 de abril y 21 de noviembre de 1945. Y lo mismo ha hecho la Sala 1.<sup>a</sup> para los retractos urbanos en la Sentencia de 23 de marzo de 1945, citada en la nota preanterior.

(123) Sentencias de la Sala 5.<sup>a</sup> de 12 de mayo de 1942, 16 de octubre de 1943, 5 de febrero de 1947, etc.

(124) El término para ejercitar el retracto se cuenta desde la inscripción de la venta en el Registro de la propiedad, y no desde la presentación en éste del título, porque el código optó por lo primero, con tanta mayor razón cuanto que el artículo 1.524 ha rectificado, en este punto, lo que, para caso análogo, se disponía en el párrafo segundo del artículo 1.620 de la Ley de enjuiciamiento civil que designaba como punto de partida, para contar el término, la presentación del título en el Registro. Ni la regla del artículo 1537 y concordantes, ni la doctrina de la Sentencia de 28 de noviembre de 1892, autorizan la hipótesis de que el término para ejercitar el derecho de retracto haya de contarse desde la presentación del título y no desde la inscripción, cual ordena el presente artículo, porque en tanto las disposiciones generales del título IV, Libro IV, han de entenderse subordinadas a lo que determina la ley hipotecaria respecto a bienes inmuebles, en cuanto constituyan un régimen de excepción aplicable a la cuestión controvertida, siendo manifiesto que, por referirse, el artículo 28 y concordantes de la expresada ley, a los efectos que la inscripción produce respecto a tercero, carecen de aplicación para decidir las relaciones que existan entre el que enajena, el que adquiere y el que retrae, por no tener entre sí, respectivamente, el carácter de tercero (Sentencia de 11 de junio de 1902).—Sienta la misma doctrina otra Sentencia de 3 de julio de 1926, añadiendo que el artículo 28, con su retroacción de los efectos de la inscripción a la fecha del asiento de presentación, regula los derivados para la defensa y garantía de terceros, pero, en modo alguno, restringen ni limitan la extensión de otros derechos regulados con absoluta independencia de las disposiciones hipotecarias, aparte de que, no produciendo efectos definitivos el asiento de presentación, bastaría esa sola razón para declarar como punto de partida del hecho real del conocimiento, el de la inscripción que, determinada y categóricamente, establece el presente artículo. La misma doctrina se mantuvo en las Sentencias de 3 de julio de 1906, 10 de febrero de 1915 y 7 de mayo de 1927.

(125) Varcárcel (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Septiembre de 1944) plantea la duda de si los efectos se podrían retrotraer a la fecha de la anotación preventiva, en el caso de que este asiento fuera antecedente del de inscripción, inclinándose por la solución negativa. Poco después de publicado este artículo, resolvió, en el mismo sentido la Sentencia de 16 de Octubre de 1944, al decir: No existiendo notificación (obligación de que no exime la inscrip-

ción) el plazo para retraer se contará a partir de la inscripción, pero no de la anotación preventiva, aunque la ley hipotecaria retrotraiga el efecto de aquel asiento al de éste, porque el incumplimiento de notificar, que presupone el cómputo con base en la inscripción, obliga a interpretar restrictivamente el precepto del artículo 16, y porque el carácter social de estos retractos, de tendencia más amplia y facilitadora de su eficacia que los del derecho común, obliga a seguir el criterio jurisprudencial de la Sala 1.<sup>a</sup>, que tiene siempre por inicial el momento de la inscripción.

(126) El plazo señalado para el ejercicio del retracto a contar desde la inscripción en el Registro, alude a la inscripción de la escritura de venta y no a la que se verifica por una información posesoria, porque en esta no constan los pactos y condiciones en que la venta se otorgó y que tiene derecho a conocer el futuro retrayente para poder hacer uso de su derecho si le conviene utilizarlo (Sentencia de 19 de noviembre de 1919).

(127) Una Sentencia de 8 de abril de 1920, confirmando un criterio jurisprudencial, dijo, en efecto: Los nueve días que se conceden por este artículo para ejercitar la acción de retracto se cuentan incluyendo los festivos o inhábiles porque no cabe excluir éstos, cual dispone para el retracto en el caso de censo enfiteútico el artículo 1638, que expresamente concede el término de nueve días útiles, pero no establece esta distinción el presente, por lo tanto, si transcurrieron días naturales, hay que declarar prescrita la acción, sin que infrinja tampoco el artículo 303 de la Ley de enjuiciamiento civil por no tratarse de un término procesal y regir, por lo tanto, el artículo 1969 del código (Sentencia que, en lo fundamental, fué retificada por otra de 13 de junio de 1921).—Publicada la reforma de 21 de Abril de 1949 se estatuyó, especialmente que sólo serán computables para el retracto de arrendamientos urbanos, los días hábiles.—Este precepto elimina la cuestión en cuanto a ese tipo de arriendos, pero la deja subsistente para los rústicos: para ellos, como sostenemos en el texto, creemos utilizable el criterio jurisprudencial anterior (ahora se da el caso de excepción, allí previsto para el censo enfiteútico, con relación al retracto urbano, lo que solo es aplicable al supuesto legalmente previsto y no a casos similares) García Royo (Arrendamientos Rústicos, última edición, I, 277) sostiene lo contrario porque el nuevo criterio del legislador ha de resultar más favorable al arrendatario.

(128) Una Sentencia de 8 de marzo de 1904 había dicho que el art.º 1.619 de la Ley de enjuiciamiento civil sirve de complemento en materia retractual a lo preceptuado por el Código, concediendo un día más de plazo por cada treinta kilómetros de distancia para ejercitar estos derechos.—Pero, luego, rectificando esa doctrina, estableció que el Código había modificado ese precepto procesal y que el plazo tenía sólo nueve días contados desde la inscripción o el conocimiento, sin que pudiera ampliarse ese término por razón de la distancia (Sentencia de 20 de marzo de 1925, reiterando doctrina de las de 3 de julio de 1906, 7 de julio de 1909 y otras).

(129) A esta conclusión inclina el artículo 1130 del código civil.

(130) Se cuenta el término para interponer el retracto, en el censo enfiteúti-

co, desde la inscripción en el Registro, y no desde el día siguiente, como ya declaró la Sentencia de 14 de diciembre de 1905 (Sentencia de 10 de febrero de 1915).

(131) Ver nota 95.

(132) La acción de retracto no puede prosperar si no ha entrado la finca vendida en el patrimonio de la persona de quien se la intenta retraer, o se ha otorga el correspondiente instrumento público, que equivale a la entrega, según lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1.462 (Sentencia de 24 de diciembre de 1920).—Aún constando el título en documento privado si se hizo la entrega material de la cosa al suscribirse, huelga la simbólica de la escritura (Sentencia de 8 de mayo de 1918).—En cuanto a la inscripción, la presunción posesoria contenida en el artículo 41, hace presumible la entrega y consiguiente transferencia de dominio.

(133) Ver nota 117.

(134) Así cabe entender la Sentencia de 27 de Octubre de 1933, aludida en el texto, por la que se declaró que podía ejercitarse el retracto con la simple perfección de la venta una vez conocida. Ratifica doctrina de la de 12 de Octubre de 1912.

(135) Ver notas 108 a 110 inclusives; y Sentencias de 30 de abril de 1940 y 22 de abril de 1946.

(136) Así lo declaran la Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 31 de marzo de 1944 y otras.

(137) Los términos en que está redactado el artículo 1.618 de la Ley de enjuiciamiento civil así lo imponen.

(138) Lo recalcan numerosísimos fallos entre los que se pueden citar los de 10 de diciembre de 1940, 25 de mayo de 1943 y 31 de marzo y 24 de noviembre de 1944.

(139) La Sala 5.<sup>a</sup>, en su Sentencia de 10 de diciembre de 1940 ha declarado que la obligación de consignar el precio, si fuere conocido, o de dar fianza de hacerlo cuando lo fuere, se rige por los mismos preceptos de la legislación común.

(140) La Sala 5.<sup>a</sup> en Sentencia de 11 de enero de 1942, dice: «este precio consignable no debe creerse sea el valor que a la finca se le otorgue, bien por su tasación, bien por la distribución de otro global, medios en verdad supletorios si aquél no se conociere, sino el que efectivamente fuere concertado en la transmisión, a menos que, por una u otra circunstancia, fuera advertida su fijación con fraude».

(141) Basta con consignar el precio, sin necesidad de que la consignación se extienda a los demás gastos previstos en el artículo 1518 del código, e incluso es viable el retracto aunque no se ofrezca el pago de alguno de esos gastos, cuando es posible su desconocimiento (Sentencia de 13 de julio de 1945). La consignación sólo es exigible, conforme a la Ley de enjuiciamiento civil para el precio, pero ni los gastos de compra ni los hechos en la cosa, exigen tal consignación, sino sólo su reembolso con arreglo a los artículos 1518 y 1525 del mismo código,

(Sentencias de 31 de diciembre de 1897 y 7 de noviembre de 1925). No existe necesidad de consignar las rentas que venzan durante la substanciación del retracto (Sentencias de 14 de octubre de 1943 y 17 de abril de 1944).

(142) Consignado el precio que era conocido al iniciarse el litigio, es eficaz esa consignación aunque luego, en el pleito, se estimara que era más elevado este precio, sobre todo cuando el propio retrayente al hacer su consignación ofreció completarlo (Sentencia, Sala 5.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 1946). Señalado precio global en la venta conjunta, al demandado, conocedor del arrendamiento, le es imputable que el arrendatario desconociera el precio o el valor individual de la finca arrendada, para el caso de posible retracto, y, por ello, tal omisión, ya se la juzgue en sí, ya en relación con el deber incumplido que, como tal comprador, le imponía el párrafo tercero del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, no puede redundar en su beneficio cuando el retrayente arrendatario cumple el deber legal de consignación en la medida proporcional que el estado de la relación jurídica permitía en el momento inicial del procedimiento; porque admitida a trámite la demanda, previa consignación, de la cantidad que, como precio, se reputó proporcionalmente adecuado y que correspondía a la cosa objeto del retracto, y promesa de rectificar, si así procediera, consintió el proveído judicial que permitió el éxito de tal fórmula, omitiendo posibles recursos contra él; y porque aquel trámite no consentía decidir una cuestión de fondo, la de fijación de precio, que discutieron también, los litigantes, como lo revela una de las peticiones alternativas de la contestación a la demanda (Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup> de 23 de octubre de 1946).

(143) Ya examinamos en nota 81 algunos aspectos de esa misma materia. A lo allí dicho sólo añadiremos que la Sala 5.<sup>a</sup>, por Sentencia de 24 de noviembre de 1944, ha declarado que: «de imponerse al retrayente, en casos como el de la presente litis, de compra-venta con parte del precio aplazado e hipoteca de la misma finca para su seguridad, la necesidad de consignar la totalidad del precio contratado, se obtendría un exceso que ciertamente está fuera del concierto y significado del reembolso; ni el cambio de persona deudora puede contar en el retracto arrendaticio como motivo procedencial del anticipo que implicaría si obligase a consignar todo el precio aplazado no vencido, pues la impuesta especie de inalienabilidad de la finca, durante cierto tiempo—artículo 17—asegura la efectividad del crédito».

(144) Ver notas 96 y 98. El precio en el retracto legal es el que conste en la inscripción registral, y no el que, aumentándolo, se hace figurar en una adición al contrato (Sentencia de 3 de julio de 1906). Vendida una finca por dos escrituras, de las cuales la segunda tuvo por objeto subsanar defectos o equivocaciones, y no simplemente para aclarar algún extremo oscuro de la primera hay que entender que aquella es complemento necesario de la inicial, y, por lo tanto, forman ambas una sola escritura y el tiempo para retraer ha de contarse desde el otorgamiento de la última, como ya declaró la Sentencia de 30 de marzo de 1909 (Sentencia de 25 de febrero de 1914). No cumple con las obligaciones de este artículo quien no consigna el precio que consta en la inscripción, sino el menor

que erróneamente se expresó en la escritura de venta, rectificado con posterioridad, cuando pudo ejercitar en tiempo su derecho, al tener conocimiento del primer documento, pues al no haberlo hecho, entonces, no puede invocarlo válidamente y prescindir del posterior, porque los derechos en tanto son eficaces y útiles, en cuanto se reclaman en tiempo y sería contradictorio reconocer al retrayente su derecho atendiendo a la fecha de la demanda con relación a la inscripción, y negar a ésta sus propios naturales efectos (Sentencia de 30 de marzo de 1909, citada y ratificada su doctrina por la de 25 de febrero de 1914, que antes se cita).

(145) Ver Sentencias de 11 de enero de 1942 y de 6 de febrero y 23 de octubre de 1946, recogidas, la primera en la nota 140, y las otras dos en la 142. De ellas claramente se deduce que cabe la rectificación del precio en el propio juicio de retracto. Así se deduce, también, de la de 11 de enero de 1943, en cuanto declara que: Salvo en los casos previstos por el legislador, porque en la transmisión no medie precio cierto, el retracto ha de apoyarse en el que, efectivamente, se concertó en la transmisión, a menos que, por una u otra circunstancia, *fuera advertida su fijación con fraude*. V. nota 152.

(146) Así lo vino declarando el Tribunal Supremo, antes de la legislación especial (sirva de ejemplo, entre otras, la Sentencia de 12 de junio de 1936). Y después lo siguió manteniendo (Sentencia de 10 de marzo de 1945), incluso cuando la Sala 5.<sup>a</sup> marcó otra dirección para el retracto de fincas rústicas, pues en la reciente Sentencia de 27 de enero del presente año insiste en que «se halla declarado reiteradamente por esta Sala (la 1.<sup>a</sup>), con notoria amplitud de criterio interpretativo del tenor literal de los mencionados preceptos sustantivos y del artículo 1.618 de la ley procesal, que es modo de ejercitar el derecho a retraer, la demanda de conciliación, *si en el acto conciliatorio se cumple la obligación de consignar o afianzar*»; y añade, en otro Considerando, que no se puede llegar a la conclusión contraria «valiéndose de argumentos relativos a la función social de la propiedad, inadecuados para justificar la adopción por el Tribunal «a quo» de un criterio modificativo y ampliatorio de lo estatuido por las disposiciones legales pertinentes, y de la cita de una sentencia dictada por jurisdicción distinta de la que a esta Sala asiste y en materia que, como lo es la referente a retractos arrendaticios, se rige por disposiciones especiales diferentes de las establecidas en los Códigos sustantivo y procesal civiles». Téngase en cuenta — como ya se desprende del último párrafo transcrito — que no se ventilaba un retracto de los que aquí estudiamos, sino uno de colindantes.

(147) La Sala 5.<sup>a</sup>, en una Sentencia que confirmaba criterio ya sentado en otra de 21 de octubre de 1943, declaró: «La cuestión fundamental que se somete a la resolución de esta Sala es la de si es precisa la consignación del importe de la compra al promover el acto de conciliación que se celebró, dándose por intentado sin efecto, por incomparecencia del demandado, o basta con que tal consignación se haya efectuado al presentar la demanda; con relación a tal extremo hay que atenerse a lo que preceptúa el art. 1.618 de la Ley de enjuiciamiento civil que exige el cumplimiento de la obligación de consignar para que pueda



darse curso a las demandas de retracto, y cumplida esta obligación por los actores no puede menos de reconocerse que tal consignación ha de producir su adecuado efecto, ya que la ley no exige el cumplimiento de tal obligación en otro momento (Sentencia de 24 de septiembre de 1945). «La cuestión de si es necesario, para que la conciliación *interrumpa* el tiempo de caducidad de la acción de retracto rústico, consignar al tiempo de instarla el precio conocido o dar fianza en otro caso, acerca de lo cual tiene que reconocerse la existencia de vacilación jurisprudencial civil, tiene que decidirse, cual con completa precisión lo hizo la Sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1945, en sentido negativo, o sea en el de ser innecesaria la consignación en ese momento, bastando, al efecto del acto, su presentación en tiempo hábil para ejercer la acción, y que dentro de los dos meses del mismo se presente la demanda de retracto ya con su consignación o fianza (Sentencia de 17 de diciembre de 1948, Sala 5.<sup>a</sup>).

La misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha vuelto a declarar, recientemente: Es doctrina establecida por esta Sala y reiterada hoy, principalmente en reciente Sentencia de 28 de febrero último, el carácter *preclusivo* del término retractual y la necesidad de que *dentro de él* se cumpla en todo caso lo dispuesto en el número 2.º del art. 1.618 de la Ley de enj. civ. por ser *presupuesto* indispensable para que se pueda dar curso a la demanda de retracto la consignación del precio de la venta si es conocido, lo que ha de hacerse *precisamente dentro del término para ejercitar el retracto, el cual, caso de caducidad, no admite ni interrupción ni ampliación de clase alguna* (Sentencia de 5 de mayo de 1950). Llamamos la atención sobre la parte *subrayada* del Considerando que transcribimos por que las afirmaciones que allí se hacen parecen pugnar con el criterio que venía sustentando por esta Sala en el punto que venimos examinando. Finalmente, en la Sentencia, también social, de 20 de febrero del año en curso, se vuelve a repetir que es imprescindible consignar o afianzar para que prospere la acción, por lo que, incumplido ese *presupuesto*, aún sin necesidad de que se denuncie su falta, existe un vicio para la válida constitución de la relación procesal que la destruye, con la eficacia enervante y específicamente anulativa de la acción retractual, que ya fijó esta misma Sala (la 5.<sup>a</sup>) en Sentencia de 23 de octubre de 1946.

Por su parte la Sala 1.<sup>a</sup> ha vuelto a insistir en que en el acto conciliatorio es necesaria la consignación o afianzamiento, no siendo invocable otra jurisprudencia de la Sala 5.<sup>a</sup> para retractos comunes (Sentencia de 27 de enero de 1950).

(148) La omisión de cualquiera de los requisitos señalados en el art. 1.618 de la Ley de enjuiciamiento civil impide admitir la demanda de retracto, y si, a pesar de esta prohibición, se le hubiera dado curso, el fallo definitivo habrá de ser absolutorio, con independencia de la razón o sin razón del actor (Sentencias de 23 de mayo de 1861, 13 de mayo de 1864 y 12 de igual mes de 1883). Son tan esenciales las condiciones que han de tener las demandas de retracto consignadas en el art. 1.618 de la Ley de enjuiciamiento civil que, si careciendo de alguna o algunas de las pertenecientes al retracto que se entabla, el Juez, con olvido de lo que el citado artículo establece, diera curso a ella, la acción nunca podría prosperar, ya fuera que el demandado pidiera previamente la no admisión, ya

solicitará en su escrito de contestación que, por este vicio radical de la demanda, se fallase en definitiva la improcedencia de la acción, pero es evidente que si se consintió la admisión de la demanda por el demandado, sin protesta, por la inobservancia de éste o de cualquier otro requisito no puede después impugnar esa admisión (Sentencias de 13 de noviembre de 1894, 10 de febrero de 1886 y 6 de diciembre de 1918).

(149) Coincidiendo con el criterio que reflejan las últimas sentencias citadas en la nota anterior, ya había exigido esa excepción, también, la Sentencia de 26 de febrero de 1926.

(150) Sentencia 6 mayo 1931 y otras.

(151) Ver sentencia de 3 de julio de 1906, citada en nota 144, y la restante jurisprudencia citada en esa misma nota y en las que le preceden y sigue.

(152) Véanse notas 140 y 145. Supuesto cabe esa acción de simulación, conviene aclarar que, en esas hipótesis, unas veces para la válida constitución de la relación jurídico-procesal y otras para lograr que el fallo vincule al vendedor, será necesario o conveniente, traer a éste al proceso, bien por el propio demandante, al formular su demanda, bien a petición del demandado. Téngase presente que esta intervención en el proceso del vendedor tampoco cambiaría la determinación del sujeto pasivo del retracto haciéndole asumir ese carácter al nuevo demandado, porque, entonces—como cuando se acumulan acciones resolutorias ya examinadas anteriormente—habría una acumulación de acciones (la retractual y la de simulación), de distinta naturaleza, fines, pretensiones y destinatarios. Y lo mismo ocurriría si se tratara de alegar simulación sobre otros elementos contractuales, o se discutieran otros aspectos de su eficacia susceptibles de ello en esta índole de procesos (cuyo campo restringido no permite debatir más cuestiones que las propiamente retractuales o en tan íntima relación con las mismas que sirvan para posibilitarlas o resolver sobre si es improcedente el propio retracto).

(153) La prueba de la simulación del precio puede apoyarse, incluso en indicios, porque solo conjeturalmente, la mayor parte de las veces, puede llegarse a la oportuna convicción. Pero, por muy amplio que sea este criterio, ha de exigirse siempre, una completa prueba en los hechos que los apoyen y que, las presunciones en ellos apoyadas, aún sin carácter unívoco, formen un conjunto que, recíprocamente, las fortalezca y dé solidez a su conjunto. Así debe entenderse el amplio arbitrio que para la apreciación de la prueba en esa índole de litigios otorga una reiterada jurisprudencia (en la que cabe citar a las Sentencias de 13 de febrero de 1895, 8 de junio de 1909, 12 de marzo de 1919, 26 de enero de 1922, 30 de diciembre de 1925, 1 de mayo de 1928, 12 de mayo y 26 de diciembre de 1930, etc.)

No terminaremos esta materia sin hacer constar que una Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 5.<sup>a</sup>, de 22 de octubre de 1949 ratificando criterio de otras precedentes de la primera, ha hecho las siguientes declaraciones: que no podrá estimarse infracción de los artículos 1.305 y 1.306, por una Sala, en cuantos casos ésta no declare probado que el señalamiento de precio en una compraventa,

se inspira en causa delictiva o culposa; que si se admitiera en un contrato de compraventa la ficción contractual minorativa de precio, resultaría lógica y moralmente inexplicable, por cuanto el comprador pretende aprovecharse de ella, coadyuvando, si fuera cierto, en la finalidad simulatoria a efectos fiscales; y que la Sala de instancia que sustituya en caso de retracto «el precio escriturado» de unas fincas por su «valor», infringirá el artículo 1.518 del Código civil y vulnerará los preceptos substantivos que, en orden a los reintegros debidos por el retrayente, regulan los retractos legales.

(154) Porque el art. 1.518 solo le obliga a pagar el precio que realmente medió en la transmisión y porque así lo declara la Sentencia de 5 de mayo de 1925.

(155) E incluso en ejecución de Sentencia, pues el Tribunal Supremo, en la suya de 11 de mayo de 1948, declara que: Cuando han sido vendidas varias fincas por un precio global debe dejarse para que en ejecución de sentencia se asigne a cada uno el justo valor que le corresponda con independencia del que los demandantes atribuyen a las que fueron objeto de retracto de colindantes, el cual, nacido de un pacto entre ellos, libremente concertado, no obliga al actor ajeno al mismo. En otras ocasiones había dicho, también, que aunque se hayan vendido varias fincas por un mismo precio, pueden retraerse las colindantes por las mismas condiciones del contrato y por el precio que se determine corresponde a las retraídas (Sentencias de 26 de noviembre de 1895, 13 de abril de 1896 y 12 de enero de 1904. Véanse, igualmente, las Sentencias de 23 de octubre de 1946 (en nota 142) y la última citada de 1904 (en nota 81).

(156) Es requisito necesario de la subrogación, en cualquiera de las dos formas en que ésta pueda manifestarse o actuar, que resulte cierto y conocido el precio o en su caso el valor de la finca objeto de retracto, pues tal extremo, por que constituye *uno de los elementos necesarios del fondo del litigio*, respecto de él y para fijarlo y comprobarlo, las partes han de poder utilizar cuantos recursos procesales la ley otorga en los distintos momentos que el rito procesal permite, sin que la desintegración que, en varios aspectos, presenta el trámite de ejecución de Sentencia, permita abandonar para tal momento, *por puro arbitrio*, de quien debe justificarlo, la decisión de punto tan fundamental, cuando, como en el caso presente sucede, las partes han planteado la tesis de cual sea el valor que realmente deba atribuirse a las fincas objeto de litigio, para hacerlo efectivo como condicionador de la subrogación pedida. Es por tanto cierto que, en este aspecto del pleito, no se discute ni el deber ni el derecho de compensar como medio de subrogación, sino «cuanto» debe abonarse, en el supuesto que el retracto procediera. No ha de olvidarse, por lo que ilustra este punto, que si en el «precio» de la compraventa, el legislador señala expresamente la nota de cierto, tal característica la reclama para su supuesto de sustitución de «valor de la finca», por «precio» el art. 16 de la Ley de 1935; y como esa fijación, cuando hayan de decidirla personas distintas de los interesados, ha de hacerse teniendo en cuenta, tan solo, elementos objetivos, subsíguese que más vigorosamente que en el «precio», han de concurrir en el equivalente económico «valor», los actos de verdad y justicia, que, con la certeza, decidan cual sea la equivalencia buscada» (Sen-

tencia de 11 de junio de 1945, cuyos restantes Considerandos, relativos al retracto en caso de permuta, se recogen en la nota 87, donde pueden consultarse).

(157) Véase Sentencia anterior.

(158) Ver Sentencia de 11 de mayo de 1948 en nota 155.

(159) García Royo, Arrendamientos rústicos, I p.<sup>a</sup> 295.

(160) No están comprendidos en este artículo (el 1518) como reembolsables los gastos cuya necesidad y conveniencia para la afirmación y aseguramiento del derecho del comprador no resultan comprobados ni apreciados, y por lo tanto, no procede el abono de los gastos hechos con motivo de una testamentaria y adjudicación que, en juicio ejecutivo, se hiciera al acreedor, de porción de una finca indivisa con otros coherederos del deudor. El número 2.<sup>o</sup> de este artículo se refiere al mejoramiento de la cosa en sí, con independencia de los gastos y pagos de que trata el número primero (Sentencia de 12 de febrero de 1904).

(161) En las adjudicaciones al acreedor, además del precio en que se adjudica, debe satisfacer los gastos de la subasta y adjudicación, pero no el capital e intereses del crédito y las costas del juicio ejecutivo (Sentencia de 7 de julio de 1909).

(162) No son de abandonar como gastos de contrato o pagos legítimos hechos para la venta los ocasionados en el litigio seguido con el vendedor para obligarle al otorgamiento de la escritura, extraños al retracto, por derivarse exclusivamente de relaciones jurídicas mediadas entre comprador y vendedor, no esenciales de la venta misma (Sentencia de 31 de diciembre de 1897, con criterio ratificado por la de 7 de noviembre de 1925).

(163) Ver nota 161.

(164) Si el vendedor consiente que el comprador continúe una edificación contrae, tácitamente, la obligación de abonar su importe, si el primero ejercita su derecho de retracto convencional (Sentencia de 19 de enero de 1885).—No está obligado el retrayente a pagar el precio de lo construido de mala fé, en la finca rústica objeto de retracto, y durante el juicio, por el comprador (Sentencia de 3 de julio de 1912).—Vid. notas 159 y 160.

(165) Contra ese tránsito directo, sin mediación del adquirente, surge un escollo práctico. Porque, en efecto, si el adquirente subrogado no es «causante» del retrayente, ¿cómo computar su posesión intermedia para usucapir? Los anotadores del Enneccerus llaman la atención sobre el contenido de los artículos, 1.960, regla primera (que, para sumar esa posesión, habla concretamente del «causante») 1.960, regla segunda, y 466 (preceptos, estos últimos, que solo otorgan sus presunciones posesorias cuando no se pruebe la pérdida temporal de la posesión o esa pérdida se hubiera producido «indebidamente»). Pero, a nuestro juicio, es inoperante la cita de esos preceptos, porque es la propia subrogación la que opera en el retracto, por imperio del art. 1.521; y por el mecanismo de ella, el retrayente asume *todos* los derechos, con todas las obligaciones, del adquirente eliminado, entre cuyos derechos subrogados figuran, claro está, los que dimanar de su posesión, que ostentará, en lo sucesivo; con los efectos retroactivos inherentes a la subrogación retractual, y, por ello, «como si hubiera sido po-

seedor de la cosa desde la fecha de la transmisión originadora del retracto».

(166) Enneccerus-Nipperdey estiman, más bien, que, con el pacto de retro, se concluye, en realidad «una retroventa bajo condición suspensiva». Pero ni esa tesis, ni menos aún, la de una promesa u opción de venta, son admisibles en nuestro derecho. El negocio jurídico inicial (compra-venta con pacto de retro) es un negocio perfecto y definitivo, como lo demuestra el hecho de que si el precio no se devuelve en el plazo pactado, la enajenación se consolida sin necesidad de nuevo contrato. Y en el supuesto de que, por tal devolución, tenga lugar la regresión convenida, ¿cómo explicar la *resolución* de tal venta inicial? La condición suspensiva explicará, al cumplirse, el nacimiento de la retroventa; pero no la extinción de la primitiva venta. No hay más remedio, pues, que acudir al juego de las condiciones resolutorias, siquiera ofrezca dificultades y reparos por la no restitución de provechos ni devengos, tal vez explicables por la posesión de buena fé que ostentó el comprador y porque son compensables las utilidades que proporciona la cosa y los intereses de su precio.

(167) El Tribunal Supremo, en varias ocasiones (últimamente en sentencia de 21 de noviembre de 1944) ha subrayado que el retracto no extingue el acto traslativo, solo produce su subrogación, sustituyendo la titularidad del adquirente por la del retrayente.—Se trata de un efecto común a todas las subrogaciones subjetivas que, como dice Josserand, tiene su remoto origen en dos instituciones del Derecho Romano: «el *beneficium calendarum actionum*» y la «*successio in locum creditoris*», de donde, a través de los glosadores y del derecho intermedio, se elaboró el concepto que llevó a su cúspide Pothier.—Desde luego es una institución extraña (se ha dicho de ella que se comprende mejor que se explica) porque sorprende que el «pago» (medio normal para extinguir obligaciones aunque se efectúe por un tercero) pueda operar sobre ellas haciéndolas sobrevivir. Para explicarlo se han ideado numerosas teorías, desde las que creen se trata de una cesión de créditos (Dumulin) novación activa (Marcadé) transmisión de garantías (Loyseau) o cesión oculta (Laurent), hasta los que hablan de una institución intermedia entre cesión y pago (Giorgi), de regreso legal (Stammler), operación de doble cara (García Goyena), o una simple ficción legal (teoría ésta debida a Pothier y que ha sido, durante mucho tiempo la denominante). Tal vez la más ingeniosa es la debida a Hartmann, según el que, el pago de una deuda implica: a/ satisfacción del acreedor; b/ liberación del deudor; y en el caso del pago por el tercero, no interesado en el cumplimiento de la obligación, sólo se satisface al acreedor sin liberar al deudor, lo que explica la subsistencia de la obligación y la subrogación en ella de acreedores.

(168) Precisamente esta singularidad no pasó desapercibida a un autor de finísima percepción jurídica (Gayoso-Revista de Derecho Privado, tomo VI, página 359), cuando, en 1918, escribía que, en los retractos legales, se opera una «resolución relativa o parcial».

(169) Desde luego no es una subrogación de tipo convencional o voluntario, sino que opera «ope legis» e imperativamente para el sujeto pasivo, aunque potestivamente para el que retrae; no constituye una «cesión de derechos»—aunque

la Sentencia de 30 de mayo 1906, diga que el comprador está obligado a «ceder la finca» al retrayente—; la ley no manda «cederla», sinó que, ministerio «legis», el retrayente, por vía de cambio o mutación meramente subjetiva, deviene en propietario, como titular de la misma relación dominical.

(170) Es sabido que en Derecho alemán, con entronque en instituciones germánicas de la más remota antigüedad, y a través del derecho inmobiliario prusiano, cabe la llamada «adquisición derivada de no titular». Pero esa situación no guarda la menor relación con el caso examinado, ya que, repetimos, el retrayente no trae causa del adquirente a quien subroga, ni éste puede estimarse carente de titularidad hasta que el retracto prospera.

(171) Como consecuencia directa del retracto, las cosas se restituyen a su estado primitivo, reflejándose la resolución del derecho dominical del adquirente en la extinción de cuantos derechos reales contituyéranse en el intermedio de aquel derecho de propiedad desaparecido, cuya caída les arrastró por el conocido principio «Resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis». La publicidad del mandato legal hace inútiles las garantías de la fé pública registral, que, por eso, no entran en juego.

(172) El retrayente deviene en propietario de la cosa retraída, como si hubiera sido adquirente de ella, con cuantos derechos se derivaran o pudieran derivar de aquella transmisión originaria, tal como los produzca el negocio jurídico que la efectuó o tal como haya sido añadidos, disminuidos o rectificadas por la voluntad de sus iniciales suscriptores. Para el retrayente actúa ese negocio jurídico inicial como un verdadero contrato de «adhesión», con los efectos que luego puedan derivarse para la interpretación de sus cláusulas.

(173) Esa frase la emplea, en efecto, una Sentencia de 25 de mayo de 1943 citada en la nota 16.

(174) Si en la escritura de venta el comprador se obliga a prestar a la vendedora los cuidados que precisara y a costearla, a su fallecimiento, el entierro y funeral este particular contractual de carácter esencialmente personalísimo en su cumplimiento no constituye, en orden al retracto, la condición principal del mismo, ni consiente la subrogación del retrayente (Sentencias de 31 de diciembre de 1897, 28 de diciembre de 1918 y 7 de noviembre de 1925).

(175) Esas restricciones estaban fijadas, para comuneros y dueños—directo y útil—en la enfiteuses, por el artículo 1618, números 5.º y 6.º, de la Ley de enjuiciamiento civil, en cuatro y seis años, respectivamente. No eran, en cambio exigibles para el retracto de colindantes según Sentencia de 28 de septiembre de 1915.

(176) Opinan en contra Bellón, García Royo y otros.

(177) Los preceptos de la Ley de 15 de marzo de 1935, no pueden ser modificados por pacto en contrario (Sentencias de la Sala 5.ª de 24 de mayo de 1940, 13 de noviembre de 1941 y 18 de marzo de 1942). La libertad de contratación queda limitada en aras de la nascente dirección de carácter social, protectora del arrendatario (Sentencia de 14 de mayo 1936).—La renuncia de derechos contenida en un contrato de arrendatario no puede ampliarse a las disposiciones legis-

lativas futuras porque ello va contra la naturaleza específica del derecho agrario moderno (Sentencia de 23 de marzo de 1936).

(178) Los acuerdos de las partes contratantes para dejar de cumplir los preceptos legales, son ineficaces según los artículos 1.º, 4.º y 1255 del código civil. Las disposiciones tutelares de carácter social son irrenunciables (Sentencias de 20 de noviembre de 1935 y 18 de febrero de 1936).—Para dar a los preceptos de la Ley de 1935 la aplicación práctica del espíritu que la inspira, es indispensable distinguir entre deberes y derechos que tienen por fin satisfacer primordialmente intereses particulares, y aquellos otros que, teniendo por única aspiración el bien social, obligan y dan derecho para todos los supuestos de hecho que la autorizan (Sentencia de 7 de diciembre de 1941.)

(179) Cuando el retrayente renunció previamente al retracto y hasta aconsejó la venta originaria a favor de su hijo, el retracto no prospera (Sentencia de la Sala 5.ª, de 2 de abril de 1946).

## INDICE ESQUEMATICO

### DE LAS PRINCIPALES NOTAS DE ESTE TRABAJO PARA FACILITAR SU MANEJO

#### PRECEDENTES LEGALES

- En las leyes mosaicas (2).
- En el derecho romano (1).
- En el Fuero Viejo (4).
- En el Fuero Real (5).
- En el Código de Partidas (9 y 12) y su glosa (90).
- En las Leyes de Toro (6 y 10).
- En el Ordenamiento de Montalvo (7).
- En la Novísima Recopilación (8, 11 y 12).

#### CRITERIO PARA INTERPRETAR ESTAS NORMAS

##### *Orientación general:*

Interpretación favorable al inquilino, por tratarse de normas proteccionistas (30).

Aunque sin perder de vista los postulados fundamentales de la justicia (31 y trabajo p. 58).

No puede proscribirse, en absoluto, la aplicación de normas comunes (16, 34 y 139).

Aunque son preferente aplicables, recíprocamente, las arrendaticias (27).

Ya que ambas legislaciones especiales obedecen a iguales principios (27 y 29).



*Principios a que responde la legislación arrendaticia especial:*

- Ambas persigun un fin { predominantemente social (18).  
prevalente sobre el particular (19).
- Y tienden a. . . . . { valorar el trabajo en su justa medida (20).  
fomentar la pequeña propiedad labradora (21).  
convertir al labrador en propietario (26, 27).  
asentar familias cultivadoras (25).  
eliminar intermediarios parásitos (24).  
esperanzar al cultivador con que no será estéril su trabajo ni se perderá su labor (22).  
lograr, con ello, un mayor rendimiento para esta riqueza nacional (23).

## LEGITIMACION ACTIVA PARA ESTOS PROCESOS

- A) *Titularidad adecuada:*
- La de un arrendamiento protegido por esta legislación especial (39).  
Válido (40), verbal o escrito (41).  
Aunque no exista precio cierto (42).  
Bastando, también la cualidad de aparcerero (43) para los retractos rústicos.  
Es inadecuada la del { Subarriendo (44).  
Arriendo familiar no acogido a legislación especial (45)  
Simple promesa de arriendo (47).
- B) *Que esa titularidad se ostente* { al originarse el derecho retractual (48).  
Durante el plazo contractual o cualquiera de sus prórrogas (49).  
Aunque no continúe al entablar el juicio (49).  
Y aunque esté infringiendo sus obligaciones el arrendatario (50).
- C) *Casos especiales,* { Finca arrendada por parcelas (52).  
Finca explotada en comunidad (54)  
Cultivos arrendados independientemente (trab. p. 60)  
Sociedad constituida para retraer (53).  
Parte yerma o cultivo subalterno no arrendado (70).
- D) *Prueba de la cualidad legitimadora* { Incumbe al actor (55).  
Hecha por cualquier medio (56).  
La aprecia libremente la Sala de de instancia (57).

## LEGITIMACION PASIVA PARA EL JUICIO DE RETRACTO

Por tratarse de una acción real ha de demandarse al propietario (60, 61, 64).

Y por eso, no procede hacerlo al transmitente (66) sino al adquirente (65). Pero hay que demandar también a los adquirentes posteriores (63 y 67).

Si son conocidos antes de terminar el periodo expositivo del juicio (68).

### REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROSPERE LA ACCION DE RETACTO

#### A) *Finca con aptitud para ser retraida*

a) Para arriendos rústicos:

Finca rústica (71).

Con identidad material y jurídica (72).

No es necesario retraer todas si son varias las enajenadas (73).

Casos especiales	}	Finca parcelada (52).
		Con cultivos arrendados separadamente (70).
		Parcialmente arrendada (70).

b) Para arriendos urbanos:

Concepto de «piso» (Vid. trabajo página 67).

Casos especiales (Vid. trabajo páginas 68)	}	Unico inquilino sobre edificio con vivienda y local de negocio.
		Finca vendida por pisos.
		Piso ocupado por mas de un inquilino.
		Reserva por arrendador de parte del piso.

#### B) *Transmisión subrogable*

Extensión del concepto «transmisión onerosa» (74, 75).

Es preciso impedir simulaciones que eludan el retracto (76).

Pueden provocar el retracto	}	la transmisión separada	<ul style="list-style-type: none"> <li>del dominio útil (77).</li> <li>del dominio directo (77).</li> <li>de la nuda propiedad (78).</li> </ul>
		la dación en foro (77).	
		la permuta (87, 89, 92) — (90, 91).	
		la transacción con dación en pago (86).	
		la cesión	<ul style="list-style-type: none"> <li>solutoria (74)</li> <li>de derechos en general (85).</li> <li>del derecho hereditario (88 y trab. p.73)</li> </ul>
		la aportación de la finca a una sociedad (79).	
		las ventas	de participación indivisa (80).
			de varias fincas por precio global (142, 159)
			con precio aplazado (81, 143).
			con pacto de retro (82).
			con poder verbal no ratificado (83).
			en subasta pública (99).
	en que medie vicio de nulidad (84).		

No se estima apta para provocarlo la enajenación separada del usufructo (94).  
Procede el retracto aunque medien vicios, que no arrancan del mismo contrato sinó de la propia voluntad de los contratantes (95).

No basta la simple anulabilidad mientras no se declare (97).

Son inoperantes las modificaciones ulteriores del contrato (96, 98).

A no ser que la acción se apoye en o se compute desde la novación (98).

La transmisión ha de estar consumada, no bastando su simple perfección (95, 132). (Vid otra dirección jurisprudencial en trabajo página 88).

Por eso no es suficiente con la adjudicación en una subasta (117).

Pero cabe si, aún no formalizado el contrato, hubo ya tradición (134).

### C) Ejercicio de la acción en plazo hábil

#### a) Carácter de ese plazo:

Es de prescripción según criterio jurisprudencial hoy superado (108, 109).

Es de caducidad (106, 107, 110).

Por no ser procesal no se descuentan días } inhábiles (127).  
ni por razón de distancias (128).

No cabe lo modifiquen, ni aun ampliándolo, las partes (111).

#### b) Como se computa:

Sin contar día inicial (cómputo civil) (129).

Pero si se trata de inscripción, no se descuenta día inicial (130).

No se descuentan días inhábiles, ni por razón de distancia (127, 128).

#### c) Momento inicial para el cómputo:

Valoración de los que fija la Ley: evolución jurisprudencial (114, 115). (Vid. trabajo página 84).

Conocimiento	}	Presunción en favor de la fecha que de él exprese actor (115).
		Ha de versar sobre el hecho real de la enajenación (119).
		Con todos sus pactos esenciales (119, 120).
		De manera que éste pueda ponderar su conveniencia (119).
		Sin necesidad de indagaciones que no le incumben (119).
No basta	}	Ni dudas racionales sobre detalles de interés (119).
		La valoración de si el conocimiento fué suficiente corresponde a la sala de instancia (121).
		el de actos preparatorios (116).
Notificación	}	ni el ofrecimiento previo al arrendatario (118).
		ni el logrado por los anuncios de una subasta (117).
		Su obligatoriedad (113).
		Ha de reunirse las mismas condiciones que el conocimiento (122).
		Para los retractos rústicos no exige formas especiales (123).

Inscripción { Proporciona conocimiento por la publicidad material del registro (112).  
 { No equivale a la inscripción de expediente posesorio (126).  
 { Su fecha no se { el asiento presentación (124).  
 { retrotrae a la de { la anotación preventiva (125).  
 Momento terminal; basta papeleta para acto conciliatorio (135).

D) *Que se consigne el precio de la transmisión.*

Aplicabilidad a esa exigencia de los preceptos comunes (139).

Carácter:

Inexcusable, sin que pueda sustituirse por su simple promesa o anuncio (136 y 138).

Y ha de acompañarse a la demanda la prueba de que se consignó (137).

Es renunciable ? { Lo admite la Sala 5.<sup>a</sup>, incluso por renuncia tacita (trab.p. 93).  
 { La Sala 1.<sup>a</sup>, para los comunes, estimó que su falta debía traer consigo siempre una sentencia absolutoria (148).

Cuando ha de consignarse:

Al entablar el acto conciliatorio, si él inicia el juicio (Sala 1.<sup>a</sup>) — 146.

Basta con hacerlo al entablar la demanda (Sala 5.<sup>a</sup>) — 147 —

Que es lo que ha de consignarse:

El precio y no el valor real de la finca (140).

Pero sólo el precio y no los demás pagos abonables (141).

Tampoco es necesario consignar las rentas que vayan venciendo (141).

Basta consignar el precio conocido al iniciarse el juicio (142).

Casos especiales { Venta de varias fincas por precio global (142).  
 { Venta con precio aplazado (143).  
 { Venta con precio rectificado posteriormente (144, 145).

## OBLIGACIONES COMPLEMENTARIAS QUE HAN DE CUMPLIRSE PARA QUE SE CONSUME EL RETRACTO

A) *Pago del precio.*

Ha de ser abonado el verdadero (140, 145 y 154).

Se reputa como tal, salvo prueba en contrario, el que consta en la escritura (151).

Pero puede impugnarse el escriturario por simulación (152).

En el mismo juicio, (152).

Con prueba a cargo de quien alegue su simulación (153).

No es impugnabile, por el adquirente, si se trata de ocultación fiscal (153).

Demostrada la simulación, se reducirá el pago al del precio verdadero (154).

Cuando se trata de arrendamientos urbanos, cabe impugnar tal simulación en procedimiento especial y con las presunciones y singulares efectos que señala esa legislación. (Trabajo p. 95).

Casos especiales	}	el del precio global (155).
		el de la permuta (156).
		el de la donación en arrendamientos rústicos (LAR).
Momento en que ha de determinarse	}	En el mismo proceso, por regla general (145 y 157).
		Pero cabe también hacerlo en trámites de ejecución de sentencia (158).
		No pudiendo dejarse para ese trámite por puro arbitrio (156).

#### *Abonos legítimos.*

Ha de tratarse de gastos realmente abonados y justificados (159).

Y legalmente necesarios, o convenientes (160).

No son abonables	}	las costas de un juicio ejecutivo (161).
		Lo que por capital e intereses satisficere el adjudicatario para quedarse con la finca (161).
		Las costas de un juicio seguido por el adquirente subrogado para elevar a documento público su adquisición (162).

Si son, en cambio, de abono los gastos de subasta y adjudicación en juicio ejecutivo (161).

#### C). *Pago de expensas necesarias y útiles*

Siempre que hayan sido hechas de buena fé (164).

### EFFECTOS QUE PRODUCE EL RETRACTO (Vid. trabajo, p. 100)

#### 1.º *Inmediatos.*

Interdependientes y con recíproco influjo.	}	Resolucion (168)	}	Eliminación «ex tunc» del adquirente (167).
				Extinción de las enajenaciones intermedias (171).
	}	Subrogacion (169)	}	Adquisición derivativa, pero no del subrogado, sinó del dueño inicial (165, 169).
				Subsistencia de los pactos (no personalismos) del contrato provocador (172, 174).
				Extinción (por confusión) del arriendo que legitimó al retrayente.

2.º *Mediatos o ulteriores*: Limitaciones temporales al poder dispositivo del retrayente:

*Carácter de estas limitaciones*

Renunciables (176, 178).

Irrenunciables (177, 179).

*En que consisten:*

Retratos comunes (175).

Retratos rústicos	}	Prohibición (por 6 años)	}	Ventas (salvo al Instituto Nacional de Colonización).
				Arriendos.
				Aparcerías.
		Restricciones (no se pueden ejecutar las hipotecas durante los mismos 6 años).		

«Retratos urbanos» (prohibición de transmisiones durante 2 años, salvo que el retrayente demuestre vino a peor fortuna).

#### ADVERTENCIA IMPORTANTE

El resumen precedente no responde a otro móvil que al de facilitar el manejo autónomo de las notas que lo proceden; la lectura de éstas (y de las Sentencias en ellas citadas cuando no se reproducen literalmente) es imprescindible para no incurrir en error. Incluso es aconsejable consultar el texto del trabajo en que las citas se hacen.

## SUMARIO

	<u>Páginas</u>
CONSIDERACIONES GENERALES.—Precedentes históricos de la institución del retracto.—Dificultades que ha creado la escasez de normas porque hoy se rige.—Posibilidad y conveniencia de construir una doctrina común a ambos retractos especiales, para llenar lagunas legales.. . . . .	51
NATURALEZA DEL RETRACTO LEGAL.—Impropiedad de su denominación.—No deben aglutinarse los llamados retractos «convencional» y «legal».—Carece, en cambio, de realidad la distinción entre el «tanteo» y el «retracto».—Ambos constituyen un mismo derecho de preferencia adquisitiva, con dos momentos de posibilidad de actuación....	54
PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL RETRACTO ARRENDATICIO.—Importancia de su consideración para la problemática interpretativa de estas normas.—Las dos legislaciones arrendaticias especiales tienen igual motivación.—Resumen de las declaraciones del T. S. sobre esta materia . . . . .	56
ELEMENTOS DEL RETRACTO ARRENDATICIO.—A) <i>Sujeto activo</i> : Quien lo es para el tanteo y retracto.—Consecuencias que de ello se deducen para la legitimación activa en esta clase de procesos.—Principales declaraciones de la jurisprudencia con referencia a los arrendamientos rústicos.—Su aplicabilidad para los arrendamientos urbanos.—Supuestos que exigen matización especial: a) El del subarrendatario, b) el del inquilino subarrendador; c) el del piso amueblado; d) el del arrendatario ya desahuciado, aún no lanzado, y el del que, conforme a la disposición transitoria 14. <sup>a</sup> de la nueva LAU, accedió a desalojar el local arrendado.....	58

- B) *Sujeto pasivo*: Siempre es el mismo, ya se trate de tanteo o de retracto.—Porque ha de demandarse, también, a los subadquirentes ulteriores, no siendo sujetos pasivos del derecho que nos ocupa.—Jurisprudencia. 62
- C) *Elemento objetivo del retracto arrendaticio*: Su importancia como punto de confluencia de todas las relaciones que, con distintos sujetos, se dan en el retracto.—Consecuencias para la determinación de la aptitud retractual objetiva.—Supuestos especiales: 1.º Para los arrendamientos rústicos.—2.º Para los urbanos.—3.º Para los dos tipos de arriendo... 65

**PRESUPUESTOS «DE FACTO» PARA QUE SURJA EL DERECHO A RETRAER.**—Existencia de una transmisión: naturaleza de la que puede vivificar el retracto.—Doctrina anterior al código civil y posterior a éste y a las leyes especiales que nos ocupan.—Declaraciones jurisprudenciales interpretativas del art. 16 de la LAR; examen especial de los supuestos de permuta y de cesión del derecho hereditario.—Transmisiones que no pueden apoyar el retracto.—Orientación para aplicar a los arrendamientos urbanos la jurisprudencia recaída, en esta materia, con relación a los rústicos. . . . . 69

- REQUISITOS PARA LA VIABILIDAD Y SUBSIGUIENTE EFECTIVIDAD DEL RETRACTO.**—Crítica de la doble posibilidad, consecutiva (tanteo y retracto) admitida por la LAU. . . . . 76
- A) *Plazo para el ejercicio del derecho a retraer*. . . . . 78
- a) *Carácter de ese plazo*: Si es de prescripción o de caducidad.—Doctrina y jurisprudencia sobre ese extremo.—Criterio que parece prevalecer en el momento actual. . . . . 78
- b) *Duración de dicho plazo*: a) Para los arrendamientos rústicos. b) Para los urbanos.—Distintas hipótesis legales. . . . . 81
- c) *Cómputo del plazo retractual*: a') *Momento inicial*: Examen de los tres posibles en la legislación arrendaticia rústica (notificación, inscripción y conocimiento de la transmisión); evolución de la jurisprudencia social para graduar su valor relativo; sanción indirecta, por falta de notificación, que aún subsiste; condiciones exigibles para que el conocimiento, la notificación o la inscripción inicien el plazo retractual: jurisprudencia; aplicación de esa doctrina a los arrendamientos urbanos. b') *Como se computa dicho plazo*. . . . . 82
- d) *Cuando se entiende ejercitada la acción retractual*: Si basta con la perfección o es precisa la consumación del contrato.—Si es suficiente con la presentación de la papeleta para acto de conciliación: Jurisprudencia. . . . . 88
- B) *Requisitos formales de garantía para el éxito de la acción*: *La consignación*: Precedentes históricos.—Subsistencia de este requisito para los retractos arrendaticios.—Sobre que ha de recaer, en que momento ha de hacerse y que carácter tiene la consignación: Posibilidad de ser renun-



ciada.—Principales declaraciones que ha hecho el Tribunal Supremo sobre estas cuestiones. . . . .	89
C) <i>Concurrencia de retractos</i> : Preferencia entre ellos.— Distintas hipótesis en los arrendamientos rústicos y urbanos . . . . .	93
D) <i>Obligaciones complementarias para que el retracto se consume</i> :	
a) Pago del precio: Que ha de entenderse por tal.—Simulación del mismo y su impugnación.—Como y cuando ha de determinarse la cuantía del precio.—Casos especiales: Precio global, permuta, donación.—Doctrina del Tribunal Supremo. . . . .	94
b) Abonos legítimos: Precedentes legales.—Cuales se consideran y cuales no como abonables. . . . .	96
c) Gastos: Abono de las necesarias y útiles.—Derecho de retención para garantizar su pago.—Hipótesis de simulación o emulación.—Preceptos que deben ser consultados, siempre, en esta materia. . . . .	97
d) Formalidades finales de constatación documental: Con quien ha de otorgarse la correspondiente escritura; fundamento de su necesidad.—Observación final . . . . .	98
<b>EFFECTOS QUE PRODUCE EL RETRACTO ARRENDATICIO.</b> —Delimitación de nuestro estudio: etapas que cabe distinguir . . . . .	99
1.ª etapa: <i>Efectos inmediatos</i> : Errores doctrinales.—Confluencia y recíproco influjo de la «resolución» y de la «subrogación» en los retractos, imprimiendo a cada una de ellas una fisonomía específica.—Distinción de ambas funciones cuando actúan, así conectadas, en el retracto, y cuando se producen, con independencia, en las subrogaciones obligacionales o en las resoluciones puras.—Estudio de la resolución y la subrogación cuando, condicionadas e interferidas mutuamente, producen sus efectos peculiares en el retracto.—Síntesis de tales efectos . . . . .	100
2.ª etapa: <i>Efectos ulteriores</i> : Garantías para la no frustración de las conveniencias sociales que imponen el retracto, en nuestra legislación histórica y en la actual.—Estudio de las limitaciones de disposición en que consisten estas garantías.—Si son o no renunciables.—Razones en pro y en contra.—Crítica . . . . .	104
<b>PALABRAS FINALES.</b> . . . . .	106
<b>NOTAS</b> . . . . .	109
Índice esquemático para el manejo de tales notas. . . . .	149

## CRONICA UNIVERSITARIA

### Año 1950

En las páginas siguientes procuraremos dar una visión, lo más completa posible, de las múltiples actividades de la Universidad en el pasado año 1950. Nos referiremos, cronológicamente, a gran parte de lo ocurrido en la vida universitaria de carácter general, especificando con mayor detalle lo que se relaciona con la Facultad de Derecho, a la que corresponde el presente número de la Revista.

#### ENERO

El día 3 celebraron una fiesta íntima los alumnos de Derecho de la promoción de licenciados en 1943, reuniéndose hasta 24, residentes en la provincia. Asistieron primero a una misa que se dijo en la capilla de la Universidad, presidiendo el Sr. Vice-Rector, Decano de la Facultad y después de saludar a los antiguos Profesores, se reunieron en un restaurante, resultando el acto muy simpático y digno de imitación.

Por renuncia del Sr. D. Cecilio González Vallejo ha sido nombrado nuevo contable general de la Universidad D. Miguel Bengoechea.

El día 5 dió una conferencia en el Aula Máxima D. Fernando Fernández Kelly antiguo alumno, sobre el Africa Occidental española de cuyo Gobierno es Asesor Jurídico, asistiendo entre otras personalidades el Ministro de Obras Públicas.

El día 13 tomó posesión de su cargo el nuevo Catedrático de Derecho Mercantil D. Julián Aparicio Ramos, antiguo Profesor de la Universidad de Salamanca, el cual se hizo cargo inmediatamente de la enseñanza. Damos la más cordial bienvenida al nuevo Catedrático.

El día 18 inauguró sus sesiones semanales en el Aula Máxima la Academia Médica de Oviedo, tomaron parte en el acto inaugural los afamados doctores don Francisco Díaz, don Víctor Botas y don Arturo Buyla.

#### CURSO DE CONFERENCIAS

En este mismo día comenzó un octavario para la unión de las iglesias cristianas y un interesantísimo cursillo de conferencias sobre el centenario de la venida de San Pablo a Europa, el M. I. Sr. Lectoral D. Francisco Aguirre Cuervo profesor de la Universidad. El erudito cursillo del Sr. Aguirre terminó, con una misa a media noche de rito bizantino.

Los días 20 y 21 dió dos conferencias el Catedrático de la Universidad de Barcelona Sr. Pericot sobre «Problemas de Prehistoria española».

El día 22 comenzó el segundo curso Dominical del Colegio de propagandistas a cargo de los M. I. Sres. D. Martín Andreu y D. Moisés Díaz Caneja y del presbítero D. José Álvarez Iglesias. El cursillo terminó en el mes de marzo.

El día 23 y con toda la solemnidad de costumbre, se celebró la fiesta de San Raimundo de Peñafort, patrono de la Facultad de Derecho. Dijo la misa el profesor de Derecho Romano M. I. Sr. D. Benjamín Ortiz que pronunció una breve plática. Presidió el Sr. Rector con los Sres. Decanos asistiendo catedráticos y profesores y alumnos de la Facultad que fueron obsequiados con un vino español. El cuarteto de Arco de la Orquesta Provincial ejecutó un interesante programa.

Los días 27 y 28 pronunció dos conferencias el Catedrático de Derecho de la Universidad Central don Javier Cande. La primera sobre el «Concepto de clase» y la segunda sobre «El periodismo y la función de la inteligencia en la política».

El día 31 también ocupó la Cátedra del Aula Máxima el General Jefe de la I. P. S. D. Rafael Álvarez Serrano que se hallaba en Oviedo en visita de inspección sobre «Impresiones de un viaje a la Argentina». Asistieron las autoridades y numeroso público.

#### FEBRERO

El día primero el conocido publicista cubano D. Reinaldo Asensio Melero dió un recital poético sobre la poesía Hispanoamericana. Asistió numeroso público

principalmente de alumnos que aplaudieron con entusiasmo el interesante y amplio programa.

### IMPORTANTE DONATIVO

El día 2 se recibió en el Rectorado uno de los más afamados lienzos del ilustre D. Luis Menéndez Pidal, representando en un atractivo ambiente asturiano, a una vieja abuela que cuenta leyendas a sus nietos. Este hermoso cuadro fué donado a la Universidad por Dña. Guadalupe Figaredo en recuerdo de su esposo D. Bernardo Aza antiguo alumno de la Universidad. El cuadro fué admirado por las numerosas personas que acudieron a verle. La Junta de Gobierno acordó dirigirse a la Sra. Vda. de Aza agradeciendo el importante donativo que enriquece la Colección de pinturas de la Universidad.

El día 9 como de costumbre se celebró la fiesta oficial en honor del estudiante caído. A las 11 dijo una misa de requiem el capellán Sr. Aguirre presidiendo el Rector con gran número de profesores. Después de la misa el Catedrático Sr. Bernal entonó un responso ante el monumento a los estudiantes muertos, leyendo la oración de los caídos y calocándose coronas por los alumnos representantes del S. E. U. El acto resultó muy emocionante.

### MARZO

El día 7 con la solemnidad que señala el protocolo se celebró en la Universidad, en la Facultad de Veterinaria de León y en todos los Centros de Enseñanza del Distrito, la Fiesta de Santo Tomás de Aquino. En la Universidad dijo misa el Excmo. Sr. Obispo D. Francisco Javier Lauzurica, asistiendo el Claustro en pleno con sus insignias. El Sr. Obispo distribuyó la Sagrada Comunión que recibieron además de los señores Catedráticos y Profesores; centenares de alumnos que habían asistido a los ejercicios espirituales e cargo del Consiliario Nacional de Jóvenes de A. C. don José Armeo. Terminada la misa hubo el acostumbrado desayuno colectivo en el Aula Seminario.

Por la tarde a las siete y media hubo también la velada tradicional en la que tomaron parte el alumno de la Facultad de Ciencias don Juan Nobo Méndez, el profesor de Formación Religiosa M. I. Sr. D. Cesáreo Fernández Loredó, haciendo el resumen el Magfco. Sr. Rector en un breve discurso. Terminó la velada con un recital de piano a cargo del ilustre pianista don Mario Nuevo. A la velada asistió numeroso público.

El día 11 dieron comienzo los cursos monográficos de Doctorado en la Facultad de Derecho, habiéndose matriculado numerosos alumnos.

El día 13 dió una conferencia el Catedrático de la Facultad de Ciencias Polí-

ticas y Económicas don Eugenio Pérez Botija, invitado por el Director de la Escuela Social. Disertó sobre «La codificación del derecho del Trabajo». Asistieron numerosos profesores y alumnos de la ya citada escuela.

El día 18 se celebró una simpática fiesta de confraternidad de los estudiantes universitarios y los del Seminario Diocesano. El acto que se celebró en el Paraninfo, fué presidido por el Sr. Obispo con los señores Vice-Rector, Vicario General de la Diócesis, catedrático de Derecho Canónico señor Bernal y otros catedráticos y profesores. Disertó un alumno de tercer curso de Derecho brillantemente. El Orfeón del Seminario dirigido por el Maestro de Capilla don Eugenio Antuña, cantó admirablemente algunas canciones, cerrando el acto el Sr. Obispo con un magnífico discurso.

Asistió numeroso público.

El día 20 dió una brillante conferencia el Excmo. Sr. Ministro de Obras Públicas y catedrático de la Universidad Central D. José María Fernández Ladreda sobre «La química del uranio y sus posibles aplicaciones pacíficas». Asistieron las autoridades provinciales y locales y numerosísimo público en el que figuraban profesionales de las ciencias puras y aplicadas. La conferencia que duró dos horas fué interesantísima.

El día 23 se celebró en el Paraninfo una sesión del Instituto de Estudios Asturianos. En el acto dió una conferencia el distinguido publicista don Pedro Penzol sobre el «Padre Carballo». Tomaron posesión los nuevos académicos señores Prieto, Berjano, Encinas, «Adeflor» y Carreras.

Por la noche en el Teatro de la Filarmónica los alumnos de la Facultad de Derecho representaron una comedia de Muñoz Seca a la que acudió numeroso público que aplaudió entusiastamente a los alumnos actores.

También el alumno de quinto curso de la Facultad de Derecho señor Sagarminaga, pronunció una conferencia sobre el Existencialismo a la que asistieron muchísimos alumnos. La conferencia fué muy elogiada.

El día 30 se inauguró en la sala de costumbre una exposición de obras de esmalte de la célebre artista bilbaina María Josefa García Valenzuela.

Y también en el mismo día, en el aula Seminario, expuso el ya afamado pintor asturiano don Modesto García Pola y Alvarez Uría, una colección de retratos, paisajes y bodegones.

Tanto la exposición de la señorita Valenzuela como la del señor Pola fueron visitadísimas y muy elogiadas.

#### ABRIL

Como en años anteriores se celebraron solemnemente los Oficios de Jueves y Viernes Santos en la capilla de la Universidad. Asistió el Claustro con mucetas y

todas las insignias académicas, presidido por el Magfco. Sr. Rector y una sección de la Milicia Universitaria a las órdenes de su comandante señor Ochoa.

Ofició los dos días el M. I. Sr. D. Leocadio Alonso Crespo, Canónigo de la Santa Iglesia Catedral Basílica con los también capitulares señores Maroño y Díaz Caneja, cantando la capilla de la misma Catedral.

El Jueves no pudieron asistir las autoridades a causa de la catástrofe de Villayana.

El Viernes presidió el Ministro de Obras Públicas con el Magfco. Sr. Rector y todas las autoridades provinciales y locales.

El traslado del Santísimo por las galerías del Claustro revistió la grandeza y suntuosidad de siempre.

Todos los jefes y directores de los Centros docentes de la capital ocuparon sus asientos con el Claustro y el público fué numerosísimo.

Por la tarde del Jueves se hizo la guardia ante el Santísimo por los catedráticos y profesores de la Universidad.

El día 18 dió una interesantísima conferencia en el Aula Máxima el ilustre profesor de la Universidad de Lisboa y Presidente de la Asociación Luso-española de Neurocirugía, Dr. Almeida Lima sobre «El tratamiento quirúrgico de las enfermedades mentales».

La conferencia fué organizada por la Academia Médico-Quirúrgica de Asturias.

En la presentación el señor Izquierdo Rubín destacó la personalidad del ilustre conferenciante.

Asistió mucho público entre el que se veían médicos de toda la provincia.

Los días 19 y 20 explicó dos conferencias en el Aula Máxima el distinguido Catedrático de Derecho Político de la Universidad del Litoral de la Argentina Dr. D. Salvador M.<sup>a</sup> Dana Montano. La primera versó sobre «La última reforma constitucional en la Argentina» y la segunda sobre temas de «Sociología cristiana».

La simpatía, el buen decir, y el afectuoso amor a España del distinguido profesor, atrajeron la simpatía del público que llenó el aula y aplaudió con cariño las interesantes disertaciones.

El Sr. Rector y el Claustro le ofrecieron una comida en el Colegio Mayor «Valdés Salas» en la que los alumnos de Derecho, especialmente, testimoniaron al señor Dana Montano su afecto y simpatía.

Ha dejado muy buen recuerdo en esta Universidad.

## FIESTA DEL LIBRO

El día 25 se celebró con las solemnidades oficiales la fiesta del Libro. Se ini-

ció por la mañana con una misa en la que ofició el catedrático de Derecho don José Bernal, presidiendo el acto el Delegado del Sr. Gobernador Civil, con el señor Vice-Rector y representantes de todas las autoridades locales. Entre el público se veía a todo el personal de la Biblioteca Universitaria y de los Centros de la Ciudad, y algunos profesores y alumnos con los que figuraban los estudiantes de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Santiago con su decano don Ignacio Rivas.

Terminada la misa se inauguró en la Biblioteca general una interesante exposición de obras de Filología moderna.

Por la tarde en el Aula Máxima hubo la velada en la que pronunció un discurso el alumno de la Facultad de Derecho don Miguel G. Gay. Luego la cultísima Directora de la Biblioteca doña Carmen Guerra dió lectura a una interesante memoria que se acordó editar por el Secretariado de Publicaciones de la Universidad.

Hizo el resumen del acto el Magfco. Sr. Rector en un breve e interesante discurso. Y termina el acto con un brillante concierto de piano y flauta a cargo de los maestros don Mario Nuevo y San Narciso.

Los alumnos de la Facultad de Ciencias de Santiago fueron obsequiados con un vino de honor.

El día 26 en el Paraninfo se celebró sesión del Instituto de Estudios Asturianos para la recepción del nuevo miembro de número don José María Malgor que leyó su discurso sobre el poeta avilesino «Marcos del Torniello», le contestó don Justo Vigil Alvarez y ambos oradores fueron muy aplaudidos, resultando el acto solemne y muy brillante.

#### CONCIERTO INTERESANTE

Encontrándose casualmente en Oviedo el joven y famoso violinista italiano Pier Luigi Urbini ofreció espontáneamente un concierto en la Universidad en honor de los señores profesores y alumnos. Aceptado el generoso ofrecimiento por el señor Rector, celebróse el concierto en el Paraninfo de la Universidad, que estaba completamente lleno de centenares de estudiantes.

El estupendo violinista ofreció su programa en el que figuraban la Sonata en do mayor de Beethoven, obras de Sarasate y Paganini, y de otros grandes maestros.

La ejecución fué irreprochable entusiasmando a los estudiantes que hicieron objeto al artista de un expresivo homenaje de admiración y de afecto.

Acompañó al violinista con la maestría de siempre nuestro amigo Don Mario G. Nuevo.

El concierto dejará entre los alumnos imborrables recuerdos.

## MAYO

El día 2 los maestros de la Provincia hicieron un homenaje al Jefe del S. E. M. D. Baudilio Arce. Después de asistir a una misa en la Capilla de la Universidad la numerosa concurrencia de profesores, maestros y amigos se trasladó al Aula Máxima donde se entregaron al Sr. Arce las insignias adquiridas por suscripción entre sus amigos.

En el acto, que fué presidido por el Magfco. Sr. Rector, hizo uso de la palabra el Inspector Jefe de primera Enseñanza entre otros oradores y el homenajeado.

El día 8 la Junta General de Amigos de la Universidad celebró la Asamblea General de todos los años acordándose importantes decisiones.

El día 10 dió una conferencia el médico argentino Sr. Marizz profesor de la Universidad de Córdoba.

Hizo brillantemente la presentación el Sr. García Morán de la Academia Médico-quirúrgica.

El Sr. Marizzi disertó sobre «Las vías biliares».

Asistió numeroso público.

El día 19 terminó el curso de conferencias de invierno en el que tomaron parte numerosos profesores de la Facultad de Derecho.

La conferencia final estuvo a cargo del Magfco. Sr. Rector que disertó sobre «Los estatutos viejos de la Universidad de Oviedo». La conferencia fué muy interesante y el valioso ejemplar de los Estatutos danado por el Sr. Rector quedó depositado en la Biblioteca General.

El día 25 dió una conferencia el Profesor de la Escuela de Comercio Sr. Estrugo.

Y el día 26 disertó D. Santiago Fuentes Pila antiguo Gobernador Civil de la Provincia.

El día 31 hicieron juramento que dispone la ley los alumnos oficiales que no lo habían prestado al comenzar el curso.

Por la tarde dió una interesantísima conferencia sobre «La Sábana Santa de Turín» el padre Iriarte S. J.

Hizo la presentación el M. I. Sr. Canónigo D. Moisés Díaz Caneja.

La conferencia ilustrada con proyecciones fué verdaderamente apreciable y muy bien acogida por el numeroso público que asistió.

## JUNIO

El día 3 a las 12 de la mañana se celebró con solemnidad la investidura de los nuevos Licenciados en las diferentes Facultades.



Primeramente en la Capilla ofició el catedrático de Derecho Sr. Bernal cantándose el «Tedeum». Leyó el ofrecimiento de costumbre en nombre de los licenciados, el alumno de la Facultad de Derecho Sr. Medio.

Luego en el Paraninfo el Magnífico Sr. Rector recogió la promesa de los alumnos, imponiéndoles las mucetas los decanos de Ciencias y de Veterinaria, el Vice-Decano de Letras y el catedrático de Derecho D. Ramón Prieto Bances.

Terminó el brillante acto con un breve discurso del Magfco. Sr. Rector.

El día 16, terminado el curso, se inauguró la exposición anual de obras de pintura, dibujo y fotografías de los alumnos de las distintas Facultades. Los trabajos presentados fueron numerosos. Hubo grandes elogios de quienes fueron a visitarlos.

El día 17 se inauguró una exposición de pintura y escultura del artista ovetense Sr. García.

El día 19 se realizan ejercicios de exámenes del grado de Licenciados de los alumnos de la Facultad de Derecho presentándose 17.

El día 25 el Colegio Médico de Oviedo celebró la fiesta de su excelsa patrona la Virgen del Perpetuo Socorro. Hubo una misa a las 11 y media en la capilla de la Universidad oficiando el M. I. Sr. D. Alvaro Flórez.

Presidió el decano del Colegio D. Luis Fernández Vega Balbidares con representaciones de las autoridades Provinciales y locales.

Asistieron numerosos médicos de Oviedo y de la Provincia y muchas señoras.

El día 26 se celebró examen de ingreso en la Facultad de Derecho, presentándose 6 alumnos.

## JULIO

El día 7 se celebró en la capilla de la Universidad una misa de requiem por el alma de la Sra. madre del catedrático de la Facultad de Ciencias D. Noel Llopis, al que se le envió el pésame de la Universidad.

El día 8 la Orquesta provincial organizó un homenaje a su secretario D. Bernardino Maside para hacerle entrega de las insignias de la Asociación musical adquiridas por suscripción entre los músicos.

Asistió mucho público. Hicieron uso de la palabra el Presidente de la Diputación, el representante del Alcalde Sr. Vallauré y el Magnífico Sr. Rector.

El Sr. Maside fué felicitado por la numerosa concurrencia.

## AGOSTO

El día primero visitó la Universidad un grupo de alpinistas ingleses que vinieron a hacer escaladas en los picos de Europa. Les acompañaba el catedrático

de Derecho D. Luis Sela y se detuvieron con interés en la Biblioteca.

El día 24 como de costumbre se celebró con la mayor solemnidad la apertura de Curso de Verano. A las once hubo misa del Espíritu Santo en la que ofició el capellán M. I. Sr. D. Francisco Aguirre y a la que asistieron el Claustro de la Universidad y numerosos alumnos e invitados.

A las doce en el Paraninfo tuvo lugar el acto de apertura bajo la presidencia del Ministro de Obras Públicas Excmo. Sr. D. José María Fernández Ladreda, el Director General de Enseñanza Universitaria Itmo. Sr. D. Cayetano Alcazar Molina y el Magfco. Sr. Rector D. Sabino A. Gendín.

Ocuparon el estrado las autoridades provinciales y locales y catedráticos y profesores.

Hizo primeramente uso de la palabra el Magfco. Sr. Rector que expuso el plan del curso y dirigió un saludo a los cursillistas.

Seguidamente el Sr. Director General dió lectura a la lección inaugural sobre «Jovellanos y el despotismo ilustrado».

Terminó el acto con un discurso resumen del Sr. Ministro de Obras Públicas. La concurrencia fué numerosísima.

El Sr. Ministro y el Director General fueron obsequiados con una comida en el Colegio Mayor de Santa Catalina.

Entre los que tomaron parte en el Curso figura el antiguo profesor de alemán de esta Universidad Dr. Franz Damhorst, que vino con 25 alumnos de la Universidad de Munster (Alemania).

Comenzaron las lecciones de perfeccionamiento en el idioma español para los alumnos extranjeros, y las conferencias de los señores profesores según el programa que publicaremos en los anales.

El cursillo terminó con un brillante concierto a cargo de la Orquesta Provincial.

## SEPTIEMBRE

El día 18 y durante el Curso de Verano se inauguraron en la Universidad las exposiciones de los ilustres artistas señores Molina y Murillo.

El día 20 la del acuarelista señor Bárcena alumno de la Facultad de Ciencias. Fueron muy visitadas y merecieron las obras grandes elogios.

Fué adquirido un interesante cuadro del siglo XVII representando a la patrona de la Universidad Santa Catalina de Alejandría que quedó depositado en e Colegio Mayor femenino dedicado a la Santa.

## OCTUBRE

El día primero el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo celebró la fiesta anual en honor de su patrona, Nuestra Señora de Covadonga.

Dijo la misa el Licenciado en Derecho M. I. Sr. D. Eliseo Gallo Lamas, Canónigo-Magistral, asistiendo numerosos letrados y representantes de todos los centros judiciales y jurídicos de Oviedo.

Presidió el Decano del Colegio D. José Cuesta con el Presidente de la Audiencia provincial D. Francisco Ruiz, el Magfco. Sr. Rector y otras autoridades.

El día 3 asistió el Magfco. Sr. Rector a la solemne apertura del Curso Académico en el Seminario de la Diócesis bajo la presidencia del Excmo. Sr. Obispo.

El discurso de apertura estuvo a cargo del M. I. Sr. D. Martín Andreu Valdés, profesor de Literatura española y versó sobre «Fundamento del amor verdadero y de la afición a los clásicos antiguos».

En las oposiciones celebradas recientemente en la Audiencia Territorial de la Coruña y después de brillantes ejercicios han sido nombrados notarios los antiguos alumnos de esta Universidad señores Purón Sotres Palacios y don Antonio de la Esperanza y Radío a los que enviamos nuestra más cordial enhorabuena.

## APERTURA DE CURSO

El día 9 y con la solemnidad de costumbre se celebró el Claustro extraordinario de apertura de curso en la Universidad y centros docentes del distrito.

Presidió el acto el Sr. Rector con el Claustro en pleno, las autoridades provinciales y locales y los representantes de todos los Centros docentes.

A las 11 celebró la misa del Espíritu Santo el Catedrático Sr. Bernal, con asistencia del Claustro que fué obsequiado con un vino de honor.

A las 12 desfiló la brillante comitiva hasta el Paraninfo que estaba completamente lleno de alumnos y de personalidades. Comenzando el acto con la toma de posesión de los nuevos Catedráticos D. Aparicio Ramos de la de Derecho y don Enrique Moreno Baez de la de Letras.

Leyó primero un discurso el jefe del S. E. U. D. Carlos Delgado. Luego el Catedrático D. Carlos del Fresno por ausencia del encargado D. Noel Llopis Lladó, leyó la lección inaugural sobre «Los rasgos morfológicos y geológicos de la cordillera Cantabro-Astúrica».

El discurso fué muy aplaudido y elogiado.

Terminó el acto con un discurso del Magnífico Sr. Rector que expuso las novedades ocurridas en el año anterior y los proyectos que han de realizarse en el curso que se inaugura.

El acto revistió la solemnidad de siempre.

El día 11 se celebró la Junta de Facultad de Derecho aprobándose el cuadro de enseñanzas, el nombramiento de ayudantes de clases prácticas, concediéndose subvenciones para adquisición de libros y otros fines docentes de la Facultad.

## NOVIEMBRE

El día primero con motivo de la definición solemne por Su Santidad del dogma de la Asunción de Nuestra Señora a los Cielos, la Universidad engalanó sus fachadas y encendió la iluminación.

La conmemoración solemne fué aplazada para la fecha en que pueda inaugurarse en la Capilla de la Universidad la obra del laureado pintor D. Paulino Vicente, representando el voto asuncionista del Claustro de la Universidad. En esta fecha se anunciará oportunamente un novenario de homilias a cargo de los señores Profesores sacerdotes de las distintas Facultades.

El día 2 se dijo una misa de requiem con motivo de la fiesta de difuntos, oficiando el Sr. Bernal. Luego el capellán Sr. Aguirre entonó responsos ante la estatua del fundador y del monumento a los estudiantes muertos.

Presidió el Magnífico Sr. Rector.

El día 3 se celebró la apertura del curso de la Escuela Social bajo la presidencia de su Director D. Valentín Silva Melero, Vice-Decano de Derecho.

Pronunciado el discurso inaugural D. Marcelo Catalá y Ruiz, profesor de la escuela social de Madrid y Jefe del Servicio Social Internacional.

Asistieron numerosos profesores de la escuela y muchos alumnos.

También se celebró la apertura del curso universitario de Acción Católica.

Y el mismo día se inauguraron los nuevos locales del hogar del S. E. U. en la plaza de la Catedral.

El día 17 comenzaron las clases prácticas del S. E. U. a cargo de alumnos y profesores de la Universidad. Las clases serán semanales hasta el fin del curso.

El día 24 visitó la Universidad el nuevo Gobernador Civil de la provincia don Francisco Labadie y Otermin antiguo alumno de la Facultad de Derecho de esta Universidad. Fué recibido por los Sres. Magnífico Rector, Vice-Rector y Decanos, que le felicitaron por su nombramiento y le acompañaron a visitar la Biblioteca y demás dependencias.

El día 25 se celebró la fiesta de la patrona de la Universidad y su distrito Santa Catalina de Alejandría.

Asistió el Claustro en pleno bajo la presidencia del Magnífico Sr. Rector y autoridades académicas, figurando entre los asistentes los jefes de los centros docentes de la ciudad y las niñas del Colegio de las Recoletas, con su directora.

Dijo la misa solemne el M. I. Sr. D. José Cuesta Vicario del Obispado con los capitulares, Sres. Aguirre y Andreu.

Pronunció un breve panegírico el M. I. Sr. Profesor de Derecho D. Benjamín Ortiz.

Luego hubo comida en el Colegio Mayor de Santa Catalina a la que fueron invitados el Sr. Gobernador y su esposa, y las autoridades académicas.

En la velada de la tarde se conmemoró el 17 aniversario de la fundación del S. E. U., se concedieron algunas becas y pronunció un discurso el alumno don Juan Lobo Méndez que anunció la creación de un Seminario de práctica florense y otro de la Facultad de Ciencias.

El discurso científico estuvo a cargo del profesor M. I. Sr. D. Cesáreo Rodríguez Loredo que expuso «Los triunfos de Santa Catalina sobre la filosofía neoplatónica greco-oriental».

El Sr. Rector hizo el resumen de la velada en un breve discurso.

Terminó el acto con un interesante concierto de piano a cargo de la joven y extraordinaria pianista ovetense Purita de la Riva que tocó obras de Mozart, Bach y Mendelssohn, accediendo muy amable a la invitación de la Universidad. La concurrencia fué extraordinaria.

Con el mismo esplendor se celebró la fiesta en la Facultad de Veterinaria de León.

El día 28 dió una interesante conferencia sobre «Nuestra Señora en el Museo del Prado» el jesuíta mejicano Padre Cué Romano que obtuvo un gran éxito siendo aplaudidísimo por el numeroso público que asistió a oírle y elogió con entusiasmo al poeta conferenciante.

## DICIEMBRE

El día 4 se celebró en el Paraninfo con motivo de la fiesta de Santa Bárbara patrona de los Ingenieros de Minas una sesión solemne en memoria de Don Luis Adaro con motivo del centenario de su nacimiento.

Fué organizada por la agrupación de Ingenieros de Minas del N. E. de España En su nombre el presidente D. José María García Comas, hizo la presentación de los oradores que tomaron parte en el acto. D. Antonio Lucio Villegas en representación de las empresas mineras, el Excelentísimo Sr. D. Agustín Marín, del Instituto de Ingenieros Civiles, el Excelentísimo Sr. D. Juan Gabala Laborde, Director General de Minas y combustibles, cerrando el acto el Ministro de Obras Públicas Excmo. Sr. Ladreda, que presidió el acto.

Asistieron las autoridades académicas provinciales y locales y representaciones de todos los organismos e industrias relacionados con la minería.

El día 18 falleció cristianamente el funcionario de la Secretaría de la Universidad D. Eduardo Alvarez Quiñones, encargado de los servicios de la Escuela Social y del Curso de Verano, donde prestó excelentes servicios.

Hombre bueno y de un trato simpático y afectuoso, su muerte fué muy sentida por todos los que tuvieron el gusto de conocerle y apreciar sus muchas virtudes.

El día 22 se dijo una misa de requiem por su alma en la capilla de la Universidad con numerosa asistencia de profesores y compañeros, presidiendo el señor Rector.

Se recibió un retrato del que fué tantos años activo e inteligente Catedrático de la Facultad de Derecho D. Adolfo G. Posada regalado por su familia.

En este mes salió la tuna ovetense que dió algunas serenatas a las autoridades académicas y recorrió varios pueblos de la provincia.

Se inauguraron dos exposiciones; una de caricaturas y algunos cuadros del señor Cavanyes y la segunda de la agrupación de acuarelistas asturianos. Muy interesantes ambas fueron visitadas por mucho público.

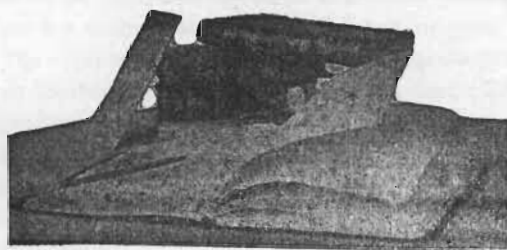
SOCIEDAD METALURGICA  
"DURO-FELGUERA"

==== (COMPANIA ANONIMA) ====

CAPITAL SOCIAL: 125.000.000 DE PESETAS

CARBONES gruesos y menudos de todas clases y especiales para gas de alumbrado -- COK metalúrgico y para usos domésticos -- Subproductos de la destilación de carbones: ALQUITRAN DESHIDRATADO, BENZOLES, SULFATO AMONICO, BREA, CREOSOTA y ACEITES pesadas LINGOTE al cok -- HIERROS Y ACEROS laminados -- ACERO moldeado -- VIGUERIA, CHAPAS Y PLANOS ANCHOS -- CHAPAS especiales para calderas -- CARRILES para minas y ferrocarriles de vía ancha y estrecha TUBERIA fundida verticalmente para conducciones de agua gas y electricidad, desde 40 hasta 1.250 mm. de diámetro y para todas las presiones -- CHAPAS PERFORADAS VIGAS ARMADAS -- ARMADURAS METALICAS DIQUE SECO para la reparación de buques y gradas para la construcción, en Gijón.

**Domicilio Social: MADRID -- Barquillo. 1 -- Apartado 529**  
**Oficinas Centrales: LA FELGUERA (Asturias) " 1**



LIBRERIA

"CIPRIANO MARTINEZ"

(Sucesora: Enedina F. Ojanguren)

**Plaza de Riego, 1**

**OVIEDO**



FABRICA DE  
**MIERES**  
SOCIEDAD ANÓNIMA

MIERES - (ASTURIAS) - Apartado 20  
Telf. 5 - MIERES - Telog. "Fabricaciones" - Mieres

**CARBONES** - Gruesos, menudos  
y finos, para todas las aplicaciones.

**COK** - Metalúrgico y para uso doméstico.

**SUBPRODUCTOS** - Sulfato  
amónico Alquitrán Brea Creosotas,  
Naftalina, Antraceno, Benzoles y Tolúol.

**SIDERURGIA** - Lingotes de fundición  
y de afino Acero Siemens-Martin Palan-  
quilla Laminados Vigas, Ue, Angulares, Tes,  
Redondos, Cuadrados, etc. Carriles de mina.

**METALURGIA** - Construcciones  
metálicas: armaduras, columnas, postes  
y todo clase de estructuras Forja y  
Estampación Tornillería Piezas de  
hierro fundido Acero moldeado

**PROYECTOS Y PRESUPUESTOS**





# ACADEMIA ALLER

**MOREDA (Asturias)**

PREPARACION. TECNICOS INDUSTRIALES, BACHILLER,  
COMERCIO, TAQUIGRAFIA, CAPATACES Y VIGILANTES  
DE MINAS, ETC.

*Toda la correspondencia relacionada con donativos,  
anuncios, suscripciones, etc., debe ser diri-  
gida al Secretariado de Publica-  
ciones de la Universidad  
de Oviedo*

*Fué impresa esta Revista en los  
Talleres de la Imprenta «La Cruz»,  
sita en la calle de San Vicente, de  
la Ciudad de Oviedo, en el mes  
de enero de 1951.*