

13.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2009

Caducidad de la acción de retracto arrendaticio urbano. Interpretación del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre presentación de escritos

Comentario a cargo de:
M^a ELENA SÁNCHEZ JORDÁN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana

Asunto: La sentencia se ocupa, por una parte, del plazo de caducidad para el ejercicio del derecho de retracto arrendaticio previsto en el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, materia en la que, según el recurrente, la sentencia de la Audiencia Provincial se opone a la jurisprudencia del TS que considera que el plazo de caducidad de la acción de retracto empieza a correr desde que el inquilino conoce las condiciones esenciales en las que se ha efectuado la compraventa, mientras que, a juicio del demandante, en la resolución recurrida se entiende que lo hace desde que el retrayente tiene la posibilidad de conocerlas aplicando una mínima diligencia. Según el TS, sin embargo, lo que sucede en este supuesto es que el arrendatario mostró una voluntad manifiesta de no conocer, lo que lleva a la Sala a entender que no existe conflicto jurídico alguno producido por infracción de normas sustantivas aplicables al objeto del proceso, sino que el recurrente plantea una cuestión de hecho cuyo análisis no cabe en el marco del recurso de casación. Por lo tanto, no entra a ocuparse de la cuestión relativa al grado de conocimiento de las circunstancias de la transmisión aludido en la sentencia recurrida.

En la sentencia se analiza, por otra parte, y como consecuencia de la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal, el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la presentación de escritos hasta las quince horas del día

hábil siguiente al del vencimiento del plazo, lo que lleva a la Sala a distinguir entre plazos procesales y plazos sustantivos y a calificar el plazo para el ejercicio del derecho de retracto urbano como plazo de caducidad y a afirmar, en consecuencia, su naturaleza sustantiva.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009

Caducidad de la acción de retracto arrendaticio urbano. Interpretación del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre presentación de escritos

M^a ELENA SÁNCHEZ JORDÁN
Profesora Titular de Derecho Civil
(Universidad de La Laguna)

Resumen de los hechos

En un supuesto de transmisión de un local arrendado, la entidad arrendataria demanda a la sociedad adquirente y solicita que se declare su derecho a retraer la finca adquirida por la demandada; sin embargo, tanto en primera instancia como en apelación se desestima la acción ejercitada por considerarse que la acción de retracto ha caducado. La Audiencia Provincial de Barcelona precisa que la actora conoció la transmisión del inmueble a la demandada al serle notificado el expediente de demolición de la finca instada por el nuevo propietario, pudiendo haberse enterado con una mínima diligencia de cuál era el contenido del título de adquisición, incluso accediendo al Registro de la Propiedad, de modo que se debe presumir que la actora pudo tener acceso al conocimiento justo y completo de todas las circunstancias del negocio de enajenación por el mismo expediente de demolición o en virtud de la publicidad registral.

La entidad arrendataria interpuso tanto recurso de casación como recurso extraordinario por infracción procesal.

COMENTARIO

Sumario: 1. Introducción. 2. Los derechos de adquisición preferente en la legislación arrendaticia urbana. 3. El tratamiento de los derechos de tanteo y retracto en la jurisprudencia. 4. El plazo de caducidad de la acción de retracto arrendaticio urbano. 4.1. El nacimiento de la acción de retracto. 4.2. El comienzo del cómputo del plazo de caducidad. 5. La Sentencia de 29 de abril de 2009. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Debe apuntarse, de entrada, que aun cuando la parte actora considera que el recurso de casación que se resuelve en la sentencia objeto de comentario presenta interés casacional, el TS entiende que no se ha justificado el alegado interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, ni existe oposición a la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS, tal y como afirma en el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia (y primero que se ocupa del recurso de casación, ya que en ella se resuelve, además, un recurso extraordinario por infracción procesal). Lo cierto es que llama la atención el dato de que el Supremo se pronuncie en el sentido antes indicado si se tiene en cuenta que el recurso pasó, en primer lugar, el filtro de la Audiencia Provincial, que en su momento tuvo por preparado el recurso; lo expuesto significa que la parte recurrente en casación dio cumplimiento a la previsión contenida en el art. 479.4 LEC, que obliga a quien pretenda recurrir una sentencia al amparo de lo dispuesto en el número 3.^o del apartado 2 del artículo 477 a expresar en el escrito de preparación, además de la infracción legal que se considere cometida, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue. Implica que superó, también, la segunda barrera, consistente en la admisión del recurso por el TS, aun a pesar de lo dispuesto en el art. 483.2.3 LEC, en el que se señala que procederá la inadmisión del recurso de casación cuando no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial o por falta de jurisprudencia contradictoria. Y todo ello, en suma, a pesar de los restrictivos criterios de admisibilidad de tal recurso en interés casacional [J. MARTÍ MARTÍ, 2002], fijados en el acuerdo de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000, en el que puede leerse «El interés casacional tipificado en el art. 477.3 LEC contempla en primer término la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, lo que hace necesario citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas; en cuanto a la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, por tal debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica, sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencia Provincial o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de Derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y en qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca».

En el concreto supuesto enjuiciado por la STS de 29-4-2009 (RJ 2009/2903), el Tribunal concluye que no existe oposición con la jurisprudencia de la Sala encargada de conocer del asunto ni conflicto jurídico alguno producido por la infracción de las normas sustantivas aplicables al objeto del proceso (artículos 47 y 48 LAU 1964), al entender que la parte recurrente plantea en casación una cuestión de hecho relativa a la regla de conocimiento del arrendatario de las condiciones esenciales en que se produjo la compraventa, aspecto en el que el TS no puede entrar.

En relación con el punto central del recurso de casación, relativo al inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de retracto arrendaticio, la jurisprudencia es prácticamente unánime a la hora de interpretar la previsión contenida en el art. 48.2 LAU 1964, que exige la notificación fehaciente por parte del adquirente al arrendatario “de las condiciones esenciales de la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada”, en el sentido de que, en la mayor parte de las ocasiones en las que se ha ocupado de la cuestión, ha suavizado en gran medida el requisito de la notificación, admitiendo que la misma no es necesaria si por cualquier medio se acredita que el arrendatario poseía un conocimiento completo de las condiciones de la venta, como se indica, entre muchas otras, en las SSTS 12-2-1981 [RJ 1981/391]; 24-5-1982 [RJ 1982/2591]; 9-2-1984 [RJ 1984/1128]; 6-6-1988 [RJ 1988/4820]; 22-9-1988 [RJ 1988/6848]; 28-2-1989 [RJ 1989/1411]; 23-1-1990 [RJ 1990/19]; 21-3-1990 [RJ 1990/1716]; 20-5-1991 [RJ 1991/3773]; 10-11-1992 [RJ 1992/9102]; 11-4-1995 [RJ 1995/3186]; 7-3-1996 [RJ 1996/1883]; 7-10-1996 [RJ 1996/7057]; 30-11-1996 [RJ 1996/8591]; 8-6-1995 [1995/4909]; 14-7-2008 [RJ 2008/3362] y 18-3-2009 [RJ 2009/1653]) [más discutido, en cambio, ha sido el inicio del cómputo del plazo de la acción de retracto legal regulado en el Código civil, como explica MATEO SANZ, 2002, págs. 106-109]. A pesar de esta aparente armonía, debo añadir que nos encontramos ante una materia en la que se detecta cierta confusión, pues son numerosas las sentencias que confunden el momento en el que nace la acción de retracto y el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de ejercicio de la acción [lo pone de manifiesto ARCOS VIEIRA, 1996].

En cualquier caso, si bien esta STS no resuelve contradicciones ni sienta ninguna línea interpretativa, sí que sirve de excusa para efectuar un repaso de la jurisprudencia recaída en la materia y para detectar, en su caso, las tendencias existentes. Mas, antes de entrar a analizarla, y con el objeto de situar de forma adecuada el punto litigioso, he considerado oportuno exponer cuál ha sido el tratamiento que se ha dispensado a los derechos de adquisición preferente tanto en la legislación reguladora de los arrendamientos urbanos como en las abundantes decisiones judiciales que se han ocupado de los mismos.

Para cerrar esta introducción, me gustaría mencionar que en la sentencia comentada se resuelve, también, un recurso extraordinario por infracción procesal, cuyo aspecto más relevante, en lo que aquí interesa, es el que se refiere a

la interpretación que debe darse al art. 135.1 LEC en materia de presentación de escritos, dado que este punto permite al magistrado ponente establecer la distinción entre plazos procesales y plazos sustantivos y pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la acción de retracto. El citado precepto –que carece de precedente en la LEC 1881 pero que, según se ha afirmado, supone la consagración legal de lo que venía ocurriendo en la práctica forense [GUTIÉRREZ CARBONELL, 2002, pág. 338; MUERZA ESPARZA, 2001, pág. 604]– permite la presentación de escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día siguiente hábil al del vencimiento. Tal y como afirma el TS en el Fundamento Jurídico Cuarto de la STS 29-4-2009 (RJ 2009/2903), la regla del art. 135.1 LEC está prevista para los plazos procesales y no para los sustantivos, considerando que son procesales aquellos plazos que tengan su origen en una actuación de igual clase (notificación, citación emplazamiento o requerimiento) y que, en cambio, no tienen carácter procesal aquellos que se conceden para el ejercicio de una acción. A continuación precisa que “el plazo de sesenta días que establece el art. 47 LAU 1964 para el ejercicio de la acción de retracto por el arrendatario de viviendas urbanas es de caducidad, lo que exige que el derecho se ejercite en un período determinado, transcurrido el cual decae, y la institución de la caducidad opera, en principio, en el ámbito propio del Derecho material o sustantivo y no en el del Derecho procesal, en cuyo cómputo se incluyen los días inhábiles, a diferencia de los plazos propios del proceso, tal como establece el art. 5 del Código Civil”.

2. Los derechos de adquisición preferente en la legislación arrendaticia urbana

Los derechos de tanteo y retracto se conceden a inquilinos de vivienda y a arrendatarios de locales de negocio por primera vez en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, en cuya Exposición de Motivos se puede leer: “Sin efectos retroactivos, pero a partir de la promulgación de esta Ley de Bases, en los casos de venta por pisos, se concede a sus usuarios el tanteo y el retracto sobre los que habitan, de modo que garantizará la efectividad de ambos derechos e impedirá simulaciones o que, a pretexto de la venta fraccionada de la finca, se ejerzan coacciones inadmisibles sobre aquellos inquilinos o continuadores del contrato cuyas escasas disponibilidades les imposibilitan el acceso a la propiedad de sus viviendas, quienes, hasta donde es posible, quedan también protegidos mediante un orden de prelación que será de obligado respeto en esta clase de transmisiones y que es consecuencia de la inquietud social de un Estado que repudia ver convertido el capital en un instrumento de dominación económica”. A partir de este momento, los derechos de adquisición preferente, cuya atribución al arrendatario se justifica, de una parte, en el carácter social de la norma, que persigue la tutela de los intereses del inquilino tratando de facilitarle el acceso a la vivienda, y, de otra, en la necesidad de evitar

que el arrendador intente burlar los efectos de la prórroga forzosa mediante la cesión aparente del inmueble a otro propietario en quien concurren las condiciones necesarias para la denegación de aquella [ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., 1996, p. 499; RODRÍGUEZ MORATA, F., 2001, pp. 90 y 91], se convierten en una de las instituciones más problemáticas en materia arrendaticia [RODRÍGUEZ MORATA, F., 2005, pp. 585 y 586], dando lugar a un cierto enfrentamiento entre una especie de política social de tutela al inquilino y el derecho del propietario a enajenar su vivienda.

Nos encontramos, de esta manera, con que en un momento marcado por una notable demanda de vivienda urbana y una escasez de la misma, la legislación parece inclinarse a favor de la protección del acceso a la vivienda por parte del arrendatario a través de la concesión al mismo de los derechos de adquisición preferente, como se pone de manifiesto en un breve repaso de los principales hitos en la materia: así, la ya citada Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 reconoce por primera vez los derechos de adquisición preferente en los supuestos de ventas y cesiones solutorias; por Decreto-ley de 8 de febrero de 1952 se revisa la regulación de los derechos de tanteo y retracto, en lo que parece un claro intento por favorecer su aplicación: por una parte, los plazos de ejercicio de tales derechos se amplían de treinta días a cuatro meses; por otro, se extiende su aplicación a las adjudicaciones de viviendas –no a las de locales de negocio– efectuadas en los casos de división de la cosa común (defiende la necesidad de la aplicación restrictiva de esta posibilidad SERNA MERONÓ, E., 1991, pág. 270), excepto cuando la división y adjudicación de la vivienda se produzca por título hereditario. Se puede entender que la LAU de 1964 mantiene esta tendencia protectora del arrendatario: reproduce, con algunas modificaciones, la regulación contenida en la LAU de 1946, y concede derechos de adquisición preferente al arrendatario en los supuestos de enajenación de vivienda o local arrendado, así como en los casos de traspaso de local de negocio, con un plazo de ejercicio de tales derechos de sesenta días naturales.

La regulación contenida en la LAU de 1964 –que es la norma aplicada en la sentencia objeto de este comentario– se encuentra muy próxima, como acabamos de apuntar, a la de 1946, y parece continuar esa tendencia del legislador que podríamos calificar de favorable a los derechos de adquisición preferente. Bien distinto es lo que ocurre en la LAU vigente: no sólo disminuye notablemente el número de preceptos dedicados a regularlos –en ella su ordenación se ciñe al artículo 25 y a la remisión contenida en el artículo 31, frente a los dieciséis preceptos (artículos 35 a 41 y 47 a 55) de la LAU 1964–; esta nueva línea más restrictiva –o más respetuosa con el derecho de propiedad, como la califica RODRÍGUEZ MORATA (2005, pág. 587, y 2001, pág. 100)– se aprecia también en el plazo de caducidad de ejercicio de los derechos, que pasa de sesenta a treinta días naturales. Resulta, igualmente, de los extremos que deben constar en la notificación que debe efectuar el arrendador-vendedor al arrendatario: mientras que la LAU 1964 exigía que en la notificación del tanteo y el retracto

constaran, además de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, el nombre, domicilio y las circunstancias del comprador, la ley vigente sólo requiere que se notifique la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión. También se desprende del hecho de que la LAU 1994 haya eliminado tanto la caducidad de la notificación (contemplada en el art. 49 LAU 1964), que en la práctica daba paso a una prohibición de disponer de la finca arrendada hasta transcurridos dos años desde la notificación, como también la prohibición de disponer impuesta al retrayente o al adquirente en virtud de tanteo por el art. 51 LAU 1964 [otras diferencias que apuntan a un mayor respeto y protección hacia el derecho de propiedad por parte de la LAU 1994 y una aproximación desfavorable a los derechos de adquisición preferente en la ley vigente pueden verse en RODRÍGUEZ MORATA, 2005, pág. 588, y 2001, págs. 100 y 101].

Uno de los principales aspectos que permiten detectar esta aproximación restrictiva a los derechos de tanteo y retracto que caracteriza a la LAU 1994 es la que se refiere a los supuestos que dan lugar al nacimiento de los derechos de tanteo o retracto, que en la ley vigente se limita al caso de venta de la vivienda y cesión o dación “en pago”, a la que se considera una modalidad del contrato de compraventa [RODRÍGUEZ MORATA, 2005, pág. 598, y 2001, p. 118], reduciendo, pues, los supuestos aptos para dar lugar a la aparición de los derechos de adquisición preferente en comparación con los contemplados en la LAU 1964. A juicio de RODRÍGUEZ MORATA [2005, págs. 598-600, y 2001, págs. 114 a 130], es claro que la ley vigente excluye de la consideración de enajenaciones hábiles para hacer surgir los derechos de tanteo y retracto los siguientes supuestos de negocios transmisivos: la adjudicación de vivienda como consecuencia de la división de cosa común –que, sin embargo, se admitía de forma expresa en el art. 47.3 LAU 1964 salvo que estuviera referida a la división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado–, la permuta, la donación, la transmisión mediante renta vitalicia o a censo reservativo, la cesión a cambio de una prestación personalísima, los casos de aportación a una sociedad de tipo personalista y la cesión “para pago”. Para el mencionado autor, el nacimiento de los derechos de adquisición preferente queda excluido, en general, en el supuesto de transmisiones gratuitas y de aquellas onerosas no fungibles o personalísimas; no obstante, considera que sí que cabría el ejercicio del derecho adquisitivo en los supuestos indicados si se hubiera producido una simulación relativa [acerca de los supuestos de aplicabilidad y exclusión de los derechos de adquisición preferente en la LAU 1964 pueden consultarse también ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., 1996, págs. 500 a 508, para el tanteo, y pág. 517, para el retracto; y FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES LOJO, J.V., 2007, págs. 539 y ss.].

También a nivel legislativo, pero en relación con los arrendamientos rústicos, creo que merece la pena recordar –porque es sintomático de la tendencia del legislador– que la Ley de Arrendamientos Rústicos 49/2003, de 26 de noviembre, suprimió los derechos de adquisición preferente argumentando, en

su Exposición de Motivos, que “implican una notable limitación a la propiedad, alejaba a los propietarios de arrendar y, por lo tanto, se ha creído oportuno suprimirlos ahora, en aras de la libre circulación de la tierra que se estima cada día más conveniente”. Poco tiempo duró, sin embargo, esta situación, ya que la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modifica la LAR 2003, dispone la reintroducción de los derechos de tanteo y retracto en términos ciertamente amplios, como resulta, en especial, de lo previsto en el art. 22.2, en el que se contemplan los supuestos hábiles para dar lugar a la aplicación de tales derechos: “En toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2, tendrá derecho de tanteo y retracto.”

En todo caso debe indicarse que, tal y como se podrá comprobar en el apartado siguiente, la mayoría de los supuestos enumerados por RODRÍGUEZ MORATA ya habían sido considerados inhábiles para generar el nacimiento de los derechos de tanteo y retracto por la jurisprudencia incluso bajo la vigencia de la LAU 1964, si bien no en todos los casos de forma unánime.

3. El tratamiento de los derechos de tanteo y retracto en la jurisprudencia

Las diferencias entre la LAU del 64 y la vigente en lo que al tratamiento dispensado a los derechos de tanteo y retracto se refiere son, como se acaba de exponer, de cierto calado. Para explicar tales divergencias se ha afirmado que éstas derivan de un cambio de interpretación (jurisprudencial) de las normas reguladoras de estos derechos y que no se justifican, en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, en una variación de principios (pro retracto, en la legislación más antigua, y contra retracto en la LAU 1994) [en este sentido, RODRÍGUEZ MORATA, F., 2005, pp. 586-588; más ampliamente, RODRÍGUEZ MORATA, F., 2001, pp. 94-103]. Con el fin de comprobar si efectivamente se ha producido el mencionado cambio de tendencia en la jurisprudencia, me parece que resulta imprescindible efectuar un repaso de las decisiones recaídas en la materia, haciendo especial hincapié en aquellas sentencias en las que se decide acerca de los supuestos que se consideran aptos para dar lugar al nacimiento de los derechos de adquisición preferente, pues entiendo que de su análisis se desprende de manera bastante clara si la aproximación de la jurisprudencia a tales derechos es flexible o restrictiva.

Con carácter general apunta RODRÍGUEZ MORATA [2005, pp. 586 y 587, y 2001, p. 96] que bajo la vigencia de la LAU 1964 la tendencia inicial del TS fue la de interpretar de manera extensiva los derechos de adquisición preferente

como derivados de la tendencia social y en muchos casos proteccionista de la legislación arrendaticia, ya que en numerosas sentencias se llegaba a afirmar que con el reconocimiento de los derechos de adquisición preferente se cumplen los fines de justicia social de facilitar a los inquilinos el acceso a la propiedad, que inspira y justifica la norma, y constituye la tendencia finalista del retracto urbano, como puede leerse, entre otras, en las SSTS 27-11-1947 (RJ 1948/622), 18-12-1954 (RJ 1954/3181) y 26-3-1960 (RJ 1960/1656). Así resulta también, en mi opinión, de aquellas decisiones en las que el TS afirma que los derechos de tanteo y retracto se conceden a los arrendatarios para protegerlos contra los propietarios que utilizan la venta por pisos como medio de librarse de los ocupantes que pagaban poca renta o bien para provocar el desahucio (STS 4-5-1953, [RJ 1953/1277]), y también de las sentencias que admiten la aplicación analógica de los derechos de tanteo y retracto en supuestos distintos de los expresamente recogidos en la ley para evitar que se produzcan situaciones injustas [SERNA MERONÓ, E., 1991, pág. 270] por entender que, en caso contrario, “los intereses sociales que la ley trata de amparar quedarían a merced de confabulaciones dolosas ideadas por los propietarios y por los terceros adquirentes de los locales arrendados y los propósitos perseguidos por el legislador se verían frustrados” (SSTS 4-11-1955 [1955/3099] y 20-5-1959 [1959/2460]), lo que desde luego me parece que pone de manifiesto una tendencia pro inquilino, al tiempo que sancionadora de los supuestos de simulación.

Mas debe indicarse que esta corriente que podría denominarse amplia convive con otra línea jurisprudencial de acuerdo con la cual los derechos de tanteo y retracto se consideran “limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo” (STS 17-12-1995 [RJ 1955/3636]); y añaden que se trata de “cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo” (SSTS de 9-7 y 7-7-1903; 14-12-1905; 17-5-1907, 12-12-1912, 9-1-1913, 7-7-1915, 1-2-1927, 5-6-1929, 11 y 12-2 y 3-7-1959 [RJ 1959/472, RJ 1959/1064 y RJ 1959/2954]); nótese cómo, desde principios del siglo XX –y mucho antes, por tanto, de la promulgación de las primeras leyes en materia arrendaticia– ya puede detectarse una aproximación que podría calificarse como restrictiva a los derechos de adquisición preferente.

A partir de los años ochenta –más o menos una década antes de la promulgación de la LAU 1994 y vigente aún, por tanto, la LAU 1964–, se aprecia una consolidación de esta jurisprudencia que he denominado restrictiva del TS, que afirma, ya sin titubeos, que el retracto arrendaticio coarta el dominio y la libre contratación, por lo que se impone una interpretación restrictiva de tales derechos en atención al principio *odiosa sunt restringenda* y en consecuencia se

afianza una corriente que pretende limitar los derechos de adquisición preferente regulados en los artículos 47 y siguientes de la LAU 1964 a través de la exigencia de un cumplimiento riguroso y exacto de todos sus requisitos, como se puede leer, entre otras, en las SSTS 2-4-1985 (RJ 1985/1679) y 6-2-1991 (RAJ 1991/1148) [comentada por SERNA MEROÑO, E., 1991, pp. 265 a 271], y en las Resoluciones de la DGRN de 24-7 y 5-9-1991 (RJ 1991/1582 y 1991/6081), 24-7-1995 (RJ 1995/5582) y 16-10-1999 (RJ 1999/7673). Tales decisiones encuentran eco en sentencias de Audiencias Provinciales como, entre otras, las de Cuenca, de 3-1-1997 (AC 1997/121), Orense, de 24-4-2008 (AC 2008/1413) y Madrid, de 5-5-2000 (AC 2000/4359), en las que se reitera la necesidad de aplicar de manera restrictiva los derechos de adquisición preferente.

Para tratar de explicar cuál es la visión que se tiene de los derechos de tanteo y retracto en la legislación arrendaticia, en el Fundamento de Derecho segundo de la STS 6-2-1991 (RAJ 1991/1148), y variando radicalmente la interpretación sostenida en numerosas sentencias anteriores (entre las cuales se pueden citar las SSTS 27-11-1947 [RJ 1948/622], 18-12-1954 [RJ 1954/3180] y 26-3-1960 [RJ 1960/1656]) se afirma que “la LAU no propone que los inquilinos lleguen a ser propietarios, sino que defiende a ultranza su condición de arrendatarios, y cuando los propietarios enajenan los pisos les dota del derecho real de adquisición preferente, así como del derecho de impugnar la transmisión (art. 53), además de la posible acción de simulación cuando proceda; todo para evitar que los propietarios quebranten el derecho de los inquilinos a la prórroga forzosa”. En este punto me gustaría hacer referencia a dos sentencias muy recientes que se refieren de manera expresa a la evolución de la legislación arrendaticia –y a la aplicación que de la misma llevan a cabo los tribunales– hacia la protección del propietario frente a los abusos del inquilino; así, en las SSTS 26-3-2009 (RJ 2009/1750 –comentada por PÉREZ CONESA, 2009, y por FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, 2009–) y 20-10-2009 (2009/443677), dictadas en resolución de sendos recursos en interés casacional, se afirma que “respondiendo la regulación de los arrendamientos a las circunstancias económico-sociales de cada etapa histórica, al legislador incumbe sentar las normas y a los jueces y tribunales interpretarlas según los criterios del art. 3 CC y aplicarlas en consecuencia, de manera que, siendo uno de esos criterios el de la atención a la realidad social, y desde luego también el de adecuación de la norma a la Constitución, no cabrá desconocer que la evolución de la legislación arrendaticia urbana desde el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, ha venido respondiendo a una limitación de los derechos del arrendatario en la prolongación temporal de la relación arrendaticia y, sobre todo, a un progresivo refuerzo de la tutela del arrendador”, a lo que se añade que “un excesivo proteccionismo de los arrendatarios, sobre todo si raya en el paternalismo, puede generar el indeseable efecto general de retraer la oferta de viviendas en alquiler por el temor de los propietarios a tener que soportar los reiterados incumplimientos de los inquilinos, máxime cuando en muchas

ocasiones la necesidad del arrendador de cobrar puntualmente la renta puede ser tan acuciante como la del inquilino de disponer de una vivienda”. Precisamente a propósito del comentario de la STS 26-3-2009 (RJ 2009/1750), y en alusión al Proyecto de Ley de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios publicado en el BOCG de 19-12-2008, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ (2009) afirma la necesidad de establecer un adecuado equilibrio contractual, que permita que las relaciones arrendaticias transcurran en un marco de seguridad jurídica, añadiendo que corresponde a los poderes públicos el establecimiento de políticas de estímulos que incrementen el número de viviendas en alquiler, en una línea muy semejante a la sostenida desde hace tiempo por RODRÍGUEZ MORATA (2005, págs. 585 y 586, y 2001, págs. 98 y siguientes).

Como decía más arriba, la tendencia favorable o restrictiva a la aplicación de los derechos de tanteo y retracto se aprecia, entre otros aspectos, en la admisión o no de diversos supuestos de enajenación como hábiles para dar lugar al nacimiento de los derechos de adquisición preferente. Esta cuestión se aborda en las numerosísimas decisiones en las que el TS ha tratado de fijar el alcance que debe darse a las referencias a la venta, a la cesión solutoria y a la adjudicación de la vivienda por división de la cosa común contenidas en el art. 47.1 y 3 LAU 1964, cuyas líneas principales expondré a continuación.

Posiblemente el grupo más llamativo es aquel conformado por las sentencias en las se deniega la posibilidad de retraer cuando la cosa arrendada es adjudicada en la división a uno de los comuneros, ya que precisamente se trata de un supuesto admitido de forma expresa en la legislación arrendaticia (art. 47.3 LAU 1964), fruto, además, de la ampliación expresa de los supuestos hábiles para fundar el nacimiento de los derechos de tanteo y retracto introducida por Decreto-ley de 8 de febrero de 1952, como se explicó más arriba. Es el caso resuelto por la STS 24-3-1988 (RJ 1988/2424): en el supuesto enjuiciado, porque la división y consiguiente adjudicación de la vivienda en parte traía causa de una herencia, supuesto expresamente excluido por el art. 47.3 LAU 1964. En la RDGRN 17-1-1989 (RJ 1989/186) se aborda un caso en el que no se divide una cosa única, sino que lo que se adjudica a los comuneros son viviendas independientes, situadas en edificios diversos; la Dirección General concluye que no existe derecho de retracto a favor del arrendatario y fundamenta su decisión, en parte, en la improcedencia de la interpretación extensiva de las normas relativas a instituciones restrictivas y excepcionales, entre las que incluye el retracto. A propósito de un caso de disolución de una comunidad de bienes, la STS 22-2-1994 [RJ 1994/1254] declara que no existe derecho de retracto a favor del recurrente, arrendatario de un local de negocio, porque el art. 47.3 LAU 1964 –que es el precepto que reconoce los derechos de adquisición preferente en los supuestos de adjudicación y división de la cosa común– se refiere expresamente al inquilino de vivienda, con lo que el Supremo entiende que deja fuera los supuestos de arrendamiento de local de negocio.

Tampoco se admite el nacimiento del derecho de retracto cuando la vivienda arrendada es parte integrante de una unidad superior originaria, no creada por agrupación de otras unidades perfectamente independientes y diferenciadas. En esta línea pueden citarse las SSTS de 30-4-1985 (RJ 1985/2004), 31-1-1992 (RJ 1992/534), 9-2-1994 (RJ 1994/839), 25-4-1994 (RJ 1994/3223), 24-6-1994 (RJ 1994/5324), 6-4-1995 (RJ 1995/3417) y 8-10-1998 (RJ 1998/7853), que declaran la inexistencia de derecho de retracto cuando la venta se ha efectuado de la totalidad del inmueble y el arrendamiento recae únicamente sobre una parte del mismo; o, en palabras de algunas de las decisiones enumeradas, “por falta de coincidencia entre lo vendido y lo que se intenta re-traer”. En este grupo deben mencionarse, también, las RRDGRN de 22-9-1983 (RJ 1983/7021), 24-7-1995 (RJ 1995/5582) y las enumeradas a continuación, que, por su interés y claridad, se reproducen en parte. Así, en la RDGRN 16-10-1999 (RJ 1999/7673) se señala expresamente que “no proceden los derechos de tanteo y retracto arrendaticio en los supuestos en que el objeto arrendado es parte integrante de una unidad superior originaria, no creada por agrupación de otras unidades perfectamente independientes y diferenciadas, que se transmite como una sola finca, doctrina que viene justificada por la necesidad de evitar los evidentes perjuicios que para el eventual adquirente supondría el verse privado de una parte de la finca adquirida, teniendo que retener el resto cuando se enajenó aquélla como una unidad plenamente justificada, y esta circunstancia pudo ser determinante de su adquisición”. En la RDGRN de 26-3-1991 (RJ 1991/2629) se pone de manifiesto que la jurisprudencia del TS no es unánime acerca de la aptitud de este supuesto para dar lugar al nacimiento de los derechos de adquisición preferente, cuando afirma: “Si se observa de otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aparece que en un principio, se manifestaba igualmente por el amplio criterio antes indicado que conforme a las Sentencias de 17-6-1958 (RJ 1958/2157), 26-3-1960 (RJ 1960/1656) y 7-5-1962 (RJ 1962/2306) incluía dentro de los casos que originan la concesión del derecho de retracto aquellos en que aun siendo una sola la unidad registral del inmueble, en realidad comprendía dos o más fincas físicamente independientes, pero esta doctrina aparece más matizada por Sentencias posteriores véanse entre otras las de 9-12-1970 (RJ 1970/5465), 6-3-1971 (RJ 1971/1225) y 15-6-1974 (RJ 1974/3256)- en las que se negaba todo derecho en los supuestos en que «el objeto arrendado, parte integrante de una unidad superior originaria, no creada por agrupación de otras unidades perfectamente independientes y diferenciadas, se transmitía todo como una sola finca».”

También se excluye la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto cuando se cede la vivienda a cambio de una renta vitalicia (SSTS 9-12-1964 [RJ 1964/5774] y 22-12-1989 [RJ 1989/8866]). En tales supuestos la jurisprudencia no se muestra vacilante y de manera rotunda afirma que la acción de retracto sólo tiene viabilidad en los supuestos de venta o dación en pago. Así, la STS 9-12-1964 [RJ 1964/5774] insiste en el criterio limitativo que preside la materia,

que obliga a rechazar “todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas”, a lo que añade que la renta vitalicia no autoriza el retracto pues “su naturaleza, no es precisamente la de compraventa ni la de dación en pago ya que están diferenciadas en que los (contratos) aleatorios entre los que se incluyen los de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia ésta que no concurre en los segundos, que como conmutativos que son, queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración”. Además, el TS también se ha pronunciado en contra de la aptitud del contrato vitalicio para dar lugar al retracto (STS 27-11-2001 [RJ 2001/9529]).

No se admite el retracto en los supuestos de permuta, entre otras, en las SSTS de 22-11-1957 (RJ 1958/529), 11-5-1959 (RJ 1959/2454) y 16-5-1960 (RJ 1960/2042) y 9-11-1972 (RJ 1972/4564), puesto que la contraprestación que se pone a cargo del adquirente es, por regla general, de carácter infungible, de manera que no puede ser ejecutada por el arrendatario sin que con ello resulte un perjuicio para el arrendador [En este punto debe indicarse que para un sector de la doctrina, encabezado por ALBALADEJO, (2002, pp. 808 y 809), a quien sigue, en este punto, RODRÍGUEZ MORATA, (2005, p. 599, nota 25, y 2001, pp. 120 y 121), el derecho de adquisición preferente debe admitirse cuando la permuta sea de tal índole que permita que el retrayente pueda facilitar la misma contraprestación por la que se cambió la cosa retraíble; en general, se trataría de supuestos en los que se permuta el inmueble arrendado por cosas genéricas]. En cambio, sí que se admite el ejercicio de los derechos de adquisición preferente en las SSTS de 5-3-1964 (RJ 1964/1332) y 30-11-1973 (RJ 1973/4542), aunque probablemente ello ocurre, como apunta MATEO SANZ [2002, pág. 74], por considerar que en tales situaciones no se da una verdadera permuta.

Además, se niega el nacimiento del derecho de adquisición preferente cuando el edificio en el que se encuentra la vivienda arrendada se constituye en régimen de propiedad horizontal (STS 6-10-1989 [RJ 1989/6894]), al entender el TS que no se ha producido un acto de transmisión onerosa de la cosa arrendada por el propietario a un tercero.

La misma exclusión se aplica cuando se adjudica la finca como consecuencia de la disolución de una sociedad (STS 6-2-1991 [RJ 1991/1148]), por considerarse que “el tránsito de titular de acciones de una sociedad a propietario de bienes (antes del patrimonio social) consecuencia de la disolución ni es compraventa ni dación en pago”, a lo que el TS añade que “no cabe extender el derecho de retracto a supuesto no contemplado en la norma que lo establece”.

En los supuestos de aportación del inmueble arrendado a una sociedad hay jurisprudencia contradictoria: por una parte tenemos un grupo de decisio-

nes que excluyen el derecho de retracto porque lo entregado por la sociedad no es dinero, sino acciones de la misma, que el retrayente no podrá reembolsar por no estar en su patrimonio (STS 22-11-1957 [RJ 1958/529], 12-6-1964 [RJ 1964/3261] y 27-5-2000 [RJ 2000/3499]; RDGRN 5-9-1991 [RJ 1991/6081]; también, SAP Madrid 8-3-1999 [AC 1999/1035]). Por otra, en cambio, se encuentra alguna decisión que admite el retracto en el supuesto de aportación de fincas arrendadas en pago de ampliaciones de capital de sociedades anónimas (así, STS 30-11-1973 [RJ 1973/4542] y SAP Barcelona 17-6-2002 [AC 2002/278210], si bien esta última lo hace por entender que la ampliación de capital es nula por simulación relativa), en una línea que encuentra apoyo en la doctrina, siempre y cuando la aportación del inmueble se efectúe a una sociedad de tipo capitalista [así, RODRÍGUEZ MORATA, 2005, pág. 599, nota 30, y 2001, pág. 123, sostiene que el carácter fungible de las acciones recibidas en contraprestación de la aportación de la finca arrendada hace posible la subrogación del arrendatario, a quien deben serle reconocidos los derechos de adquisición preferente; en la misma línea, ALBÁCAR LÓPEZ, pág. 504].

Tampoco hay unanimidad en la jurisprudencia relativa a la enajenación de la nuda propiedad de la finca arrendada; si por una parte encontramos decisiones que niegan el derecho de retracto al arrendatario en estos supuestos (SSTS 24-1-1928, 12-2-1949 [RJ 1949/548] y, recientemente, la STS 27-11-2001 [RJ 2001/9529], por otra existen pronunciamientos que lo admiten (SSTS 3-12-1946 [RJ 1946/1299], 12-6-1958 [RJ 1958/2763], 7-3-1963 [RJ 1963/1394] y 5-12-1974 [RJ 1974/4794]).

Menos problemático es el supuesto de enajenación de vivienda en pública subasta. Salvo en el caso resuelto por la STS de 10-2-1993 (RJ 1993/699), en la que se afirma que no procede el ejercicio de los derechos de adquisición preferente por ser la venta forzosa o involuntaria para el arrendador y por no ser posible en su ámbito el cumplimiento de las condiciones o requisitos prevenidos para el tanteo y para las enajenaciones voluntarias, encontramos multitud de decisiones para las que sí que se admite el ejercicio del derecho de retracto en los casos de enajenación judicial forzosa: así, las RRDGRN de 19-11-1987 (RJ 1987/8737), 5-11-1993 (RJ 1993/9113), 22-3-1999 (RJ 1999/9113), y, entre muchas otras, las SSTS de 6-3-1989 (RJ 1989/1995), 30-10-1990 (RJ 1990/8268), 6-5 y 1-7-1991 (RJ 1991/3566 y 1991/5311), 11-7-1992 (RJ 1992/6280), 30-6-1994 (RJ 1994/5997), 8-6-1995 (RJ 1995/4909) [comentada por ARCOS VIEIRA, M.L., 2006] y 12-2-1996 (RJ 1996/955); también, en la SSAAAPP de Toledo de 22-11-1994 (AC 1994/2248) y de Santa Cruz de Tenerife de 26-06-1998 (AC 1998/6110). Debe hacerse una mención específica a la STS 30-6-1994 (RJ 1994/5997), que reconoce el derecho del arrendatario a retraer la vivienda arrendada enajenada en pública subasta, amparándose, entre otros argumentos, en una aplicación analógica de lo previsto en el art. 33 LAU 1964, referido a la ejecución judicial o administrativa de local de negocio, lo que significa, a mi juicio, que deja completamente de lado la corriente jurisprudencial que sos-

tiene la necesidad de interpretación restrictiva de los derechos de adquisición preferente por su condición de derechos limitativos del derecho de propiedad.

Un resumen de la tensión entre las posiciones amplia y estricta que se detectan en la jurisprudencia del TS se contiene en la SAP de Toledo de 22-11-1994 (AC 1994/2248), en la que, al resolver un litigio en el que se planteaba la aptitud de la transmisión de un inmueble en un procedimiento de ejecución judicial para dar lugar al nacimiento y aplicación del derecho de retracto –que se admite en el caso concreto, como en casi todos los supuestos de venta judicial–, se apunta que, junto a la tendencia restrictiva en la interpretación de las enajenaciones aptas para fundar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, existe una línea jurisprudencial que ha identificado los títulos transmisivos considerados hábiles para dar lugar a la aplicación de los derechos de adquisición preferente “con toda enajenación onerosa cuya contraprestación no sea infungible o personalísima, o en la que la subrogación sea posible” (SSTS de 24-1-1986 [RJ 1986/117] –en un supuesto de retracto de comuneros–, 31-10-1988 [RJ 1988/7780] –en un pleito en el que se decide sobre el ejercicio del derecho de retracto en un arrendamiento rústico– y 6-10-1989 [RJ 1989/6894] –en un caso de retracto arrendaticio urbano en el que, sin embargo, se resuelve que no procede su ejercicio–). También en la RDGRN de 26-3-1991 [RJ 1991/2629] se ponen de manifiesto los vaivenes y las incertidumbres jurisprudenciales en este punto, llegándose a afirmar que el TS se ha manifestado de forma flexible pero, también, de forma restrictiva acerca de la habilidad o aptitud de un mismo supuesto para dar lugar al nacimiento de los derechos de adquisición preferente.

Del repaso que se ha efectuado en el presente apartado resulta, por lo tanto, que la tesis restrictiva no es ni mucho menos uniforme y constante; en diversos supuestos en los que existen pronunciamientos contrarios al reconocimiento del nacimiento de los derechos de tanteo y retracto se dan, también, decisiones a favor, si bien es verdad que sentencias muy recientes (SSTS 26-3-2009 [RJ 2009/1750] y 20-10-2009 [2009/443677]) –dictadas, como se ha dicho antes, en respuesta a sendos recursos en interés casacional– ponen de manifiesto que la evolución en la legislación arrendaticia ha venido respondiendo a una limitación de los derechos del arrendatario y, sobre todo, a un progresivo refuerzo de la tutela del arrendador, lo que en mi opinión encuentra reflejo –aunque no siempre unánime– en la jurisprudencia del TS.

4. El plazo de caducidad de la acción de retracto arrendaticio urbano

El punto central del recurso de casación, interpuesto por el arrendatario de conformidad con lo dispuesto en el art. 477.3 LEC, en el que se alega tanto existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales

como oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se articula en torno al momento a partir del cual debe comenzar a computarse el plazo de caducidad de sesenta días naturales fijado en los artículos 47 y 48 LAU 1964 para el ejercicio de las acciones de tanteo y retracto. Decía en la introducción que es este un ámbito en el que se detecta un alto grado de unanimidad en las decisiones del Tribunal Supremo, aun cuando estamos en presencia de una materia –el inicio del cómputo del plazo de la acción de retracto legal, en general, y no sólo el de la acción de retracto arrendaticio urbano– que ha sido objeto de numerosísimos litigios. No obstante, a la hora de caracterizar el tratamiento que se ha dispensado a este aspecto puede decirse que se aprecia, por un lado, una cierta flexibilización en la interpretación de los términos de los preceptos recién citados, y, en especial, respecto del requisito de la notificación exigida por el art. 48.2 LAU 1964 (o de la inscripción en el Registro, a la que se refiere el art. 1524 CC); por otra, una cierta confusión en torno al momento de nacimiento de la acción de retracto y el *dies a quo* del plazo de caducidad de la misma, como pone de manifiesto ARCOS VIEIRA, (1996). Ambos puntos merecen, a mi juicio, un examen algo más detenido.

4.1. *El nacimiento de la acción de retracto*

El análisis jurisprudencial que se ha llevado a cabo en el epígrafe anterior y que he centrado, fundamentalmente, en el tratamiento de los supuestos transmisivos hábiles para dar lugar al ejercicio de los derechos de adquisición preferente permite entender, siguiendo al TS, que la acción de retracto nace cuando se produce la enajenación onerosa de la finca cuya contraprestación no sea infungible o personalísima, o en la que la subrogación sea posible. A partir de esta base se detectan, sin embargo, algunas dificultades en lo que se refiere a la determinación del preciso momento de nacimiento de la acción, cuestión esta que se ha puesto de relieve, en especial, en los casos en los que la enajenación de la finca se produce a través de venta judicial, como apunta ARCOS VIEIRA (1996), pero que también alcanza a los supuestos de compraventa. En realidad, el problema está en que, para una línea jurisprudencial, el nacimiento de la acción tiene lugar con la perfección del contrato transmisivo [posición que ha sido criticada por BELLO JANEIRO, 2009a, págs. 95 a 97], mientras que, para otra –que es claramente mayoritaria– se requiere la consumación del contrato. A estas dos líneas se ha añadido una tercera, integrada por aquellas sentencias en las que se detecta una cierta confusión entre perfección y consumación, y que se refieren a ambos momentos como si de sinónimos se tratase. Quiero insistir en la idea de que se está hablando del momento de nacimiento de la acción y no del inicio del cómputo de su plazo de caducidad, que requiere la concurrencia de otros requisitos, como expondré más adelante.

La corriente jurisprudencial que considera que la acción para el ejercicio del retracto legal nace cuando la enajenación se perfecciona (es el caso de la

STS 31-10-1988 [RJ 1988/7780], dictada en un supuesto de retracto arrendaticio rústico ejercitado tras la celebración del contrato de compraventa pero antes de la entrega de la finca; y de la de 14/10/1993 [RJ 1993/7518], que en un litigio sobre retracto arrendaticio urbano afirma que el derecho a retraer nace en el momento de celebrarse el contrato de venta o dación en pago) se complica en el caso de venta por subasta pública judicial. En tales supuestos, como indica ARCOS VIEIRA (1996), no existe una postura unánime sobre el concreto acto procesal que implica dicha perfección: en unos casos la cuestión se resuelve en favor de la fecha de la subasta (SAP Madrid 23-6-1992 [AC 1992/874]), pero, en la mayoría, la jurisprudencia se inclina en favor de la aprobación del remate o la adjudicación firme (SSTS 22-3-1954 [RJ 1954/999]; 23-1-1971 [RJ 1971/289]; 30-10-1990 [RJ 1990/8268]).

La tesis mayoritaria sobre el nacimiento de la acción de retracto –posición que, en mi opinión, es la correcta–, es la que sostiene que surge con la consumación de la enajenación, Justamente este es el aspecto que, para RODRÍGUEZ MORATA [2005, pág. 610, y 2001, pág. 150], permite distinguir los dos momentos sucesivos del derecho de adquisición preferente: el tanteo, que se refiere a un contrato perfecto pero no consumado, y el retracto, que exige un contrato perfecto y consumado. Es muy clara, en cuanto al valor decisivo de la consumación a los efectos del ejercicio del derecho de retracto, la STS de 28/10/1999 (RJ 1999/7404), que, en un caso de retracto de colindantes manifiesta que “hoy por hoy, es consolidada la doctrina jurisprudencial que establece que el retracto de colindantes sólo puede tener lugar cuando el contrato de compraventa está consumado, no valiendo para el cómputo la simple perfección de dicho contrato, cosa lógica pues la acción de retracto de eminente naturaleza real, no nace hasta que el adquirente de la cosa entra en su posesión (SSTS 14-11-1953 [RJ 1953/2711] y 1-4-1960 [RJ 1960/1268], entre otras)”. Además, muy recientemente se inscribe en la misma tendencia la STS 18-03-2009 (RJ 2009/1653) [comentada por BELLO JANEIRO, 2009b], que afirma de modo tajante que “el hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada. Así, dice la Sentencia de 17-6-1997 (RJ 1997/5413) que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, siendo aún más explícita la Sentencia de 14-11-2002 (RJ 2002/9919), que señala que la acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección, estando por tanto el ejercicio de la acción de retracto supeditada al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, venta que ha de entenderse como compraventa ya consumada y no meramente perfeccionada”, a lo que añade que “lo relevante a efectos de determinar cuándo nace el derecho de retracto y cuándo puede ejercitarse la acción por el retrayente es que la adquisición de lo comprado no tiene lugar sino cuando a ese título se le une el modo o tradición consistente en la entrega de la

cosa del vendedor al comprador (en nuestro sistema, hasta el momento en que se produce la entrega de la cosa, el contrato sólo produce efectos de índole obligacional entre las partes), incluso de forma simbólica –*traditio ficta*– con otorgamiento de escritura pública según el artículo 1462.2º del Código Civil. Y de igual forma, en los casos de venta judicial en pública subasta, aunque la perfección se produzca con el acto de la subasta y aprobación del remate, lo relevante será la consumación de la venta pues sólo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación”. Como puede apreciarse, la sentencia transcrita resuelve incluso las dudas que pudieran plantearse en torno al momento en el que debe entenderse producida la consumación de la enajenación en los casos de venta en subasta pública, que numerosas sentencias sitúan, como lo hace la recién citada, en la aprobación judicial del remate y la expedición del testimonio del auto de adjudicación (así, entre otras, SSTS 1-9-1997 [RJ 1997/6376]; 14-12-2007 [RJ 2007/8929]; 26-02-2009 [RJ 2009/1521]), mientras que otras van más allá y sitúan la consumación en la entrega a la parte del testimonio del auto de adjudicación (STS 7/12/1998 [RJ 1998/9620]), posición esta que es rechazada por la STS de 18-3-2009 (RJ 2009/1653), como apunta BELLO JANEIRO (2009b). Ha de indicarse, sin embargo, que jurisprudencia más antigua situaba el momento de consumación de las ventas judiciales en el acto de otorgamiento de la escritura de venta (SSTS 28-6-1949 [RJ 1949/736], 17-2-1956 [RJ 1956/1497], 29-2-1960 [RJ 1960/943], 20-2-1975 [RJ 1975/662], 28-2-1989 [RJ 1989/1411], 30-10-1990 [1990/8268]).

Ha de aludirse, por último, a una tercera corriente, en la que se incluyen las decisiones que se refieren de forma indistinta a la perfección y a la consumación de la enajenación como momento determinante del nacimiento de la acción de retracto (SSTS 11-7-1992 [RJ 1992/6280] y 8-6-1995 [RJ 1995/4909]), lo que parece indicar una cierta confusión entre dos momentos que, sin embargo, son claramente distintos: mientras que la perfección tiene lugar con el acuerdo de los contratantes en los elementos esenciales del contrato, la consumación requiere un *plus*, consistente en la efectiva ejecución de las obligaciones a cargo de las partes (en el caso de los contratos traslativos de dominio, la efectiva transmisión del mismo, como se señala en la STS 18-03-2009 [RJ 2009/1653]).

4.2. *El comienzo del cómputo del plazo de caducidad*

Fijado, pues, el momento de nacimiento de la acción de retracto en la consumación de la enajenación de la finca, de acuerdo con lo resuelto por la jurisprudencia mayoritaria, procede a continuación analizar cuándo comienza a correr el plazo de caducidad de dicha acción. Se trata de un tema en el que, como se ha apuntado, se detecta una cierta falta de claridad, pues en más de una oca-

sión se menciona el nacimiento de la acción y el inicio del cómputo del plazo de caducidad como si fueran momentos necesariamente coincidentes, cuando no siempre es así: es cierto que una vez que se dan los presupuestos necesarios – la consumación de la enajenación de la finca– nace la acción, pero ello no es suficiente para que el plazo de caducidad empiece a correr. Obsérvese, sin embargo, que en sentencias del TS como la de 7/12/1998 (RJ 1998/9620), se llega a afirmar que “la doctrina de esta Sala es que el «dies a quo» a partir del que puede comenzar a contarse el plazo de caducidad es el de la consumación de la compraventa”, mientras que en muchas otras se alude indistintamente al nacimiento de la acción y al inicio del cómputo del plazo de caducidad, haciendo referencia a la necesidad del conocimiento de la transmisión *a posteriori*, cuando la confusión ya ha sido creada (es el caso de las SSTS de 14-12-2007 [RJ 2007/8929], 18-3-2009 [RJ 2009/1653] y, sobre todo, de la de 14-7-2008 [RJ 2008/3362]). No es de extrañar, por lo tanto, que algunas sentencias expresen la necesidad de distinguir ambos momentos; así se indica, entre otras, en las SSTS 11-7-1992 (RJ 1992/6280), 8-6-1995 (RJ 1995/4909) y SAP de Toledo 22-11-1994 (AC 1994/2248); también lo pone de relieve ARCOS VIEIRA (1996).

De acuerdo con el art. 48.2 LAU 1964, el plazo de caducidad de la acción de retracto comenzará a correr a partir del día siguiente “a la notificación que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada”. Sobre este punto ha de decirse que si bien existe jurisprudencia que exige de forma estricta el cumplimiento del requisito de la notificación –a la que se llega a calificar de inexcusable (STS 24-6-1954 [RJ 1954/1993]) o de medio forzoso para que el retrayente conozca con exactitud el contenido del negocio jurídico en el que se va a subrogar (STS 2/6/1965 [RJ 1965/3220])–, como sucede en las SSTS 19-1-1971 (RJ 1971/217), 9-7-1997 (RJ 1997/5462) y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26-6-1998 (AC 1998/6110), la mayoría de las decisiones del TS flexibilizan dicha exigencia, admitiendo la posibilidad de que el plazo se inicie desde que el retrayente tenga conocimiento de la venta, llegándose a afirmar que “ni la inscripción en el Registro ni la notificación notarial son otra cosa que medios supletorios del conocimiento de la venta por el inquilino que no necesitan entrar en juego cuando con independencia de ellos, aquél ha tenido un conocimiento real, efectivo y perfecto de la venta y de sus esenciales circunstancias... a cuyo conocimiento ni la inscripción ni la notificación aludidas, añaden nada de cuanto necesita conocer el inquilino para el ejercicio de su acción” (SSTS 27-5-1960 [RJ 1960/2060],...; 25-6-1962 [RJ 1962/3051]; 22-3-1963 [RJ 1963/1807]; 26-6-1964 [RJ 1964/3699]; 11-5-1966 [RJ 1966/2416]; 30-10-1969 [1969/5057]; 12-2-1981 [RJ 1981/391]; 24-5-1982 [1982/2591]; 27-3-1989 [1989/2200]; 23-1-1990 [RJ 1990/19] y 6-3-2000 (RJ 2000/1363)]. En mi opinión, ello sucede probablemente por influencia –o, mejor, como resultado de una aplicación analógica– de lo dispuesto en el artículo 1524 CC, precep-

to que, en sede de retracto legal, dispone que “no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta”, con lo que admite expresamente que el conocimiento sustituye a la notificación. Se ha entendido, en todo caso, que no es suficiente con que el arrendatario tenga mera noticia de la enajenación, como advierten, por ejemplo, las SSTS 18-11-1971 (RJ 1971/4900); 9-2-1984 (RJ 1984/1128); 6-6-1988 [RJ 1988/4820]; 28-2-1989 (RJ 1989/1411); 10-11-1992 (RJ 1992/9102); 8-6-1995 (RJ 1995/4909); 7-3-1996 (RJ 1996/1883); 7-10-1996 (RJ 1996/7057), sino que se precisa que haya tenido un conocimiento real, efectivo y perfecto de la venta y de sus esenciales circunstancias, de manera que el retrayente pueda decidir, con pleno conocimiento, si le conviene o no retraer (SSTS 27-5-1960 [RJ 1960/2060]; 30-10-1969 [RJ 1969/5057], 18-11-1971 [RJ 1971/4900]; 12-2-1981 [RJ 1981/391]; 24-5-1982 [RJ 1982/2591]; 9-2-1984 [RJ 1984/1128]; 6-6-1988 [RJ 1988/4820]; 22-9-1988 [RJ 1988/6848]; 28-2-1989 [RJ 1989/1411]; 23-1-1990 [RJ 1990/19]; 21-3-1990 [RJ 1990/1716]; 20-5-1991 [RJ 1991/3773]; 10-11-1992 [RJ 1992/9102]; 11-4-1995 [RJ 1995/3186]; 7-3-1996 [RJ 1996/1883]; 7-10-1996 [RJ 1996/7057]; 30-11-1996 [RJ 1996/8591]; 8-6-1995 [1995/4909]; 14-7-2008 [RJ 2008/3362] y 18-3-2009 [RJ 2009/1653]). Algunas sentencias, yendo más allá, exigen no sólo el conocimiento de las circunstancias esenciales, sino incluso el de las no esenciales (SSTS 20-5-1981 [RJ 1981/2083]; 17-3-1989 [RJ 1989/2158]; 6-2-1992 [1992/834]; 27-7-1996 [RJ 1996/6056] y 25-05-2001 [RJ 2001/3382]).

No puede obviarse, sin embargo, que junto a la línea jurisprudencial recién mencionada, es posible identificar una corriente –minoritaria, eso sí–, que en cierta medida relaja la regla del conocimiento cabal y exacto de la venta, establece ciertas presunciones de conocimiento que resultan difícilmente compartibles, y, en ocasiones, parece poner en manos del arrendatario la carga de averiguar las circunstancias de la enajenación, en clara contravención, a mi juicio, de la exigencia del art. 48.2 LAU 1964, siquiera en su versión dulcificada que se conforma con el conocimiento exacto del negocio transmisivo, considerando que sustituye a la notificación. Representativas de esta tendencia más flexible, que resulta claramente perjudicial para el retrayente son, a mi juicio, las siguientes SSTS: la de 27-3-1989 (RJ 1989/2200), en la que, aparte de admitirse que el arrendatario conocía plenamente las circunstancias de la enajenación, añade una consideración que es, a mi juicio, discutible, cuando afirma que “el asiento de presentación en el Registro de la Propiedad, luego convertido en inscripción, pudo y debió ser conocido por el recurrente”. Tal afirmación no es decisiva en el supuesto citado puesto que se parte de la base de que el retrayente conocía exactamente las circunstancias de la enajenación, pero, de no haber sido así, la Sala hubiera hecho recaer el peso de la indagación de los extremos de la enajenación sobre el arrendatario. Además, la de 30-10-1990 (RJ 1990/8268), que presume que los retrayentes tienen conocimiento cabal y

completo de las condiciones de la enajenación al contar con la notoriedad del procedimiento judicial, aun cuando los arrendatarios no fueron parte del mismo, dato que no resulta suficiente para deducir su desconocimiento. En un supuesto de venta judicial, la STS de 6-3-2000 (RJ 2000/1363) concluye, frente a la alegación por parte de la arrendataria de su incompleto conocimiento de las condiciones de la venta, que la retrayente conoció la misma por haber instado actos de conciliación frente a la entidad adjudicataria del remate, a lo que añade que, al tratarse de una venta en pública subasta, tenía en todo caso la posibilidad de acceder a los autos para conocer con todo lujo de detalles todas las circunstancias de la transmisión, olvidando que si se impone al propietario la obligación de notificar (que puede soslayarse en el caso de que el arrendatario haya alcanzado conocimiento cabal y completo de las circunstancias de la venta) no es de recibo que se traslade al retrayente el deber de investigar las condiciones de la enajenación. Muy recientemente, la de 21/10/2009 (RJ 2009/435742), en la que se admite que el plazo de caducidad de la acción de retracto –en este supuesto, de un arrendamiento rústico– comienza a correr con la recepción por el retrayente del envío notarial que participaba la fecha de inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, argumentando que el medio registral ofrece publicidad suficiente para completar el conocimiento cabal de las condiciones de la transmisión e imputando al demandante una actuación negligente a la hora de conseguir los datos concernientes a las condiciones de la enajenación. Tal y como señalé en relación con la resolución anterior, me parece inadmisibles que se traslade al arrendatario –en teoría, sujeto favorecido por el legislador con los derechos de adquisición preferente– una carga que no aparece establecida legalmente y que desde luego pone de manifiesto una visión restrictiva del derecho de retracto, coincidente con la tendencia jurisprudencial mayoritaria de los últimos años.

5. La Sentencia de 29 de abril de 2009

Como he tenido ocasión de apuntar en varias ocasiones a lo largo del presente comentario, el punto en el que se centra el recurso de casación resuelto por la STS 29-4-2009 (RJ 2009/2903) se refiere al momento a partir del cual debe empezar a computarse el plazo de sesenta días naturales de la acción de retracto contemplada en el art. 48 LAU 1964. Como también he señalado ya, el TS concluye que no existe oposición entre la sentencia recurrida y la jurisprudencia del TS. Para el recurrente, el conflicto se centra en la disparidad entre lo resuelto por la jurisprudencia mayoritaria, que exige que el retrayente haya tenido un perfecto conocimiento de las condiciones esenciales en las que se opera la compraventa que hace surgir el retracto –que es, efectivamente, la tesis mayoritaria, como resulta del análisis contenido en el epígrafe precedente–, y lo sustentado en la sentencia recurrida, en la que se afirma que basta que el retrayente haya tenido la posibilidad de conocer dichas condiciones esenciales

aplicando una mínima diligencia, aunque finalmente no las haya conocido. El razonamiento del recurrente no es compartido por la sentencia comentada que afirma, en su Fundamento de Derecho quinto, que “la sentencia [de la Audiencia Provincial de Barcelona] no dice que el conocimiento parcial de las circunstancias sea suficiente para entender el inicio del cómputo del plazo de ejercicio de la acción”; antes bien, el TS entiende que lo que sostiene la sentencia recurrida es que hubo una voluntad manifiesta de no conocer por parte del arrendatario, y no una ausencia de conocimiento, de donde infiere que el recurrente plantea una cuestión de hecho referida a la regla de conocimiento del arrendatario de las condiciones esenciales en que se produjo la compraventa, en contra del criterio de la Sala sentenciadora, que considera que ello no es posible en el marco del recurso de casación.

La sentencia recurrida señala, en relación con el conocimiento de las circunstancias de la enajenación, que “la actora conoció la transmisión del inmueble a la demandada al serle notificado el expediente de demolición de la finca instada por el nuevo propietario pudiendo haberse enterado con una mínima diligencia de cual era el contenido del título de adquisición, incluso accediendo al Registro de la Propiedad, con lo que debe presumirse en definitiva que la actora pudo tener acceso al conocimiento justo y completo de todas las circunstancias del negocio de enajenación, por el mismo expediente de demolición o en virtud de la publicidad registral”. En mi opinión, puede encontrarse cierta semejanza entre lo resuelto en el párrafo transcrito con alguna jurisprudencia del TS claramente minoritaria (representada por las SSTs 27-3-1989 [RJ 1989/2200]; 30-10-1990 [RJ 1990/8268]; 6-3-2000 (RJ 2000/1363); y 21/10/2009 [RJ 2009/435742]), que establece ciertas presunciones de conocimiento y parece poner en manos del arrendatario la carga de averiguar las circunstancias de la enajenación.

Aun cuando el TS sostiene que se plantea en este punto una cuestión de hecho centrada en el conocimiento del retrayente, lo que obliga a estar al criterio del tribunal de instancia e impide su análisis en casación (como indica la mayoría de la jurisprudencia; entre otras, SSTs 9-2-1984 [1984/1128]; 6-6-1988 [RJ 1988/4820]; 20-5-1991 [RJ 1991/3773]; 15-10-1991 [RJ 1991/7451]; 7-3-1996 [RJ 1996/1883]; 7-10-1996 [1996/7057]; 23-12-2005 [RJ 2005/7861]; 18-10-2007 [RJ 2007/8626]), entiendo que sí que puede apreciarse un cierto conflicto entre lo resuelto por la sentencia recurrida –que recibe el beneplácito del Supremo– y lo sostenido por la corriente jurisprudencial mayoritaria en este punto, que requiere, para que el plazo de caducidad comience a correr, que el retrayente haya tenido un conocimiento real, efectivo y perfecto de la venta y de sus circunstancias esenciales, de manera que pueda decidir, con pleno conocimiento, si le conviene o no retraer, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado (SSTs 27-5-1960 [RJ 1960/2060]; 30-10-1969 [RJ 1969/5057], 18-11-1971 [RJ 1971/4900]; 12-2-1981 [RJ 1981/391]; 24-5-1982 [RJ 1982/2591]; 9-2-1984 [RJ 1984/1128]; 6-6-1988 [RJ 1988/4820]; 22-9-1988 [RJ 1988/

6848]; 28-2-1989 [RJ 1989/1411]; 23-1-1990 [RJ 1990/19]; 21-3-1990 [RJ 1990/1716]; 20-5-1991 [RJ 1991/3773]; 10-11-1992 [RJ 1992/9102]; 11-4-1995 [RJ 1995/3186]; 7-3-1996 [RJ 1996/1883]; 7-10-1996 [RJ 1996/7057]; 30-11-1996 [RJ 1996/8591]; 8-6-1995 [1995/4909]; 14-7-2008 [RJ 2008/3362] y 18-3-2009 [RJ 2009/1653]). Me parece que este conocimiento cabal y completo de la enajenación que exige la mayoría de las SSTS no se obtiene mediante la notificación del expediente de demolición de la finca arrendada: como la propia resolución recurrida reconoce, lo que la arrendataria conoció fue, únicamente, la transmisión del inmueble; a partir de ese dato, pone a su cargo el deber de averiguar el contenido del título de adquisición, a pesar de la numerosa jurisprudencia que considera que no basta la mera noticia de haberse efectuado la compraventa (SSTS 18-11-1971 [RJ 1971/4900]; 20-2-1975 [RJ 1975/662]; 30-10-1978 [RJ 1978/3289]; 9-2-1984 [RJ 1984/1128]; 6-6-1988 [RJ 1988/4820]; 17-3-1989 [RJ 1989/2158]; 21-3-1990 [RJ 1990/1716]; 20-5-1991 [RJ 1991/3773]; 6-2-1992 [1992/834]; 10-11-1992 [RJ 1992/9102]; 7-3-1996 [RJ 1996/1883]; 27-7-1996 [1996/6056]; 7-10-1996 [1996/7057]; 25-5-2001 [RJ 2001/3382]). Si bien este aspecto de la decisión de la Audiencia Provincial carece, en mi opinión, de fundamento legal, y contradice lo que ha venido decidiendo la jurisprudencia mayoritaria del TS, no es rectificadora por la resolución comentada, que declara expresamente que es inexistente la oposición a la jurisprudencia de la Sala.

6. Bibliografía

- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., “Comentario al artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964”, *Legislación de arrendamientos urbanos. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, 2ª ed., ed. Trivium, Madrid, 1996.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III. Derecho de bienes*, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 2002.
- ARCOS VIEIRA, M. L., “Criterios jurisprudenciales acerca del ejercicio de la acción de retracto legal en supuestos de venta por subasta pública judicial”, *Aranzadi Civil*, vol. I (Estudio), 1996.
- BELLO JANEIRO, D., *El Retracto de Comuneros y Colindantes del Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2009.
- “Comentario a la Sentencia de 18 de marzo de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 81/2009.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., “El retraso en el pago de la renta”, *Aranzadi Doctrinal*, 6/2009.
- FUENTES-LOJO LASTRES, A. y FUENTES LOJO, J.V., “Comentario a los artículos 47 y 48 del Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964 y de la problemática que plantean”, *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, Tomo III, Parte Tercera I, ed. Bosch, Barcelona, 2007.

- GUTIÉRREZ CARBONELL, M., “Comentario a los artículos 135 y 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Proceso Civil Práctico*, Tomo II (Artículos 99 a 205), dirigido por V. GIMENO SENDRA, ed. La Ley, Madrid, 2002.
- MARTÍ MARTÍ, J., “El recurso de casación por interés casacional”, *Diario La Ley*, año XXIII, n° 5484, lunes, 18 de febrero de 2002.
- MATEO SANZ, J. B., *El derecho de adquisición preferente de la vivienda arrendada (Doctrina y jurisprudencia)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.
- MUERZA ESPARZA, J., “Comentario a los artículos 135 y 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I (artículos 1 a 516), coordinado por F. CORDÓN MORENO *et al.*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- PÉREZ CONESA, C., “Comentario a la Sentencia de 26 de marzo de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 81/2009.
- RODRÍGUEZ MORATA, F., *Derechos de Tanteo y Retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, 2^a ed., ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- “Comentario al artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. R. BERCOVITZ), 4^a ed., ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005.
- SERNA MERONÓ, E., “Comentario a la Sentencia de 6 de febrero de 1991”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/marzo 91, n° 25, 1991.