

EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL RETRACTO DE COMUNEROS (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero)

JOSE A. COBACHO GOMEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. Hechos. II. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. III. La vulneración del principio de igualdad. IV. Los retractos legales como limitación a la libertad del tráfico. V. El plazo para ejercer el retracto de comuneros. VI. El cómputo del plazo. VII. La inscripción en el Registro como referencia para computar el plazo. VIII. El plazo para ejercer los demás retractos legales. IX. Conclusión.

I. HECHOS

Una finca perteneciente a dos personas, que eran copropietarios de la misma por mitades y proindiviso, se encontraba arrendada. Vencido el contrato de arrendamiento, uno de los propietarios vendió su mitad proindiviso a quien hasta entonces había sido arrendatario, sin comunicárselo previamente al otro copropietario y sin que este hubiere tenido, de ninguna forma, noticia de la venta.

Cuando el copropietario tuvo efectivo conocimiento de la venta realizada ya había transcurrido, desde la inscripción de la compraventa en el Registro de la Propiedad, el plazo de nueve días que el artículo 1.524 del Código Civil concede al copropietario para ejercer el derecho de retracto.

A pesar de haber transcurrido tal plazo de nueve días, el mencionado copropietario presentó demanda ante el Juzgado solicitando el

retracto. En dicha demanda señalaba que la prevision legal, que establece para el ejercicio del derecho de retracto el citado plazo de nueve días, debe entenderse derogada por el artículo 14 de la Constitución Española por ser el trato dispensado al copropietario discriminatorio respecto al otorgado al arrendatario o al propietario en las leyes de arrendamiento rústicos y urbanos.

El Juzgado competente de Palencia dictó sentencia por la que se desestimaba la demanda de retracto. Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial de Valladolid, esta dictó Providencia en la que se señalaba que el artículo 1.524 podía ser en lo relativo al plazo de caducidad que establece, contrario al derecho constitucionalmente consagrado a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, providencia de la que se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimaran oportuno.

Tras ello la Audiencia Provincial de Valladolid dictó Auto en el que se acordaba el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Partiendo de que no podía resolverse el problema planteado por vía interpretativa, habida cuenta de que el citado precepto señala inequívocamente como día de comienzo del plazo aquel de la inscripción y, por otro lado, el artículo 1.524 no puede entenderse derogado por la Constitución Española.

El Auto de la Audiencia señala que el artículo 1.524 puede ser contrario a lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución por cuanto que el ejercicio del derecho de retracto queda sin tutela efectiva si se ejercita fuera de plazo. Además, según el auto de la Audiencia, el artículo 14 de la Constitución es vulnerado por cuanto que hay diversos tipos de retractos como los concernientes a los coherederos y a los arrendatarios rústicos y urbanos, en los que el plazo se empieza a contar desde que se tiene conocimiento de la compraventa, lo que sería contrario al principio de igualdad ínsito en el artículo antes citado.

II. LA VULNERACION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Una vez que se admitió a tramite la cuestión de inconstitucionalidad se dio traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados y al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado.

Por lo que se refiere a las alegaciones de este último y en lo concerniente al artículo 24.1 de la Constitución que, como es sabido, prescribe que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión, se sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto ni incondicional, sino que debe someterse al cumplimiento de los requisitos procesales legalmente previstos, gozando el legislador de un amplio margen para regular tales requisitos, aún cuando estos no puedan ser arbitrarios y deban responder a la naturaleza y finalidad del precepto.

Por su parte el Abogado del Estado también ha formulado alegaciones señalando, por las razones que después analizaremos, que el artículo 1.524 del Código Civil no vulnera al principio de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

Antes de seguir adelante conviene señalar que, como ha dicho Chamorro(1), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela judicial efectiva, en sentido estricto, es decir, la que recoge el artículo 24.1 de la Constitución, es tan sólo, en una primera aproximación, el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses, haya planteado ante los órganos judiciales. Cualquier otro tema, no relacionado con ello o con los pasos previos indispensables para llegar a esa resolución, quedaría, por tanto, al margen de este concepto estricto de tutela judicial efectiva, por más que pueda relacionarse con un concepto de tutela judicial en sentido amplio. Consecuentemente, los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva, solo se infringirán si: *a)* se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; *b)* se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; *c)* no obtiene una resolución razonable y fundada en Derecho; *d)* la resolución obtenida no es efectiva.

Al respecto, el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia que estamos comentando dice que el contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, que puede resultar de inadmisión cuando concorra una causa legalmente prevista. El derecho a la tutela judicial efec-

(1) CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva*, 1994, pp. 11 y 12.

tiva es, pues, un derecho a accionar, a acceder a los órganos judiciales y obtener de estos una resolución; es, por consiguiente, un derecho procesal. Es palmario, se concluye en la Sentencia, que ninguna vulneración de ese derecho se ha producido en el caso que dio lugar a la presente cuestión, pues el inicialmente demandante obtuvo una resolución judicial motivada y, cabe presumirlo, habría obtenido otra de no haberse interrumpido el proceso por el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Posteriormente volveremos sobre el tema en relación con los problemas suscitados por el plazo de nueve días del artículo 1.524 y el ejercicio de la acción de retracto.

III. LA VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En relación con el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, el Fiscal General del Estado en sus alegaciones entiende que no se ha vulnerado tal precepto porque los supuestos comparados son de muy distinta naturaleza, fundamento y finalidad lo que impide comparación alguna. Además la discriminación sólo lo es respecto de las personas y en este supuesto todos los comuneros retrayentes reciben el mismo trato.

El Abogado del Estado entiende a su vez, y en relación con el principio de igualdad, que la regla de conjunto que aquí se cuestiona no es la especial para los comuneros sino la común para todos los retractos. Por el contrario, las reglas referentes a los arrendatarios y que son objeto de comparación en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, constituyen regímenes especiales, que no están vetados por el artículo 14 de la Constitución, siempre que tengan una justificación y guarden la debida proporcionalidad.

Ha señalado Suay(2) que el principio de igualdad garantizado en el artículo 14 de la Constitución comprende varios aspectos debiendo distinguirse la igualdad en la ley de la igualdad en la aplicación de la ley porque el comportamiento del principio no es el mismo en uno y otro caso.

La necesidad de efectuar la diferenciación apuntada ha sido una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional advertida

(2) SUAY RINCON, "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Estudios sobre la Constitución Española", *Homenaje a Eduardo García de Enterría*, 1991, pp. 838 y 839.

ya desde sus primeras sentencias. Lo que no llegó a estar tan claro desde el primer momento y requirió un mayor tiempo fue la determinación concreta de las exigencias dimanantes de la igualdad en cada caso.

Respecto a la igualdad en la ley los problemas que se planteaban parece que fueron superados a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981 que recayó en una cuestión de inconstitucionalidad suscitada por el propio Tribunal, en la que se decidió que el juicio había de centrarse única y exclusivamente en la norma que atribuye a un colectivo consecuencias jurídicas diversas de las que se prevén con carácter general, y no en la comparación entre las situaciones de hecho que quedaban cubiertas por dicha norma y las que quedaban fuera, como preconizaba Díez-Picazo, que emitió un voto particular a esta Sentencia(3).

En relación con la igualdad en la aplicación de la ley, las incógnitas proliferaron y no se despejaron en bastante tiempo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de julio, contiene una suerte de síntesis respecto al ámbito de aplicación del principio de igualdad. Así dice que el principio de igualdad opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

(3) En el voto particular de Díez-Picazo se dice que cuando los supuestos de hecho de dos o más normas legales son iguales las consecuencias o los efectos jurídicos que el legislador conecte con tales supuestos deben ser los mismos.

En este sentido, sigue diciendo, es correcto a mi juicio decir que los supuestos de hecho continúan siendo iguales si los elementos de diferenciación que el legislador introduce, carecen de una razón que los justifique desde un punto de vista teológico. Así parece lícito distinguir los arrendamientos rústicos de los urbanos, la prescripción de bienes muebles de la de los inmuebles y la compraventa civil de la mercantil. Este planteamiento me lleva a la conclusión de que si los supuestos de hecho son razonablemente desiguales, no hay tacha constitucional que oponer a la desigualdad de las consecuencias jurídicas y que, contra lo que la sentencia dice, el carácter razonable hay que buscarlo en la diferenciación de supuestos de hecho y no en la distinción de consecuencias jurídicas (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, noviembre 1981, pp. 515 y 516).

En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la Ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma.

Refiriéndonos a la sentencia comentada la cuestión que se plantea, como ya se ha dicho, es el diferente trato dispensado de un lado a los comuneros y colindantes y de otro a los arrendatarios rústico y urbano y a los coherederos.

En el fundamento jurídico tercero se dice que el término de comparación utilizado en el Auto de planteamiento de la cuestión no es, aquí pertinente, y ello por varias razones. En primer lugar, porque el artículo 1.524 regula los supuestos generales, revistiendo los que se utilizan como términos de comparación un carácter especial. En segundo lugar, las especialidades están sobradamente justificadas por las circunstancias que en ellas concurren. Así, por lo que se refiere al arrendatario de viviendas urbanas la especialidad tiene su justificación en la alta relevancia del bien objeto de retracto. Parecida justificación concurre en el caso del arrendatario rústico y en los supuestos de los coherederos es claro que el tronco común de los bienes y la relación hereditaria justifican un tratamiento especial.

Ni el plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil ni el momento legalmente previsto para iniciar su cómputo constituyen, por ello, discriminación alguna, según dicho fundamento jurídico.

En relación con el problema que estamos analizando se plantea, como en toda cuestión de igualdad, que para que pueda concluirse que una persona o un conjunto de ellas están discriminadas, hace falta que otros se encuentren en mejor posición y disfruten de un régimen jurídico más favorable (en el supuesto inverso probablemente nadie lo denunciaría). El Tribunal Constitucional ha establecido que sin término de comparación no hay desigualdad posible ni discriminación(4).

En ocasiones el Tribunal Constitucional se limita única y exclusivamente a negar validez al término de comparación propuesto. Como ha dicho Suay(5) es claro que mediante este simple expediente el Tribunal Constitucional podrá eliminar de entrada todas las cuestiones que se le plantean relacionadas con la igualdad, sin aplicar, por

(4) RODRIGUEZ PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, 1986, pp. 51 y ss.

(5) SUAY, *loc. cit.* supra n. 2, pp. 842 y ss.

tanto, el test y la doctrina que el mismo ha establecido para tales casos (6).

Queda, pues, de momento, simplemente apuntado el problema de la posible desigualdad en el tratamiento legal entre comuneros y colindantes de un lado, respecto de arrendatarios y coherederos de otro, a los efectos de ejercicio de los retractos legales.

Aunque, para concluir este apartado, quizá sería conveniente referirse a la opinión de Rodríguez Piñero y Fernández López(7) para quienes serían contrarios al principio de igualdad tanto las normas que injustificadamente anudan consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente iguales, como aquellas normas que consiguen el mismo resultado (el tratamiento diferenciado ilegítimo) mediante la consideración como diferentes de supuestos de hecho iguales, sin proporcionar fundamentación adecuada para la diferenciación de supuestos, es decir, sin que la razón condicionante de la distinción tenga relevancia jurídica para el cumplimiento de los fines perseguidos por el legislador(8).

IV. LOS RETRACTOS LEGALES COMO LIMITACION A LA LIBERTAD DE TRAFICO

En el Fundamento Jurídico dos se dice que los retractos son derechos preferentes a adquirir la propiedad en determinados supuestos y que son derechos de creación legal por lo que el legislador puede regularlos con la amplitud o restricción que considere más apropiada a la efectividad de los intereses en atención a los cuales los crea, dentro de los límites que establece la Constitución.

Previamente y en idéntica dirección el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, y referido al retracto de comuneros, dice que está encaminado a remediar las situaciones de copropiedad porque el legislador las considera antieconómicas e implican una limitación del derecho del propietario a disponer libremente de la cosa de su propiedad, por lo que la interpretación del contenido y límite del dere-

(6) Las Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1988, de 26 de abril; 67/1988, de 18 de abril, 40/1989, de 16 de febrero se ocupan de diferentes casos en los que se proponen distintos términos de comparación y el Tribunal Constitucional rechaza la validez de los términos de comparación.

(7) RODRIGUEZ PIÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ, *loc. cit.* supra n. 4, p. 60.

(8) Puede verse también JIMENEZ CAMPO, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 9, 1983, pp. 71 y ss.

cho de retracto debe realizarse con criterios restrictivos. También se dice que el retracto es una institución limitadora de la libertad contractual, con origen en concepciones medievales, lo que explica su regulación restrictiva, incluso en sus mismos orígenes.

También el Abogado del Estado en sus alegaciones incide en los argumentos a los que se acaban de hacer referencia y además señala que el derecho de retracto introduce un elemento de incertidumbre en la relación jurídica y entraña una limitación grave e intensa de la libertad de tráfico jurídico de ciertas clases de bienes, pues afecta a la libre disposición y adquisición y a la autonomía negocial. Por consiguiente, los retractos representan regímenes restrictivos de la propiedad (art. 33 de la Constitución Española) y de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución Española). Además tanto la propiedad como la libertad de empresa están dentro del ámbito de protección del artículo 53.1 por lo que el legislador no goza de libertad absoluta para regular el régimen del retracto porque su establecimiento debe estar objetivamente justificado por finalidades constitucionalmente lícitas y su régimen debe de respetar el principio de proporcionalidad. Además, por último, el legislador debe atender al principio constitucional de seguridad jurídica y reducir en lo posible la inseguridad que para el tráfico suponen los retractos legales.

Como puede verse tanto el ponente Magistrado D. Eugenio Díaz Eimil como el Fiscal General y Abogado del Estado han seguido la misma línea argumental. Sin embargo parece oportuno hacer algunos comentarios sobre todas estas cuestiones.

Dice Sancho Rebullida(9) que los derechos reales de adquisición, que responden a las características propias del derecho subjetivo, recaen sobre cosas, obtienen tipificación legal y son oponibles *erga omnes* y básicamente su eficacia radica en conferir a su titular la facultad de convertirse en propietario de su derecho.

Pero, como es sabido, esta categoría no es admitida de forma unánime por la doctrina dado que, entre otros, Díez-Picazo y Gullón(10)

(9) LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, III-2, 1980, p. 237. En una edición posterior, parece que la opinión de SANCHO ha variado en cierto modo y no es tan rotunda respecto a la naturaleza de derecho real. LACRUZ, SANCHO Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil* III-2, 1991, pp. 442 y 443.

(10) DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, III, 1990, p. 592. En parecida línea de pensamiento Peña Bernaldo de Quirós entiende que se trata de simples facultades que derivan y dependen de una relación jurídica o de un derecho subjetivo básico y más complejo. La facultad de retraer es una de las integrantes de la relación jurídica básica o del derecho subjetivo básico (censo enfiteútico, condominio, dominio, etc.) y se adquiere y se pierde con ellos. Pero en cierto momento –cuando la enajenación

creen que el tanteo y el retracto son simples facultades de adquisición por imperativo de la ley en el contenido de la situación jurídica en que se halla su titular.

Cualquiera que sea el punto de vista que se comparta sobre si estamos ante un derecho subjetivo o ante una simple facultad, lo que sí es cierto es el origen medieval del retracto de comuneros como ha puesto de relieve González Pacanowska(11).

Respecto a la cuestión referente a que el retracto implica una limitación del derecho del propietario a disponer libremente de la cosa de su propiedad, hay que decir que esa ha sido la opinión mantenida en varias sentencias del Tribunal Supremo.

Así la Sentencia de 20 de marzo de 1929 referente a un retracto de comuneros, dice que según el artículo 1.521 del Código Civil, es el retracto una limitación al derecho dominical que sanciona el artículo 348 del mismo Cuerpo legal, mediante el que se coarta el derecho del propietario para enajenar las cosas a la persona a quien le plazca, desmembrándole el pleno poder jurídico que sobre ellas tiene(12).

La Sentencia de 5 de junio de 1929, en relación a un caso de retracto de colindantes, dice que tal retracto fue establecido en el Código Civil como resultado de las orientaciones económicas para evitar la excesiva parcelación de las tierras, reconociendo la dimensión mínima que debe tener toda finca rústica para su mejor aprovechamiento, por lo que esta facultad de retraer no puede estimarse concedida por extensión al poseedor de cualquier derecho limitativo del dominio(13).

La Sentencia de 6 de marzo de 1971, en un caso de retracto arrendaticio urbano, sigue la misma línea, porque sostiene que constituyendo el retracto legal una limitación que afecta al propietario, restringiendo su libertad para elegir la persona que, por compraventa u otro título traslativo, haya de adquirir la cosa, sólo se debe dar lugar a él, cuando esté plenamente acreditada la existencia de tal limitación, pues la propiedad se reputa siempre libre de gravámenes y restricciones(14).

a un tercero se produce- estas facultades adquieren parcialmente independencia de la relación jurídica o del derecho subjetivo del que proceden (pasan, si se quiere, a ser derechos subjetivos): tienen propio plazo de caducidad; son renunciables con independencia. PEÑA BERNALDO DE QUIROS *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.^a edición, 1986, p. 351.

(11) GONZALEZ PACANOWSKA, "Retracto de origen voluntario", en *Homenaje a Juan Roca Juan*, 1989, p. 325.

(12) Sentencia de 20 de marzo de 1929, en *Jurisprudencia Civil*, 1929, tomo 188, p. 496.

(13) Sentencia de 5 de junio de 1929, en *Jurisprudencia Civil*, 1929, tomo 189, p. 626.

(14) Sentencia de 6 de marzo de 1971 en *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1971, p. 883.

Sin embargo las Sentencias de 17 de diciembre de 1955 y de 29 de octubre de 1985 parecen sostener un punto de vista diferente. Así para la primera de ellas los derechos de tanteo y retracto legales son 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, como cargas que integran su pasivo, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo(15).

Por último la aludida Sentencia de 29 de octubre de 1985 se ocupa del retracto de colindantes señalando que la finalidad del retracto de colindantes, como manifiesta la Exposición de Motivos de la edición reformada del Código Civil, es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza; finalidad la expresada, que, si debe presidir la interpretación del artículo que regula el retracto de esa clase y que, como los demás legales, sin limitaciones de la propiedad a modo de cargas de derecho público pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están utilizadas por el interés general(16).

Se observa, pues, que las ideas sobre los retractos legales divergen en las distintas sentencias expuestas, pero lo que está claro es que no cabe tildar al retracto como una figura jurídica anacrónica, dado que tiene su sentido en los momentos en los que vivimos y concretamente al amparo de lo que el artículo 33.2 de la Constitución Española establece, en cuanto a la función social como delimitación del derecho de propiedad de acuerdo con las leyes. Por lo tanto concebir a los retractos como obstáculos para el derecho de propiedad y para la libertad de empresa no parece muy ajustado a la realidad, porque como ha señalado Coca Payeras(17), la idea de supraindividualidad es un adjetivo predicable de los intereses tutelados por esos derechos de tanteo y retracto que últimamente están siendo utilizados en gran medida por las Comunidades Autónomas españolas.

Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill(18) sostienen que el derecho de retracto legal no tiene la naturaleza propia del derecho real, ya que es

(15) Sentencia de 17 de diciembre de 1955, en *Jurisprudencia Civil*, 1955, tomo 53, p. 1377.

(16) Sentencia de 29 de octubre de 1985, en *Repertorio Jurisprudencial de Aranzadi*, 1971, p. 4310.

(17) COCA PAYERAS, *Tanteo y Retracto, Función Social de la Propiedad y Competencia Autonómica*, 1988, p. 20.

algo más, o mejor dicho, es algo distinto, pues la ley al crear los retractos legales se mueve, en principio, por razones de interés general o público, aunque redunde en provecho de particulares concretos. Los tanteos y retractos legales, siguen diciendo, al igual que las servidumbres, prohibiciones de disponer y demás restricciones, limitaciones y condicionamientos de origen *ministerio legis* actúan a la manera de cargas de Derecho Público, que escapan a la esfera del Derecho privado.

Coca Payeras(19) cree que el tanteo y el retracto entendidos globalmente son limitaciones del derecho de propiedad, si el modelo que de éste se toma en consideración es el pergeñado en el artículo 348 del Código Civil. Pero abstractamente no puede sostenerse que son limitaciones del derecho de propiedad, o sea, de cualquier diseño legal de propiedad, sino, en todo caso, del que contiene el artículo citado, que en el momento en que se formula es el único del ordenamiento jurídico español que contiene el tipo legal propietario. Todo lo cual, no prejuzga el que, con posterioridad, la dinámica generativa de nuestro ordenamiento jurídico, lo haya matizado e incluso rectificado. Si esto es así habría que replantear el carácter de limitaciones del derecho de propiedad del tanteo y del retracto.

En relacion con esto no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, insiste en la insuficiencia del artículo 348 del Código Civil como dato conceptuador del derecho de propiedad, pues la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil. Debiendo rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código Civil declinando el siglo XIX, dispuso de carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene en cuenta para nada las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto(20).

(18) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, III, 7.ª ed., 1979, pp. 601 y 602.

(19) COCA PAYERAS, *loc. cit.* supra n. 17, pp. 153 y 154.

(20) La Sentencia 37/1987 de 26 de marzo (BOE de 14 de abril) de la fue ponente D. Jesús Leguina Villa resolvió un recurso de constitucionalidad planteado contra varios artículos de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En su fundamento jurídico número ocho se dice que la concepción de la propiedad privada como institución unitaria, regulada en el Código Civil, que sólo admite limitaciones externas a su libre ejercicio en virtud de Leyes especiales, ha sido superada porque la Constitución reconoce y

Téngase en cuenta para concluir este apartado, que es verdad que los retractos legales entrañan una limitación de la libertad de tráfico para el propietario que enajena y para el adquirente, pero no debe olvidarse que concretamente en el retracto de comuneros el beneficiario de esta institución es otro propietario que así ve finalizada la situación de indivisión que afectaba al bien de la que es titular dominical.

V. EL PLAZO PARA EJERCER EL RETRACTO DE COMUNEROS

En las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado se esgrime como argumento a favor de la constitucionalidad del artículo 1.524 que el legislador debe atender al principio constitucional de seguridad jurídica y reducir en lo posible la inseguridad que para el tráfico jurídico suponen los retractos legales.

Es cierto que la seguridad jurídica es un valor consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, pero lo que no está tan claro es que para eliminar o reducir el coeficiente de incertidumbre en las relaciones jurídicas, habida cuenta de que la eficacia de las transmisiones queda pendiente de la decisión o actividad de un tercero extraño al contrato, haya que establecer unos requisitos que puedan hacer muy difícil el ejercicio del retracto que, por otra parte, es un derecho reconocido por el legislador y que, como acaba de verse, merece para el Tribunal Supremo la consideración de ser una institución tendente a favorecer el interés público.

La cuestión en este punto es, pues, si los requisitos exigidos por el artículo 1.524 hacen imposible en la práctica el ejercicio del citado derecho. Recordemos que el precepto 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. Parece conveniente tener en cuenta determinados antecedentes históricos y referirse a la cuestión desde el punto de vista de distintas Sentencias del Tribunal Supremo.

El artículo 1.452 del Proyecto de 1851 dispuso que no podría usar-

protege un derecho de propiedad privada que tiene una vertiente institucional, precisamente derivada de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre las que se ejerce el señorío dominical esta llamado, lo que supone, la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad o, si se prefiere, en la delimitación concreta de su contenido (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 72, abril 1987, p. 4573).

se el derecho de retracto sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento que haga el vendedor o el comprador al que tiene este derecho. Para García Goyena(21) este precepto tendía a cortar las cuestiones a que daba lugar la ley recopilada 9.^a, título 13, libro 10, sobre si el plazo corría contra el ignorante, si debía contarse desde la celebración del contrato o desde la entrega de la cosa y también los fraudes a que frecuentemente se recurría con objeto de hacer ilusorio el retracto. Para que empiecen a correr los nueve días, es necesario requerimiento por parte del vendedor o comprador, y podrá hacerse aún antes de formalizarse la escritura de venta, según se había establecido por algunos de nuestros antiguos Fueros para mayor firmeza del contrato. El requerimiento deberá hacerse por ante escribano para que conste con certeza y se eviten negativas vergonzosas; pero no habrá necesidad de acudir por ello al Juez con dilaciones y gastos que nada añadirán a la certeza. Estos nueve días correrán tanto entre comuneros como entre los que tengan el dominio directo y útil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil sin embargo siguió unos criterios similares a los del vigente Código Civil(22).

La primera edición del Código Civil disponía en su artículo 1.524 que no podrá ejercitarse el derecho de retracto sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento hecho ante Notario, que haga el vendedor o el comprador al que tenga aquel derecho. Como puede verse sigue la línea del Proyecto de 1851 y para garantizar que el retrayente llega a conocer la transmisión prescribe la intervención notarial en el requerimiento.

La Exposición de Motivos del Código Civil se refiere a que la Sección Primera de la Comisión General de Calificación aceptó con gusto la idea de suprimir la formalidad del requerimiento ante Notario a la que antes nos hemos referido.

Scaevola(23) se refiere a la supresión de esta formalidad señalando que aunque no se expresan los motivos, seguramente se tuvo en cuen-

(21) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, III, 1852, pp. 426 y 427.

(22) Los artículos 1.618, 1.619 y 1.620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan el plazo para ejercer el retracto. Sin embargo debe aclararse que el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil está vigente para lo que es mero procedimiento o regulación procesal, mientras que los aspectos sustantivos regulados en forma distinta por el Código Civil deben considerarse derogados. García Cantero se ocupa de los antecedentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil. Al respecto ver GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIX, 2.^a ed., 1991, pp. 677 y 678.

(23) SCAEVOLA, *Código Civil*, XXIII, 1906, p. 907.

ta la circunstancia de no haber Notario en los pueblos pequeños, lo que, dada la premura del término, podría estorbar al retracto en muchos lugares. Pero, sigue diciendo, la supresión del requerimiento notarial, que denotaba una intervención activa del vendedor o del comprador notificando la venta a los que por razón de comunidad o antigüedad estaban en condiciones de retraer, acusa una rectificación esencial, que habrá de redundar en que se hagan firmes muchas ventas por una leve negligencia del condomino o del propietario colindante.

Como puede verse existen antecedentes históricos y argumentos doctrinales contrarios a la redacción del vigente artículo 1.524 y ahora vamos a incidir en las Sentencias del Tribunal Supremo que se han referido al plazo y su cómputo.

Una de las cuestiones planteadas fue la de si nos encontramos ante un plazo civil o procesal. El artículo 5.2 del Código Civil, como es sabido, dispone que en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles. Por el contrario el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prescribe que en ningún término señalado por días se contarán aquellos en que no puedan tener lugar actuaciones judiciales. La mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo se han decantado porque estamos ante un plazo civil en el que no se descuentan los días inhábiles(24).

Si tenemos en cuenta que estamos hablando de un plazo de nueve días y que al no descontarse los días inhábiles no procede la aplicación del artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a que si el plazo concluyese en domingo u otro día inhábil se entenderá prorrogado al siguiente día hábil, el plazo se acorta aún más.

Al ser el plazo civil y de acuerdo con lo previsto en los artículo 5 del Código Civil, el criterio es que no se computa momento a momento, por lo que empezará a contarse desde el día siguiente a aquel en que el retrayente tuvo conocimiento de la transmisión o aquel en que se inscribió en el Registro de la Propiedad, como reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1956(25).

No existen dudas doctrinales(26) ni jurisprudenciales respecto de que el plazo para ejercitar el retracto es un plazo de caducidad de

(24) Puede verse sobre el tema SAURA MARTINEZ, *Cómputo del plazo en el retracto de colindantes*, 1991, pp. 11 a 14.

(25) Sentencia de 2 de abril de 1956, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1956-1, p. 1027.

(26) ALBADALEJO, *Derecho Civil*, III-2, sexta edición revisada por GONZALEZ PORRAS, 1989, p. 358. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-3, tercera edición, 1983, p. 414.

carácter sustantivo, es decir no procesal, transcurrido el cual el derecho se extingue si no ha sido ejercitado oportunamente(27). Quiere esto decir, como se apunta en la sentencia objeto de este comentario, que una vez cumplido el plazo, si no existe derecho a accionar es porque se ha extinguido el derecho sustantivo del que deriva la acción procesal(28).

Vemos, pues, que el legislador instauró un plazo breve, pero que no es en sí mismo objeto de excesivas críticas. Sobre todo si se parte de la conveniencia de acortar el período de pendencia de las situaciones jurídicas amenazadas de ineficacia, por lo cual se establece un plazo tan breve que evite la prolongación de la incertidumbre.

VI. EL COMPUTO DEL PLAZO

Aunque ya se ha hablado reiteradamente del cómputo del plazo, es conveniente insistir en algunas cuestiones que plantea al respecto, porque esta es la que en mayor medida puede hacer pensar en la constitucionalidad del artículo 1.524 del Código Civil.

Acabamos de ver cómo este problema ha preocupado al legislador desde tiempo inmemorial y como por la vía de los requerimientos se intentaba que el posible retrayente tuviera conocimiento de la venta o dación en pago para fijar un plazo a partir de ese momento.

Manresa(29) parece interpretar el texto del artículo 1.524 que se refiere a la inscripción en el Registro y en su defecto desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta como momento para iniciar el cómputo, como signo de la existencia de una regla general y de una regla subsidiaria. Dice que el primer punto de partida es la inscripción en el Registro y de no existir inscripción el momento inicial será desde el conocimiento por parte del retrayente.

Sin embargo, Sancho Rebullida(30), a la vista de una reiterada jurisprudencia propiciada por la desafortunada redacción del citado precepto, estima como momento para contar el plazo el del conocimiento por el retrayente de la venta o dación en pago, así como de sus

(27) Sentencia de 28 de noviembre de 1970, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, de 1970, p. 3.599. Sentencia de 30 de octubre de 1990, en *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1990, p. 10.624.

(28) Sobre el tema DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, 1976, p. 178.

(29) MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, X, 1950, p. 391.

(30) LACRUZ SANCHO, *loc. cit.* supra n. 9, edición 1991, pp. 446 y 447.

condiciones o extremos que tienen significación económica en la transacción, haya o no inscripción en el Registro; pues, si el retrayente ha de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato es preciso que las conozca exactamente para que el ejercicio del derecho responda a un juicio debidamente informado de su conveniencia; es indiferente cómo se haya adquirido tal conocimiento, es decir, mediante notificación del enajenado o sin cooperación suya, y en cuanto lo tiene el legitimado para retraer comienza el cómputo del plazo. La inscripción en el Registro sólo da lugar al inicio del plazo cuando el retrayente no hubiera tenido anterior conocimiento.

Como puede observarse las opiniones están divididas a la hora de interpretar un precepto tan complicado. Es por ello por lo que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre cuándo debe comenzarse el cómputo del plazo(31).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1967 analiza los sistemas que para el comienzo del cómputo del plazo existen en nuestra legislación: *a)* el objetivo que lo hace empezar al día siguiente del otorgamiento de la escritura de venta, prescindiendo de que el retrayente tenga o no conocimiento de la misma (artículo 1618-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), *b)* el subjetivo que estima esencial aquel conocimiento para que el plazo comience a contarse y por ello se impone que la venta se notifique al eventual retrayente (artículo 48-2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), *c)* el mixto que distingue según exista o no inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad, pues en el primer caso el comienzo es un dato objetivo mientras que en el segundo se requiere que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (artículo 1524)(32).

Dice Rebolledo Varela(33) acertadamente que la regulación actual no se corresponde exactamente con lo que dice la Sentencia que acaba de ser citada. Porque por una parte, el artículo 1.618.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de considerarse derogado por el artículo 1.524 del Código Civil; por otra, para el retracto arrendaticio rústico sólo

(31) Para una exposición de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo puede verse REBOLLEDO VARELA, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, 1991, pp. 1016 y 1017. Igualmente CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral IV*, decimocuarta edición, por FERRANDIS VILELLA, 1988, pp. 182 y 183.

(32) Sentencia de 30 de noviembre de 1967, en *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1967, pp. 3451 y 3452.

(33) REBOLLEDO VARELA, *loc. cit.* supra n. 31, p. 1016.

rige el criterio subjetivo de conocimiento de la transmisión, de acuerdo con el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y, por último, el propio artículo 1.524 no ha de ser entendido en su sentido literal de que habiendo inscripción registral el plazo comenzará a contarse desde ella pues ello no excluye un conocimiento anterior como punto inicial de partida. En este sentido la Sentencia de 5 de mayo de 1972 declara que el cómputo a partir de la inscripción sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación data de fecha anterior(34).

Objeto de muchas sentencias y cuestión sumamente discutida ha sido si el derecho de retracto nace en el momento de celebrarse la compraventa o por el contrario se requiere que se produzca la entrega de la cosa vendida. Según una corriente jurisprudencial que hay que considerar superada, el momento de iniciar el cómputo del plazo es el de celebrarse la compraventa. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1951 dice que el derecho de retracto nace en el momento de celebrarse el contrato de compraventa y desaparece si ese contrato se rescinde por causas legales, no así cuando la rescisión obedece tan sólo a la voluntad o conveniencia de los retrayentes, circunstancias que no pueden influir en la efectividad del derecho de retrayente(35).

En la actualidad es mayoritaria la doctrina jurisprudencial(36) que entiende que el retracto sólo puede tener lugar cuando la venta está consumada por la entrega de la cosa, ya sea la entrega real o simbólica, realizada ésta por otorgamiento de escritura pública y no del documento privado de venta, según prescribe el artículo 1.462 del Código Civil(37).

En el caso de que la compraventa se hubiera efectuado en documento privado y además se hubiera efectuado la entrega al comprador, el momento de iniciar el cómputo del plazo para retraer debe ser

(34) Sentencia de 5 de mayo de 1972, en *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1972, pp. 1578 y 1579.

(35) Sentencia de 12 de junio de 1951, en *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1951, p. 1121.

(36) Sin embargo la Sentencia de 31 de octubre de 1988 se ocupa de un caso de retracto arrendatario rústico en el que la entrega de la finca objeto del retracto no se había producido porque la compraventa se había documentado privadamente y no había habido tradición, y sin embargo se admite el retracto atendiendo a la especificidad del procedimiento de retracto establecido en la Ley de Arrendamientos Rústicos (*Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1988, p. 7635).

(37) Sentencia de 14 de noviembre de 1953, *Jurisprudencia Civil*, 1953, p. 674. Sentencia de 28 de junio de 1949, *Jurisprudencia Civil*, 1949, p. 282.

el del conocimiento por parte del retrayente, sin esperar al otorgamiento de escritura pública(38).

Se entiende que hay consumación del contrato de compraventa y por lo tanto ha lugar el retracto cuando hay entrega de la cosa aunque parte del precio esté sometido a plazo o la enajenación se hubiera efectuado con pacto de retro(39).

En las enajenaciones realizadas en pública subasta el plazo empieza a contar, como dice la Sentencia de 20 de febrero de 1975, no desde el día de celebración de la subasta que sería el de perfección del contrato, sino desde la consumación que en el caso de autos será el del otorgamiento de la escritura de venta, todo ello referido al conocimiento por parte del retrayente de una manera total y completa no solo la venta, sino de todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse efectuado(40).

En la actualidad parece claro que el cómputo a partir de la inscripción registral sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha, pero para ello es precisa la concurrencia de dos requisitos esenciales: 1. Que se declaren como hechos indiscutiblemente probados que el retrayente tuvo ese conocimiento de la venta con anterioridad a la inscripción registral, y 2. Que tal conocimiento sea completo respecto a todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó, para que, con suficientes elementos de juicio, pueda el interesado decidir si conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste, siendo competencia del Tribunal de Instancia la apreciación de si quien retrae tuvo o no conocimiento exacto de la venta que se lleva a cabo (41).

Sobre la fecha de conocimiento de la venta ha de estarse a lo alegado por el actor en su demanda, correspondiéndole al demandado la prueba de un conocimiento anterior de acuerdo con el artículo 1.214 del Código Civil(42).

(38) Sentencia de 8 de julio de 1946, *Jurisprudencia Civil*, 1946, pp. 790 y 791.

(39) REBOLLEDO VARELA, *loc. cit.* supra. n. 31, p. 1016.

(40) Sentencia de 20 de febrero de 1975, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1975, p. 503.

(41) Sentencia de 12 de diciembre de 1986, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1986, p. 7256.

(42) Sentencia de 8 de junio de 1977, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1977, p. 2121.

VII. LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO COMO REFERENCIA PARA COMPUTAR EL PLAZO

Está claro, pues, que a los efectos del artículo 1.524 el momento del conocimiento por el retrayente prima sobre la fecha de inscripción en el Registro siempre que ésta sea posterior a aquel(43).

Elogiaba Manresa(44) el cambio que se había producido en la legislación dado que el requerimiento notarial que había de efectuarse por el vendedor al posible retrayente, había sido sustituido por la inscripción en el Registro como referencia para computar los nueve días de plazo para ejercer el retracto. El hecho de que la inscripción surta efectos frente a terceros y de que el Registro de la Propiedad sea el único medio legal para conocer la propiedad y sus transmisiones eran, a juicio de este autor, razones de peso para efectuar el cambio del que ya se ha hablado anteriormente.

Sin embargo, a pesar de estos elogios, acaba de verse cómo el Tribunal Supremo ha tenido que efectuar una interpretación hasta cierto punto correctora del artículo 1.524 dejando el cómputo a partir de la inscripción registral en un lugar subsidiario respecto al conocimiento del retrayente(45).

De la Cámara(46) comparando los artículos 1.524 y 1.067 del Código Civil critica acertadamente el contenido de aquel artículo porque la inscripción en el Registro de la Propiedad no es instrumento adecuado para que a partir de la práctica del asiento empiece a correr el plazo para el retracto, porque esa tesis sólo puede fundarse en un equivocado concepto de la publicidad registral o en la ficción de que el contenido del Registro de la Propiedad es conocido por todos.

En la Sentencia objeto de este comentario el Fiscal General del Estado dice que el legislador supone que la inscripción en el Registro produce el conocimiento de la enajenación por parte del comunero. Así se ha pronunciado también el Tribunal Supremo que ha sostenido que estaríamos ante una presunción *iuris et de iure*(47). O sea que para calcular el *dies a quo*, se tiene en cuenta de un lado el conoci-

(43) Puede verse al respecto BLASCO GASCO, *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 1994, p. 624.

(44) MANRESA, *loc. cit.* supra n. 29.

(45) GARCIA CANTERO, *loc. cit.* supra n. 22, p. 682.

(46) DE LA CAMARA ALVAREZ, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 2506.

(47) Sentencia de 28 de mayo de 1963, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1963, p. 1863.

miento por el retrayente o alternativamente la publicidad formal que confiere el Registro, porque se presume que desde que se inscribe se conoce y si no es así es porque el posible retrayente no es diligente, lo cual es mucho decir.

Sin embargo ya se ha visto con qué claridad De la Cámara se expresa en contrario con argumentos que comparto. Creo que debe hablarse del término publicidad en un sentido formal y en un sentido material. El Registro de la Propiedad proporciona publicidad a aquel que ha querido obtenerla pero en materia de retracto lo importante es que el posible retrayente sepa realmente la existencia de la transmisión.

Nos encontramos ante dos figuras claramente diferenciadas. De un lado está la publicidad registral (publicidad formal) que es una declaración no recepticia dirigida no a un sujeto determinado afectado por una situación concreta, sino a la colectividad en general y que no exige como presupuesto la recepción de su contenido. Por eso se ha afirmado que la publicidad del Registro de la Propiedad no produce el conocimiento de la enajenación por parte del retrayente, sino sólo la cognoscibilidad.

De otro lado está la notificación (publicidad material) que es una declaración recepticia dirigida a un sujeto determinado afectado por una relación jurídica y que sólo despliega su eficacia en el momento en que su contenido es recibido por el destinatario.

Pues bien en el caso contemplado quizá no quepa escudarse en la mera publicidad registral para el comienzo del cómputo del plazo de ejercicio del derecho de retracto, sino que, dado que entra en juego el interés de un sujeto determinado (el retrayente), es necesario algo más que la simple cognoscibilidad, por lo que se impone el conocimiento efectivo de la enajenación a través de una declaración recepticia hecha por el retraído al retrayente, es decir de una notificación.

El Registro de la Propiedad tiene por finalidad esencial proteger al que adquiere e inscribe confiando en el contenido de sus asientos, pero no realizar notificaciones sobre la existencia de transmisiones inmobiliarias. Lo que se discute en la Sentencia es si la inscripción equivale a una notificación a lo que hay que responder que en principio no, salvo que legalmente se señale otra cosa como es el caso que ocupa. Así pues, equiparar la inscripción en el Registro de la Propiedad con el conocimiento real es admitir en muchas ocasiones una existencia puramente formal del derecho de retracto.

Por otra parte el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que las notificaciones procesales han de ser realizadas de tal

manera que llegue a conocimiento del notificado, sin que baste el cumplimiento meramente formal de los requisitos legales y tal vez sería conveniente aplicar este criterio cuando se trata del plazo del ejercicio de un derecho en vez del plazo de un acto procesal(48).

En el caso del artículo 1.524 se viene a imponer al retrayente, en el caso de no tener conocimiento por otra vía, una “servidumbre de consulta registral”. Si vendedor y comprador están interesados en eludir el ejercicio del derecho de retracto pueden obstaculizar de manera considerable y sin infringir la legalidad la pretensión del retrayente.

En efecto dado que el vendedor no está obligado a poner en conocimiento del retrayente el hecho y las condiciones de la venta; la inscripción en el Registro es voluntaria, el comprador puede tomar posesión de la finca, sin que de ello pueda deducir el retrayente, de manera cierta, que la venta ha tenido lugar (y, en ningún caso, cuáles han sido el precio y las condiciones pactadas). No queda otro camino que la consulta semanal del Registro de la que habla el Auto de la Audiencia Provincial. Cabría incluso pensar en una frecuencia mayor si se tiene en cuenta que para el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles, que tales días se computan aunque la Oficina del Registro no esté abierta al público y que el retrayente ha de disponer de un período mínimo de reflexión y preparación de la demanda.

Ahora bien, el comprador puede posponer indefinidamente la solitud de inscripción, con lo que resultarían infructuosas las repetidas consultas registrales que acarrear molestias –piénsese en la posibilidad de que el retrayente tenga su domicilio en localidad distinta de la Oficina del Registro– y gastos.

(48) CHAMORRO BERNAL, *loc. cit.* supra n. 1, p. 62 y ss. Chamorro Bernal resume la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

a) Las citaciones, emplazamientos y notificaciones tienen una evidente connotación constitucional por ser un requisito previo para poder ejercer los derechos de acceso a la jurisdicción y de defensa dentro de la misma. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias. En consecuencia dada su finalidad, debe existir siempre constancia de la recepción, de la citación o notificación por parte del interesado.

b) El Tribunal Constitucional considera que la notificación normal es la personal y más cuando se trata de citaciones y emplazamientos.

c) Cuando la citación no es personal, el Tribunal Constitucional es muy exigente con las formalidades y no duda en anular Sentencias porque la citación por correo certificado se hizo a una persona que no estaba identificada en el acuse de recibo o porque no constaba el hecho de la recepción.

d) El Juez tiene el inexcusable deber de comprobar si las citaciones y emplazamientos se hacen correctamente.

e) La citación por edictos es excepcional y el último remedio, previo el agotamiento de las otras modalidades.

Las dificultades, ciertamente, rozan la imposibilidad práctica del ejercicio del retracto, aunque técnicamente no lleguen al límite de lo imposible o inexigible. De aquí que el Tribunal Constitucional nos diga que “el legislador ha establecido un régimen que, al margen de cualquier juicio de oportunidad, no puede ser tachado de inconstitucionalidad”.

En definitiva el Tribunal Constitucional parece reconocer que la regulación actual no es la más adecuada. No obstante, “los inconvenientes o incluso la pérdida de efectividad del derecho que pueda producirse en algunos supuestos” no pueden “elevarse a causa determinante de la inconstitucionalidad de la norma”, toda vez que las exigencias del artículo 1.524 se desenvuelven “dentro del marco de libertad que el legislador tiene para crear y regular el derecho de retracto”.

Interesa ahora hacer una referencia a la operatividad del cómputo cuando el plazo se cuenta desde la inscripción en el Registro.

No cabe duda de que el Código Civil se está refiriendo a la inscripción de la escritura de compraventa o dación en pago o del testimonio del auto de adjudicación judicial cuando se trate de enajenaciones derivadas de procesos de ejecución.

La fecha que inicia el cómputo es la del asiento de inscripción propiamente dicho, no la del asiento de presentación del documento o título formal. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1954 declara que no es el momento de la presentación del título en el Registro desde el que debe empezar a contarse el plazo para ejercitar la acción de retracto sino el de la inscripción, y no podía ser de otra manera(49).

Es decir, que lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria que prescribe que se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma, no tendrá aplicación a los efectos de fijar el *dies a quo* para computar el plazo para retraer. La razón que justifica esto es clara: por una parte, la publicidad del Libro Diario está sujeta a condicionamientos que la hacen menos fácil (cfr. art. 231 L.H); por otra, en el asiento de presentación no se hace constar el precio ni las condiciones del contrato, por lo que no proporcionaría al retrayente el conocimiento pleno y completo del negocio.

(49) Sentencia de 27 de febrero de 1954, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1954, p. 632.

Por otra parte, la doctrina hipotecarista habla, en estos casos, de eficacia o virtualidad notificadora de los asientos registrales, de lo que además de los artículos 1.524 y 1.638, regulador del retracto enfitéutico, pueden encontrarse otros ejemplos; así la nota del artículo 32-1 del Reglamento Hipotecario advierte a terceros de la existencia de un expediente de expropiación y la del artículo 143 del Reglamento Hipotecario sirve de notificación de un proceso de ejecución.

La eficacia notificadora del Registro de la Propiedad a los efectos del retracto parece que debe reconocerse también a las inscripciones anotadas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, aún cuando fueran luego canceladas por falta de publicación de los edictos. La posible caducidad de los edictos, a los tres meses de su fecha, no impide el conocimiento de la transmisión por el retrayente. Al respecto, la Sentencia de 1 de julio de 1959 dice que cuando la inscripción es ineficaz, no por ello deja de producir efectos mientras no se produzca la cancelación(50).

Como se observa, el computar el plazo para ejercer el retracto teniendo en cuenta la inscripción en el Registro de la Propiedad plantea multitud de dificultades de orden práctico y bastantes dudas desde el punto de vista teórico.

VIII. EL PLAZO PARA EJERCER LOS DEMAS RETRACTOS LEGALES

Ahora se va a analizar brevemente el plazo para ejercer el resto de los retractos legales y sobre todo el momento a partir del cual se computa cada uno de los plazos que la ley confiere para ello.

En la sección dedicada a los retractos legales el Código Civil, como es sabido, sólo regula el de comuneros y el de colindantes. Pero en él existen otros como: a) El de coherederos regulado en el artículo 1.067 que puede ser considerado como una subespecie del retracto legal de comuneros. b) El enfitéutico o del dominio directo y útil establecido por el artículo 1.636 y siguientes. c) El del censo a primeras cepas, regulado por analogía del enfitéutico en el artículo 1.656 regla 6.^a d) El de consocios, que parece resultar del artículo 1.708, al decir que la partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, así en su

(50) Sentencia de 1 de julio de 1959, *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, 1959, p. 1815.

forma como en las obligaciones que de ellas resultan. e) El de colitigantes o de créditos litigiosos, regulado en el artículo 1.535 del Código Civil. Fuera del Código Civil se va a hacer referencia a los retractos establecidos en las Leyes de Arrendamientos Urbanos y Rústicos(51), y no se hará a otros retractos regulados en los Derechos Civiles Autonómicos y otras leyes administrativas(52).

El retracto de coherederos regulado en el artículo 1.067 está previsto, como es sabido, para el caso de que algunos de los herederos vendiese a un extraño su derecho hereditario antes de la partición y en tal caso podrán todos o cualquiera de los coherederos sobrogarse en lugar del comprador reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber.

De la lectura de este artículo se deduce que el coheredero tiene treinta días para plantear el retracto contados desde el día siguiente en que por el medio que sea hubiera tenido conocimiento de la venta. Está claro que si el vendedor o comprador quieren provocar o forzar el inicio del plazo deberán hacer saber la venta a los coherederos, por el medio que estimen adecuado de los admitidos por la ley(53).

La inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho hereditario hoy día no cabe llevarla a cabo por lo cual no cabe referir a ese momento el cómputo del plazo. Sí cabría, al menos teóricamente, llevar a cabo una anotación preventiva del derecho hereditario pero ya se ha visto que el legislador refiere el plazo al momento de llevar a cabo la inscripción en el Registro y no otros asientos registrales.

El derecho a retraer de los coherederos no caduca hasta que no tengan conocimiento de la venta los coherederos y no se extingue por su muerte como ha reconocido la jurisprudencia(54).

Conforme al artículo 1.636 del Código Civil corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica.

Respecto al plazo para ejercer el retracto O'Callaghan(55) distin-

(51) Puede verse COSSIO, A.-COSSIO, M. y LEON, J. *Instituciones de Derecho Civil*, II, 1988, pp. 354 y ss. CASTAN TOBEÑAS, *loc. cit.* supra, n. 31, pp. 177 y 178.

(52) BLASCO GASCÓ, *loc. cit.*, supra n. 43, pp. 631 y 632.

(53) MANRESA, *Código Civil Español*, VII, sexta edición, revisada por BONET RAMON, 1943, p. 721.

(54) VALLET DE GOITISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XIV-2, 1989, pp. 440 y 441.

(55) O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XX-3, 1982, pp. 169 y ss.

que cuatro hipótesis: *a)* Plazo ordinario, regulado en el artículo 1.638, de nueve días de los que dispone el retrayente a contar del siguiente al otorgamiento de la escritura de transmisión por compraventa o dación en pago, pero previamente ha habido un aviso de transmisión que impone el artículo 1.637. *b)* Plazo ordinario con ocultación de la transmisión regulado también en el artículo 1.638, para el caso de que se haya dado aviso al retrayente, pero se haya ocultado la transmisión y que se fija en nueve días desde la inscripción en el Registro de la Propiedad. *c)* Plazo extraordinario de un año, regulado en el artículo 1.639, cuando el transmitente no ha dado al otro el aviso que le impone como deber legal el artículo 1.637. *d)* Plazo en la venta judicial de fincas enfiteúticas fijado en el artículo 1.640 en nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura; en este caso el aviso del artículo 1.637 se sustituye por los edictos.

En el caso del censo a primeras cepas, el censalista y el censatario tienen de acuerdo a lo previsto por el artículo 1.656 regla 6.^a del Código Civil derecho a retracto para el caso de que el otro titular disponga de su respectivo derecho, y su regulación es la prevista para la enfiteusis con lo cual es necesario que exista el aviso previo de la intención de enajenar previsto en el artículo 1.637(56).

Dice Cossío(57) que a la vista del artículo 1.708 del Código Civil, el retracto reconocido a los coherederos por el artículo 1.067, se ha extendido a los consocios, que durante la liquidación de la sociedad proceden a la enajenación de la parte abstracta que les pudiera corresponder sobre el patrimonio social. Es decir que los consocios tendrán un mes para retraer desde que se les haga saber que un consocio vende su parte sobre dicho patrimonio social.

El artículo 1.535 regula un retracto legal que ha sido objeto de debate doctrinal y que Pantaleón(58) cree que, a pesar del tenor literal del artículo 1.535 que se refiere a un crédito litigioso, ha de entenderse a la venta de cualquier derecho litigioso. El vendedor ha de ser el demandante y en tal caso el demandado tiene derecho a retraer reembolsando al comprador el precio que pagó, las costas que se hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho.

(56) O'CALLAGHAN, *loc. cit.* supra, n. 54, pp. 250 y 251.

(57) COSSIO, A., COSSIO, M. y LEON, J., *loc. cit.* supra n. 51.

(58) PANTALEON PRIETO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, 1991, pp. 1042 y 1043.

El plazo para el ejercicio del retracto es de nueve días y es de caducidad. *Dies a quo* será aquel en que el cedido tuvo un conocimiento completo, cumplido o cabal de todos los extremos que le interesen de la cesión del derecho litigioso, en especial, el precio por el que se realizó.

Si el legislador nos dice que los nueve días se contarán desde que el cesionario le reclame el pago es porque, ordinariamente, será entonces cuando el cedido adquiriera aquel conocimiento, a través del documento de cesión en el que el cesionario apoye su reclamación.

El artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como se sabe, concede al inquilino o arrendatario de un piso o de un local de negocio, así como al inquilino o arrendatario que ocupe íntegramente un edificio un derecho de retracto en los casos de venta o dación en pago del mismo. Se extiende este derecho a los casos de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de la cosa común adquirida por herencia o legado.

La Ley de Arrendamientos Urbanos concede en el artículo 47 al inquilino y al arrendatario un derecho de tanteo, para lo que deberá serle notificada de forma fehaciente la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador. Para ejercer el derecho de tanteo hay un plazo de sesenta días naturales a contar desde el siguiente de la notificación fehaciente.

El derecho de retracto se confiere al inquilino o arrendatario en los supuestos antes mencionados para el caso de que no le hubiera hecho la notificación prevenida para el tanteo o se omitiese en ella cualquiera de los requisitos exigidos, resultare inferior al precio efectivo de la transmisión, menos onerosas las restantes condiciones esenciales de ésta o la transmisión se realizare a persona distinta de la consignada en la notificación para el tanteo.

Pero al objeto de este comentario lo más trascendente es que el artículo 48.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que el derecho de retracto caducará a los sesenta días naturales contados desde el 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 fuese formalizada.

Es decir que el plazo para el ejercicio del retracto es de sesenta días naturales y el *dies a quo* es el de la notificación fehaciente que

debe llevar a cabo el adquirente mediante entrega de copia del documento en que se efectuó(59).

Por su parte el artículo 86 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que en toda enajenación intervivos de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de las mismas, el arrendatario tendrá derecho de tanteo y retracto o de adquisición preferente.

El derecho de retracto, referido estrictamente a supuestos de compraventa porque para otras formas de enajenación está previsto el derecho de adquisición preferente, se produce en el caso de que no se haya producido notificación al arrendatario para que éste ejercite el tanteo. Es decir, que según el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, en defecto de notificación del arrendador al arrendatario comunicándole la venta de la finca este tendrá derecho de retracto durante sesenta días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

Por otra parte el artículo 91.2 de la misma Ley dispone que en todo caso la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa. El mismo derecho tendrá si no se hubiera cumplido en forma el requisito de la notificación previa, existiendo un plazo de sesenta días a partir de la notificación.

Puede observarse las cautelas que el legislador ha establecido para que el arrendatario pueda adquirir la finca y el plazo dispuesto de sesenta días es bastante razonable(60).

A la vista de los plazos fijados para los retractos legales y de los criterios utilizados para señalar el *dies a quo* en cada uno de ellos, no cabe duda de que el trato dispensado a los retractos de comuneros y colindantes es, con gran diferencia, el que puede ser objeto de mayores críticas tanto por la brevedad del plazo, como por los inconvenientes que suscita el momento en que ha de iniciarse el cómputo del plazo.

(59) FUENTES LOJO, *Suma de Arrendamientos Urbanos*, 8.^a edición, I, 1989, pp. 585 y ss.

(60) COBACHO GOMEZ, *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 1986, p. 179.

IX. CONCLUSION

Aunque ya en los diferentes apartados se han ido obteniendo ciertas conclusiones puede ser oportuno hacer una especie de recapitulación de lo dicho añadiendo algunas matizaciones.

Es verdad que los retractos legales en general y el de comuneros y colindantes en particular introducen incertidumbre en las relaciones jurídicas por cuanto que las transmisiones quedan pendiente de la actividad de un tercero. Añádase a esto que los retractos legales no tienen acceso al Registro y que frente a su ejercicio no cabe oponer el juego protector del principio de fe pública.

Pero lo que llama poderosamente la atención es la gran diferencia de regulación entre el retracto de comuneros y colindantes de un lado y el de los demás retractos legales de otro. Puede decirse que razones de política legislativa aconsejan dar un tratamiento diferenciado a los posibles retrayentes, pero eso no puede llevar a que los requisitos establecidos por el artículo 1.524 lleguen a hacerlo imposible en la práctica.

En algún momento en la sentencia comentada se dice que el plazo de nueve días es un plazo general y el resto serán excepciones a esa regla general; sin embargo, creo que un análisis pormenorizado de los plazos fijados deja sin consistencia tal afirmación.

Si nos atenemos a la gran mayoría de los retractos legales nos encontramos con que tienen una regulación mucho más adecuada. En casi todos ellos se dispone una notificación al posible retrayente para que este tenga constancia de la transmisión y si no existe tal notificación el retrayente tiene un plazo más amplio para ejercitar la acción de retracto.

En realidad tal notificación por vía del requerimiento existió para el retracto de comuneros y colindantes, como ya se comentó anteriormente, en diferentes textos legales anteriores al Código Civil y se suprimió en la edición reformada del Código Civil. Incluso cabe decir que históricamente parece existir un momento en el que el término retracto comprende también el tanteo con lo cual la notificación al posible retrayente era un hecho(61). Con lo cual por razones históricas se ha llegado a esta regulación del artículo 1.524 que cabe calificar de defectuosa.

Está claro que el plazo de nueve días fijado por el artículo 1.524

(61) GONZALEZ PACANOWSKA, *loc. cit.* supra n. 11. En el mismo sentido parece pronunciarse COCA PAYERAS, *loc. cit.* supra n. 17, p. 38.

del Código Civil es demasiado breve pero aun así en caso de que la venta llegue a conocimiento del posible retrayente este podrá retraer.

Lo que a mi juicio no se sostiene es contar los nueve días desde la inscripción en el Registro de la Propiedad. El que se establezca como *conditio iuris* para ejercer el retracto el hacerlo dentro de nueve días, fijando como *dies a quo* el de la inscripción en el Registro no tiene sentido.

No cabe argumentar, como he explicado anteriormente, que el Registro de la Propiedad proporciona publicidad, cosa que es cierta, cuando lo que interesa en tema de retracto es que realmente se conozca la existencia de la transmisión. Es decir que la simple cognoscibilidad proporcionada por el Registro, aunque con enormes dificultades por la brevedad del plazo, debería dejar paso a una notificación sobre la enajenación llevada a cabo. La inscripción no debe ser equivalente a la notificación.

Creo por todo ello, que la constitucionalidad del artículo 1.524 del Código Civil es bastante dudosa y que aunque el Tribunal Constitucional pensara lo contrario, hay razones, a las que hay que añadir la gran litigiosidad suscitada por la interpretación del artículo citado, que hubieran aconsejado que por la vía de la recomendación al legislador no se hubiera desaprovechado la ocasión para instar una reforma del artículo 1.524 del Código Civil(62).

(62) TOMAS Y VALIENTE, A modo de sugerencia "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislados", en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, 1990, pp. 21 y 22.

