

# Retracto legal arrendaticio, transacción y terceros

## Comentario a la STS de 9 de septiembre de 2008 (JUR 2008, 306994)

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

*Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla*

**Resumen:** La Sentencia propone una interpretación del art. 37, 3º LH que impide la eficacia del retractor legal arrendaticio contra el tercero hipotecario del caso, con base en la pretendida buena fe de dicho tercero. En la decisión también pesa que el retractor legal no se da por acreditado, por haberse establecido por transacción entre el comprador retraído y el retrayente. Nos preguntamos si acaso el mismo resultado, la inexistencia de retractor legal, no podría haberse explicado con razones más convincentes; o si no hubiera sido posible interpretar el régimen de los retractos de la LAU de un modo que apoyara la inaplicación del art. 37,3º LH. De este modo se hubiera evitado dejar la oponibilidad a terceros del retractor en una situación de incerteza y falta de seguridad como la que puede producirse si la doctrina de la STS se consolidara.

**Términos significativos:** Retracto legal arrendaticio. Oponibilidad a terceros. Efectos de la transacción. Protección al tercero hipotecario.

### Civil

*Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller*

☑ **TERCERO HIPOTECARIO. Protección registral. Excepción referida a las acciones de retractor (artículo 37 LH). Inaplicación al caso. Proceso de retractor arrendaticio en el que transigieron las partes sin que el Juzgado llegara a pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos necesarios. Imposibilidad de que dicha transacción perjudique al tercero hipotecario.**

*Disposiciones estudiadas: LH, arts. 34 y 37, 3º; LAU/1964, art. 48.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.—Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Mudanzas y Transportes Jiménez, SL contra Banco Bilbao Vizcaya, SA, Banco Zaragozano, SA, Banco Español de Crédito, SA, don Juan Carlos, doña Trinidad, don Íñigo, don Luis Enrique y don Casimiro.

1. Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara «... Sentencia de conformidad con los pedimentos de esta parte, esto es: Declaración de la propiedad en favor de Mudanzas y Transportes Jiménez, SL de las fincas registrales inscritas con los números 8123 y mitad indivisa de la 5097 en el Registro de la Propiedad Número Trece de Valencia, rectificación del registro declarando la nulidad y cancelación de las cargas y gravámenes posteriores a la venta objeto de retractor o transmisiones que se pudieran producir hasta la fecha en que se ejecute la sentencia en el Registro de la Propiedad, la consi-

guiente nulidad del procedimiento hipotecario 482/93 que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Picassent, en autos del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, todo ello sólo en la parte de los títulos hipotecarios, proceso o cargas y gravámenes en la parte afectante a las fincas retraídas, condenando al demandado Sr. Casimiro, a la devolución y entrega de la finca en las mismas condiciones que las recibidas, todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2. Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de Banco Español de Crédito, SA se allanó a la misma. La representación procesal de Banco Zaragozano, SA contestó la demanda, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, se dicte «... sentencia no dando lugar a la cancelación de la hipoteca a favor de Banco Zaragozano, SA inscrita el 12 de mayo de 1992 sobre la finca registral 8123 del Registro de la Propiedad núm. 13 de Valencia, ni a su declaración de nulidad con rectificación del Regis-

tro». La representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya, SA contestó asimismo la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte «... en su día sentencia desestimando la demanda en todos sus pedimentos, declarando especialmente la validez y vigencia de la Hipoteca a favor del Banco Bilbao Vizcaya, SA, y del Procedimiento Judicial Sumario seguido a su instancia con expresa imposición de las costas a la parte actora...».

Por providencia de fecha 25 de octubre de 1999 se acordó declarar en rebeldía al demandado don Juan Carlos. En fecha 10 de noviembre de 1999 se acordó declarar en rebeldía a los codemandados doña Trinidad, don Íñigo, don Luis Enrique y don Casimiro, este último rebelde comparecido.

3. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

4. El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 15 de enero de 2001, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda presentada por Mudanzas y Transportes Jiménez, SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Fernández Cortes contra Banco Español de Crédito, SA, representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Francisco Díaz Marco, DEBO DECLARAR Y DECLARO procedente la cancelación de las cargas y gravámenes a favor de la citada entidad bancaria, respecto de las fincas 8.123 y mitad indivisa de 5.097 inscritas en el Registro de la Propiedad núm. 13 de Valencia, y que han sido relacionadas en el Fundamento Jurídico primero de la presente resolución, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración. Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.—DESESTIMANDO la demanda presentada por Mudanzas y Transportes Jiménez, SL, representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Fernández Cortes, contra el Banco Bilbao Vizcaya, SA representado por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Cerveró Martí, contra Banco Zaragozano, SA, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carmen Rueda Armengot, contra D. Juan Carlos, contra Dña. Trinidad, contra D. Íñigo, contra D. Luis Enrique, todos ellos en rebeldía y contra D. Casimiro, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Rosa Ana Merino Simón DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados de los pedimentos en su contra formulados, todo ello con imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.—Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación Mudanzas y Transportes Jiménez, SL, y sustanciada la alzada, la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2001, [su contenido completo en id. Cendoj 46250370092001100702], cuyo Fallo es como sigue: «Estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia 22 de Valencia en autos 509/99, revocamos en parte dicha resolución y con estimación de la demanda entablada por Mudanzas y Transportes Jiménez SA declaramos: 1) La propiedad

de la demandante sobre la finca situada en el término municipal de Paiporta, partida de Cotelless, polígono 2, inscrita en el Registro de la Propiedad de Valencia-13 números 8.123 y 5.097 (sobre ésta una mitad indivisa).—2) La nulidad e ineficacia de las inscripciones de las hipotecas sobre la finca número 8.123 a favor de banco Zaragozano, inscrita registralmente en fecha 12-mayo de 1992 y la hipoteca inscrita a favor de Banco Bilbao Vizcaya (en la actualidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA) en fecha de 12-mayo-1992. Se ratifica la cancelación de las dos anotaciones de embargo a favor del Banco Español de Crédito, constitutivas de las letras B y C. Igualmente se cancela la anotación del embargo letra D a favor del Banco Bilbao Vizcaya.—En cuanto a la finca registral 5.097 se declara la nulidad e ineficacia de la inscripción de modificación de hipoteca de fecha 31-8-1989 a favor de Corporación Hipotecaria Bancobao y se cancelan las dos anotaciones de embargo, letras G y H a favor del Banco Español de Crédito.—3) Declaramos la nulidad e ineficacia parcial sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado Primera Instancia-1 Picassent, con número 482/93, en cuanto exclusivamente a la finca registral 8.123 citada, teniendo el demandado Casimiro que devolver la posesión de tal inmueble a Mudanzas y Transportes Jiménez, en las mismas condiciones que la recibió.—4) Cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, tanto en primera como en segunda instancia».

TERCERO.—La procuradora doña Rosa Ana Merino Simón, en nombre y representación de don Casimiro formalizó recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, que funda en los siguientes motivos:

I. Por infracción del artículo 1 del Código Civil en sus apartados 1, 4 y 7.

II. Por infracción del artículo 41, párrafo 2º, del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en relación con el artículo 8 de la LAU de 1964 y 4.1 del Código Civil, así como de los artículos 19.1 y 21.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

III. Por infracción de lo establecido en el artículo 6 del Código Civil, en sus apartados 2, 3 y 4.

IV. Por infracción de los artículos 1809, 1816, inciso primero, y 1818 del Código Civil.

V. Por infracción de lo establecido en el artículo 1521 así como en el 1525, en relación con los artículos 1511 y 1518, todos del Código Civil.

VI. Por infracción de lo dispuesto en los artículos 48 y 55 de la LAU/1964, así como de los artículos 1537 del Código Civil, y 1, párrafo tercero; 20, párrafo primero; 34, párrafos primero y segundo; 37, apartado 3º, y 82, todos de la Ley Hipotecaria.

VII. Por infracción de los artículos 692 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en relación con el 691 de la misma Ley.

VIII. Por infracción de los artículos 18.1, 238.3 y 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 306 y 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IX. Por infracción de lo dispuesto en el artículo 7.3, inciso primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CUARTO.—Por el Procurador don Manuel Cerveró Martí, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, se interpuso ante la Audiencia Provincial de Valencia recurso extraordinario por infracción procesal y de casación; el primero al amparo de lo establecido en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución Española y el segundo, amparado en el artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de lo dispuesto en los artículos 6.2 del Código Civil; 41 del Decreto de 21 de noviembre de 1952; 1809, 1815 y 1816 del Código Civil; 1.III, 34 y 35 de la Ley Hipotecaria; artículo 37.3º de la misma Ley Hipotecaria; 5.1, 7, 11.2 y 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 9.3 de la Constitución Española; 1 del Código Civil, así como los principios recogidos en los artículos 1251 y 1252 del Código Civil y 12.2, 222.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículo 6, apartados 3 y 4 y artículo 7 del Código Civil y artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

QUINTO.—Por esta Sala se dictó auto de fecha 20 de junio de 2006 por la que acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto en nombre de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA y admitir los recursos de casación formulados por dicha parte y por don Casimiro, salvo el motivo séptimo de los contenidos en este último.

SEXTO.—No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista ni estimándose necesaria su celebración por esta Sala, se señaló para votación y fallo del recurso el pasado día 14 de julio de 2008, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Los hechos que dan lugar al presente litigio y que han sido tenidos en cuenta en la instancia son, en síntesis y en lo que interesa para el presente recurso de casación, los siguientes:

a) En fecha 9 de marzo de 1983, la actora Mudanzas y Transportes Jiménez, SA suscribió en calidad de arrendataria un contrato de arrendamiento de local de negocio con la propietaria doña Constanza sobre una nave sita en el término municipal de Paiporta, Partida de Cotelles, Polígono núm. 2, de 2.380 metros cuadrados, ocasionándose un incendio en el referido local en fecha 6 de marzo de 1985 que produjo su destrucción parcial y el desalojo de los arrendatarios hasta que fuera reconstruido.

b) Se sucedieron diversas transmisiones del inmueble y con fecha 7 de abril de 1989 se dictó sentencia por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Valencia, en juicio de menor cuantía núm. 714/88, mediante la que se declaró la validez y eficacia del anterior contrato de arrendamiento condenando a los entonces propietarios, los demandados don Daniel, doña

Juana y doña Gema, a estar y pasar por tal declaración; siendo así que dichos demandados vendieron el local objeto de arrendamiento a sus hijos, los hermanos Trinidad, Íñigo, Juan Carlos, Luis Enrique, mediante escritura pública que dio lugar a la inscripción tercera sobre la finca registral núm. 8.123 del Registro de la Propiedad núm. 13 de Valencia.

c) Con fecha 24 de febrero de 1992 los nuevos propietarios constituyeron hipoteca sobre el inmueble a favor del Banco Zaragozano mediante escritura pública de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria en la que los fiadores hipotecantes, los hermanos Trinidad, Juan Carlos, Luis Enrique, Íñigo, declaraban que la misma estaba libre de arrendatarios, dando lugar el gravamen a la inscripción 4ª en el Registro de la Propiedad de fecha 12 de mayo de 1992.

d) Con fecha 13 de marzo de 1992 se constituyó nueva hipoteca sobre el mismo inmueble a favor del Banco Bilbao Vizcaya en virtud de préstamo concedido por dicha entidad a los propietarios, los cuales declararon que el inmueble no estaba arrendado, siendo inscrita igualmente en el Registro de la Propiedad en fecha 12 de mayo de 1992, dando lugar a la inscripción 5ª

e) Con fecha 8 de junio de 1992 el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torrente dicta providencia de admisión de demanda de juicio de retracto que había sido presentada en el mes de febrero anterior por la arrendataria Mudanzas y Transportes Jiménez, SA contra los hermanos Íñigo, Juan Carlos, Luis Enrique, Trinidad por razón de la compra de la nave efectuada por éstos en fecha 9 de septiembre de 1998, dando lugar a autos núm. 45/92, anotándose preventivamente dicha demanda en el Registro de la Propiedad el día 1 de octubre de 1992.

f) El día 7 de enero de 1993 el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Picasent admitió a trámite la demanda de ejecución hipotecaria (procedimiento judicial sumario núm. 482/93) interpuesta por Banco Bilbao Vizcaya ante el incumplimiento por los prestatarios de las obligaciones garantizadas con hipoteca. Solicitada certificación de cargas del Registro de la Propiedad y apareciendo en ésta la anotación de la demanda de retracto, se acordó en fecha 8 de abril de 1994 notificar la existencia del proceso a la retrayente Mudanzas y Transportes Jiménez, SA. El día 13 de diciembre de 1995 tuvo lugar la segunda subasta aprobándose el remate del inmueble a favor de don Casimiro. La representación procesal de Mudanzas y Transportes Jiménez, SA compareció con fecha 18 de diciembre siguiente solicitando que le fuera notificada la persona o personas a quienes se hubiere adjudicado el local o nave en cuestión a efectos de poder ejercitar el derecho de retracto. Con fecha 23 de junio de 1998 se aprobó el remate a favor del Sr. Casimiro y con fecha 2 de junio de 1999 se acordó dar al mismo la posesión del inmueble.

SEGUNDO.—Con tales antecedentes, Mudanzas y Transportes Jiménez, SA interpuso demanda contra Banco Bilbao Vizcaya, SA, don Juan Carlos, doña Trinidad, don Íñigo y don Luis Enrique, don Casimiro y otros en solicitud de que se dictara sentencia por la

cual: a) Se declare la propiedad de la actora sobre las fincas registrales inscritas en el Registro de la Propiedad núm. 13 de Valencia con el núm. 8.123 y la mitad indivisa de la núm. 5.097; b) Se ordene la rectificación del Registro de la Propiedad declarando la nulidad y cancelación de las cargas y gravámenes posteriores a la fecha de la venta objeto del retracto o transmisiones que se pudieran producir; c) Se declare la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 482/93 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Picasent, condenando al demandado Sr. Casimiro a la devolución y entrega de la finca en las mismas condiciones recibidas.

A dicha demanda se opusieron los demandados Banco Bilbao Vizcaya, SA y don Casimiro, quedando en rebeldía los hermanos Íñigo, Juan Carlos, Luis Enrique, Trinidad, y seguido el proceso se dictó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia sentencia de fecha 15 de enero de 2001 que desestimó las pretensiones de la parte actora y absolvió a los referidos demandados; sentencia que fue recurrida en apelación por la demandante Mudanzas y Transportes Jiménez, SA dando lugar a nueva resolución de fecha 12 de diciembre de 2001 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), que fue estimatoria del recurso y acogió las pretensiones de la parte actora declarando la nulidad e ineficacia parcial del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Picasent con el núm. 482/93 en cuanto a la finca registral núm. 8.123 condenando al demandado Sr. Casimiro a devolver la posesión de tal inmueble a Mudanzas y Transportes Jiménez, SA en las mismas condiciones en que la recibió, todo ello sin especial pronunciamiento sobre costas causadas en ambas instancias. Frente a dicha sentencia recurren en casación los citados demandados Banco Bilbao Vizcaya, SA y don Casimiro.

**TERCERO.**—La cuestión litigiosa gira en torno a la interpretación y alcance que ha de atribuirse a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, que ambas partes recurrentes citan como infringido. Según establece dicha norma, las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley, salvo en determinados casos de ejercicio de acciones en los que dicha norma exceptúa expresamente la protección que el artículo 34 dispensa al tercero hipotecario, entre los que se encuentran «las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen». Con apoyo en dicha excepción solicitaba la parte actora en su demanda la declaración de ineficacia respecto de ella, en cuanto adquirente de la propiedad del inmueble en virtud del ejercicio del derecho de retracto arrendaticio (artículo 48 de la LAU/1964), de todos los actos dispositivos posteriores a la fecha de la venta sobre la que operaba el retracto y particularmente de las hipotecas constituidas, procedimiento de ejecución hipotecaria a que se dio lugar y adjudicación del inmueble operada en el mismo a favor del demandado Sr. Casimiro.

Como destaca la doctrina, el fundamento o justifi-

cación de la excepción prevista en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria se encuentra en la existencia de una publicidad derivada de la Ley de estos retractos legales que hace innecesaria su constancia en el Registro de la Propiedad, unida a la fijación de un plazo breve de ejercicio. En la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 no se admitió que las acciones de retracto legal perjudicasen a tercero según su artículo 38.2º, expresando en su Exposición de Motivos que el retracto legal «no tenga fuerza contra el derecho del tercero que haya inscrito su título», añadiendo que «esto sólo se entiende respecto de los terceros poseedores, nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante». No obstante, el establecimiento por el Código Civil de escasos supuestos de retractos legales, la fijación de muy breves plazos para su ejercicio y el cómputo del plazo de ejercicio a partir de la inscripción registral, vinieron a justificar la excepción de la acción de retracto legal respecto de terceros y así la reforma hipotecaria de 1909 modificó su texto introduciendo la norma del artículo 37.3º con limitación de la excepción de la afección de la acción de retracto legal respecto de terceros inscritos a «los casos y términos que las leyes establezcan».

La sentencia de esta Sala de 9 marzo 1999 (RJ 1999, 1994) afirma que «no puede olvidarse que el retracto legal es un límite al derecho de propiedad, no precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad y no puede ser restringido por operaciones del titular dominical y registral frente al que se ejercita el retracto». En igual sentido, la de 14 junio 2004 (RJ 2004, 5055) señala que «el retracto legal da derecho al retrayente a adquirir la cosa retraída en el estado que tenía en el momento de darse aquella compraventa que dio lugar al retracto; es decir, si el adquirente "retraído" realiza actos de disposición sobre la cosa, tras haberla adquirido y antes de producirse el retracto, serán ineficaces y si han tenido acceso al Registro de la Propiedad se cancelarán las inscripciones».

**CUARTO.**—A partir de tales consideraciones la Audiencia, revocando la sentencia dictada por el Juzgado, declaró la ineficacia de las hipotecas constituidas sobre el inmueble objeto de retracto por quienes lo habían adquirido y soportado posteriormente la acción de retracto ejercida por Mudanzas y Transportes Jiménez, SA en el proceso núm. 45/92 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torrente, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración de ineficacia; entre ellas, la nulidad de la adquisición del inmueble por el Sr. Casimiro en subastas celebrada en el proceso de ejecución hipotecaria seguido.

No obstante, la excepcionalidad de los supuestos contemplados en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en cuanto excluyentes de la normal protección del tercero hipotecario a que se refiere el artículo 34, exige una interpretación restrictiva y rigurosa de los mismos atendiendo a su finalidad y a los propios intereses en conflicto.

En el caso presente, no habiéndose dado por el arrendador la comunicación a que se refería el ar-

título 48 de la LAU/1964, entonces vigente, las circunstancias anteriormente señaladas determinaron que se ejercitara el retracto transcurridos más de dos años desde que se produce el negocio jurídico que dio lugar al mismo de modo que los terceros –acreedores hipotecarios– al constituirse la garantía hipotecaria la obtienen sobre un bien que aparece transmitido a los deudores hipotecantes con antelación suficiente como para descartar cualquier posibilidad de acción alguna de carácter retractual y –lo que incluso resulta de mayor relevancia– en el proceso de retracto se llega a una solución acordada por las partes, por lo cual el retracto no se impone sino que resulta del convenio celebrado, lo que priva al mismo de su carácter legal o forzoso en cuanto no se ha llegado a constatar por el tribunal que la acción se haya

ejercitado oportunamente y que la misma viniera referida a «los casos y términos que las leyes establecen» como exige el citado artículo 37.3º de la Ley Hipotecaria, a lo que ha de unirse el hecho del conocimiento por el retrayente de la ejecución de carácter hipotecario que se seguía sobre el bien.

De lo anterior se desprende la procedente estimación de los recursos de casación interpuestos por don Casimiro y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA declarando la indebida aplicación al caso de lo previsto en la norma indicada con las consecuencias inherentes a ello que suponen la anulación de la sentencia dictada en la alzada (artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la confirmación de la sentencia dictada en la primera instancia.

## COMENTARIO

### SUMARIO

- I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS
- II. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿EXISTÍA EN EL CASO UN SUPUESTO DE RETRACTO LEGAL?
- III. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: PRESUPUESTA LA EXISTENCIA DE RETRACTO LEGAL: ¿ERA OPONIBLE DICHO RETRACTO A UN TERCERO REGISTRAL?

### I. BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

La Sentencia objeto de comentario es de un interés extraordinario, y suscita un debate muy interesante, si bien el auténtico valor doctrinal de sus pronunciamientos puede quedar oscurecido por venir referidos a un conjunto de acontecimientos muy complejos y difíciles de valorar desde el punto de vista jurídico. Por este motivo interesa sintetizar los hechos que nos resultan más relevantes. A esa luz podremos diseccionar las afirmaciones de la Sentencia y entender su verdadero valor como doctrina que pondría en cuestión el dogma de la oponibilidad a tercero del retracto legal arrendaticio. A pesar de la prolijidad de los datos conocidos, hubiera sido interesante precisar algunos otros extremos de los que no queda constancia, pero que resultarían muy relevantes a la hora de decidir la suerte de las pretensiones deducidas en el litigio.

En esta selección personalísima de los *facta* nos interesa poner de relieve los siguientes:

– El litigio a que da solución la presente Sentencia enfrenta al retrayente de unos inmuebles (locales de negocio que usaba en arrendamiento sometido a la LAU/1964), con dos personas: el acreedor hipotecario del vendedor y el rematante de los mismos en el procedimiento de ejecución de esa hipoteca. La SAP, ahora casada, había condenado al rematante a restituir la posesión al retrayente, y había declarado nula la hipoteca a favor de la entidad bancaria acreedora, por haberse constituido por su titular registral en fecha posterior a la del negocio contra el que se ejercitó el retracto que era del que traía causa inmediata su titularidad. En suma, la AP entendió que, pese a que el art. 34 LH se aplica al acreedor hipotecario en caso de la constitución de hipoteca por un titular registral no propietario, el ejercicio de un retracto legal constituye una excepción a esa protección, con base en la interpretación más común del art. 37.3º LH.

– El derecho de retracto traía causa de la existencia de un contrato de arrendamiento de local de negocio, que unía al demandante, como arrendatario, con un antiguo propietario. Este contrato subsistía a la fecha de la enajenación que causa el retracto, según constaba por Sentencia firme seguida en otro procedimiento. La razón de este otro litigio fue la destrucción parcial del local por un incendio que había obligado al desalojo del arrendatario mientras se realizaba la reconstrucción pertinente. Pese a culminarse las obras, la reintegración del arrendatario en el uso del local no se produjo, y tuvo que ser impuesta judicialmente, en fecha 10 de diciembre de 1991, entendiéndose la diligencia de entrega del uso arrendaticio con uno de los compradores contra los que se ejerció un poco después el retracto.

– El derecho de retracto se ejercitó a raíz de esta última adquisición; es decir la que fundamentaba de forma directa el derecho dominical de los deudores hipotecarios. Resulta obvio que, existiendo un litigio entre el arrendatario y los anteriores propietarios (vendedores) sobre la subsistencia del arrenda-

miento, las notificaciones de dicha compraventa, previstas en el art. 47 LAU/1964, no se realizaron. Por eso en el actual pleito se discute solamente sobre el art. 48 LAU/1964, que presupone la falta de esas notificaciones.

– El conocimiento por el arrendatario de la enajenación contra la que ejerce el retracto se produjo de un modo no perfectamente conocido por el comentarista. No obstante, en el litigio sobre la subsistencia del arrendamiento que se entabló contra los vendedores, el arrendatario instó la personación de los compradores el día 19 de diciembre de 1988 pues de alguna manera tuvo noticia de la compraventa. También consta que la escritura de compraventa era de fecha 9 de noviembre de 1988 y que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 2 de octubre de 1989. Pero pese a que el arrendatario conociera esos datos, pensamos que no habría podido ejercitar el retracto puesto que todavía no se le había reintegrado el uso de la finca (y la ocupación de la misma se exigía como requisito de ejercicio del retracto en los arts. 47 y 48 LAU/1964).

– El arrendatario ejercitó el retracto dentro de los 60 días siguientes a la reintegración de la tenencia del local. Si ésta se produjo el 10 de diciembre de 1991, la demanda de retracto se interpuso el 5 de febrero de 1992. En dicha fecha el arrendatario ya debía conocer plenamente las condiciones de la compraventa, porque consignó en ese acto la cantidad que figuraba como precio en la escritura. En la demanda se solicitó la anotación preventiva de la misma, lo que no obstante no se practicó hasta el 1 de octubre de 1992.

– Con posterioridad a la interposición de la demanda de retracto, los todavía titulares registrales del local, constituyeron sobre él una hipoteca, en cuya escritura de constitución declararon que el local se encontraba libre de arrendamientos; dicha escritura accedió al Registro antes que la anotación preventiva de la demanda de retracto.

– El procedimiento de retracto se entabló entre el arrendatario y los compradores. Terminó por Sentencia que ratificaba el acuerdo transaccional y amistoso al que habían llegado las partes; más tarde, en ejecución de Sentencia, se otorgó la correspondiente escritura pública en la que se recogía el retracto ejercitado por el arrendatario. Dicha escritura se inscribió en el Registro de la Propiedad. No obstante el Registrador denegó la cancelación de la hipoteca constituida por el comprador retraído.

– Entretanto la ejecución de la hipoteca había seguido su curso, apareciendo un rematante al que se le entregó la posesión del local. Este rematante es uno de los demandados por el retrayente, mediante una acción que, pese a que no se calificaba de reivindicatoria, pedía la declaración de propiedad y la restitución de la posesión.

## II. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿EXISTÍA EN EL CASO UN SUPUESTO DE RETRACTO LEGAL?

De la gran cantidad de problemas jurídicos que plantean los hechos sucintamente reproducidos en el apartado anterior, nos vamos a ocupar exclusivamente de los dos argumentos fundamentales de orden jurídico que utiliza la STS para resolver el caso. A nuestro juicio, son: primero, el valor que haya de darse en este caso a la previsión del art. 37.3º LH de que los retractos legales se dan incluso contra tercero que pueda alegar la protección del art. 34 LH; segundo, la eficacia que pueda haber tenido la transacción para acreditar la existencia de retracto legal, cuando esa eficacia deba proyectarse contra tercero. Para el análisis de estas afirmaciones, no obstante el hecho de que aparezcan así ordenadas en la STS, vamos a invertir el orden de su tratamiento porque nos parece más lógico. Primero habrá que determinar si existe retracto legal; sólo después podremos analizar si, atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso, dicho retracto legal puede ser opuesto a los terceros.

Se puede advertir que rechazamos inicialmente, como carente de valor alguno, otra idea que apunta el FD 4º para apoyar su decisión: «*el conocimiento por el retrayente de la ejecución de carácter hipotecario que se seguía sobre el bien*». Siendo la ejecución hipotecaria consecuencia de una hipoteca constituida sobre el local en fecha posterior al negocio objeto de retracto es obvio que, en principio, el retrayente no debía preocuparse de la misma, cuanto más que antes de la ejecución hipotecaria había logrado la anotación preventiva de la demanda de retracto. A pesar de ello, consta también que el retrayente se personó en los autos de ejecución poniendo en conocimiento su condición de arrendatario y el procedimiento de retracto legal entablado.

Pasamos derechamente al primer argumento que vamos a hacer objeto de análisis. Interesa recordarlo en la formulación literal del FD 4º, haciendo énfasis en que para la Sentencia esta idea es la que «*resulta de mayor relevancia*». Dice así: «*en el proceso de retracto se llega a una solución acordada por las partes, por lo cual el retracto no se impone sino que resulta del convenio celebrado, lo que priva al mismo de su carácter legal o forzoso en cuanto no se ha llegado a constatar por el tribunal que la acción se*

*haya ejercitado oportunamente y que la misma viniera referida a “los casos y términos que las leyes establecen” como exige el citado artículo 37.3º de la Ley Hipotecaria».*

Sobre la afirmación de que la transacción no puede perjudicar a los terceros que no intervinieron en la misma pocos comentarios cabe hacer en abstracto. Estamos totalmente de acuerdo con ella, y corresponde entre nosotros a la *communis opinio* en materia de eficacia de la transacción (vide, por ejemplo, GULLÓN BALLESTEROS, *La transacción*, Madrid, 1964, pgs. 142-143, y específicamente sobre el problema de los derechos reales adquiridos por tercero, pgs. 149-151; OGÁLLAR AYLÓN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXII, 2º, Madrid, 1983, pg. 62; VIOLA MAESTRE, *El contrato de transacción en el Código Civil*, Madrid, 2003, pg. 333; TAMAYO HAYA, *El contrato de transacción*, Madrid, 2003, pg. 607).

Se debe aceptar, sin más problema, que la Sentencia que había decidido la materia del retracto no puede hacerse valer contra los terceros del caso, los litigantes en el actual proceso, porque se había llegado a ella mediante una transacción, y los actuales terceros no habían tenido oportunidad de intervenir en aquel procedimiento. Pero el litigio que se resuelve ahora en casación, sí se ha entablado contra esos terceros, y en él se pretende hacer valer la existencia de un retracto legal. Pensamos que los tribunales no pueden eludir el problema diciendo que no resulta acreditada la existencia de retracto legal, apoyándose en la única razón de que la Sentencia que lo declaró no es oponible a terceros. O bien en el actual proceso no se ha demostrado suficientemente la existencia de retracto legal, y entonces hay que afirmarlo más claramente, o bien se está dejando sin resolver la principal pretensión del demandante. Este último ha pedido en la demanda que se declare su propiedad como retrayente, constan en los autos multitud de datos sobre los hechos acaecidos, y por tanto se debía decidir si el retracto ejercitado era de carácter legal o se había impuesto por el simple acuerdo de los interesados. Según nos parece, los datos que constan, aunque *a priori* pueden ser más que suficientes para dar por acreditada la existencia de un retracto legal, dejan cierto margen a la duda; y, sobre todo, el TS está en mejores condiciones que el comentarista para conocer todos los hechos relevantes.

Puede haber dudas de orden jurídico sobre la procedencia del retracto, acabamos de decir; nos limitaremos a apuntar algunas de ellas. Una primera duda podría fundamentarse en una hipotética renuncia del retrayente al ejercicio del retracto si es que hubiera reconocido como arrendador a la parte retraída. Carecemos de más información sobre esta posible renuncia que la representada por algún leve indicio, muy difusamente tratado, de que quizá se tuvo a la parte retraída como tal arrendador en el procedimiento entablado para imponer la subsistencia del arrendamiento.

Una segunda duda, más difícil de resolver desde el punto de vista jurídico, viene quizás aludida indirectamente en la STS, aunque también faltan datos relevantes para resolverla de modo incontrovertido. Se trata de la cuestión relativa al ejercicio aparentemente tardío del derecho de retracto: «*En el caso presente, no habiéndose dado por el arrendador la comunicación a que se refería el artículo 48 de la LAU/1964, entonces vigente, las circunstancias anteriormente señaladas determinaron que se ejercitara el retracto transcurridos más de dos años desde que se produce el negocio jurídico que dio lugar al mismo...*» (FD 4º). No nos importa de momento que este pasaje conecte inmediatamente en el hilo del discurso de la S. con la necesidad de proteger a los terceros. Nos interesa más ahondar en las posibles razones de este retraso: no fuera alguien a pensar que en la decisión de la Sentencia pesara la idea de que se ha producido un retraso malicioso o negligente por parte del retrayente.

Hemos intentado explicar las razones de esta tardanza en el ejercicio del retracto al exponer la selección de hechos en el apartado anterior, y nos parece que queda excluida cualquier tacha de negligencia en el retrayente. Recordamos brevemente la secuencia de los hechos: la escritura de compraventa sobre la que se ejercita el retracto era de fecha de 9 de noviembre de 1988 y fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 2 de octubre de 1989. En esos momentos existía un litigio entre la parte vendedora y la arrendataria sobre la subsistencia del arrendamiento. Resulta obvio que, en esas condiciones, las notificaciones al arrendatario, previstas en el art. 47 LAU/1964, no se realizaron y ni siquiera se las podía estimar exigibles pues por parte del arrendador realizarlas era tanto como confesar la existencia de un arrendamiento cuya subsistencia estaba discutiendo (y probablemente con cierto apoyo en el art. 118 LAU/1964, aunque carecemos de más datos sobre el particular). Sin embargo, es cierto que el arrendatario ya tenía noticia de la enajenación muy poco después, en concreto el día 19 de diciembre de 1988, aunque no sabemos si conocía todos

los datos relevantes para el ejercicio del retracto o si los conoció, mediante una notificación fehaciente del arrendador. En cualquier caso, fuere como fuere ese conocimiento, por entonces está claro que no podía ejercitar el retracto puesto que todavía no se había declarado subsistente el arrendamiento, y por tanto tampoco reintegrado en el uso de la finca (y ambas cosas se exigían para ejercer el retracto en la LAU/1964, en sus arts. 47 y 48). En cambio, el arrendatario ejercitó el retracto dentro de los 60 días siguientes a la reintegración de la tenencia del local; es decir, dentro del plazo de 60 días al que se refiere el art. 48 LAU/1964, contados a partir del momento en que aparentemente se completan los requisitos necesarios para su ejercicio. Ciertamente el comienzo del cómputo del plazo de caducidad del retracto en este momento constituye una anomalía no prevista en ningún lugar de la LAU, pues el último artículo citado se refiere a que el cómputo comienza en el momento de la entrega por el adquirente de una copia de la escritura de adquisición. No obstante esta solución es la única racionalmente coherente, pues sería absurdo que la Ley obligara a ejercitar el retracto en condiciones tales que su apreciación vaya a quedar necesariamente excluida. Se trataría aquí de aplicar el criterio del art. 1969 CC: el cómputo de la prescripción, aquí caducidad, de una acción comienza desde el momento en que pudo ejercitarse.

Una tercera duda sobre la procedencia del retracto deriva de la *ratio* de los retractos legales. Se puede entender que dichos retractos se establecen para propiciar la continuidad en el uso de los inmuebles por parte de las mismas personas que lo usan como arrendatarios. Las circunstancias del caso, en el que resulta acreditada una prolongada falta de uso del local por el arrendatario, podrían poner en duda la pertinencia del retracto legal. De los datos que conocemos el arrendatario solamente usó del local durante dos años antes del incendio del mismo, y pocos días más desde su reintegración en el uso por sentencia hasta la fecha de ejercicio del retracto. Quizá se pudiera argumentar que ello haría cesar el fundamento del retracto legal. No obstante, ese prolongado desuso fue presumiblemente fortuito en un primer momento, en el período posterior al incendio y reconstrucción del local, y, después, resulta imputable más bien al arrendador. En cualquier caso, esta argumentación quizá se pudiera haber apoyado en el hecho de que el art. 47 LAU/1964 establecía el retracto a favor del arrendatario «que ocupare» el inmueble, cosa que no sucedería aquí en el momento de la enajenación.

Por tanto de los simples hechos que constan en autos entendemos que si bien *prima facie* podía darse por acreditada la existencia de un supuesto de retracto legal, y su ejercicio en plazo, existían algunas dudas sobre su pertinencia. La STS, de hecho, considera que no había retracto legal, si bien se funda en una razón muy débil; es cierto que el retracto legal que consta solamente por transacción no sería oponible a terceros, pero entablado ahora otro pleito, el TS debía haber decidido si en el caso existía o no. Ignoramos si alguna de las razones que permiten dudar de la existencia de retracto legal ha sido tenida en cuenta por el TS; en todo caso ello debiera haber sido puesto de manifiesto con mayor claridad.

### III. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: PRESUPUESTA LA EXISTENCIA DE RETRACTO LEGAL: ¿ERA OPONIBLE DICHO RETRACTO A UN TERCERO REGISTRAL?

Hacíamos referencia al comenzar nuestro comentario, a la existencia de un segundo argumento, utilizado por la STS, que se dirige a rechazar que en este caso el pretendido retracto legal pueda ser oponible al tercero específicamente hipotecario. Es obvio que el tercero que debemos considerar es el acreedor hipotecario, y no el rematante, porque este último no ha llegado a inscribir su adquisición.

Claro está que la invocación de esta razón resultaría inútil o superflua si se concluye que en el supuesto no existía retracto legal (como hace la STS). Ahora bien, nosotros ya hemos rechazado la pertinencia de los argumentos utilizados para fundamentar esa afirmación; y mantenemos que es sostenible –si bien no completamente seguro– pensar que en el caso existía un retracto legal arrendaticio y que éste se ejercitó por su titular en tiempo y forma. Así las cosas, por nuestra parte es necesario analizar si en algún caso puede quedar excluida la oponibilidad del retracto al tercer hipotecario por alguna razón convincente. Advertimos, no obstante y de nuevo, que este planteamiento no es el que se sigue literalmente del argumento de la S. Ésta afirma por un lado la inexistencia de retracto legal, e invoca adicionalmente su inoponibilidad al tercer hipotecario. En realidad si se acepta lo primero, el art. 37.3º LH no es que precise ser interpretado o corregido,

sino que resultaría directamente inaplicable. Si la S. hubiera descartado hablar de este precepto se hubiera ahorrado la inseguridad que comporta (para el futuro) poner en duda su alcance.

Para el FD 4º: «*la excepcionalidad de los supuestos contemplados en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en cuanto excluyentes de la normal protección del tercero hipotecario a que se refiere el artículo 34, exige una interpretación restrictiva y rigurosa de los mismos atendiendo a su finalidad y a los propios intereses en conflicto*». A continuación vienen explicadas las razones que aconsejan la aplicación al caso de esa interpretación restrictiva o rigurosa; merece la pena reproducirlas aunque parcialmente ya hayan sido citadas: «*En el caso presente, no habiéndose dado por el arrendador la comunicación a que se refería el artículo 48 de la LAU/1964, entonces vigente, las circunstancias anteriormente señaladas determinaron que se ejercitara el retracto transcurridos más de dos años desde que se produce el negocio jurídico que dio lugar al mismo, de modo que los terceros –acreedores hipotecarios– al constituirse la garantía hipotecaria la obtienen sobre un bien que aparece transmitido a los deudores hipotecantes con antelación suficiente como para descartar cualquier posibilidad de acción alguna de carácter retractual y –lo que incluso resulta de mayor relevancia– en el proceso de retracto se llega a una solución acordada por las partes, por lo cual el retracto no se impone sino que resulta del convenio celebrado, lo que priva al mismo de su carácter legal o forzoso en cuanto no se ha llegado a constatar por el tribunal que la acción se haya ejercitado oportunamente y que la misma viniera referida a “los casos y términos que las leyes establecen” como exige el citado artículo 37.3º de la Ley Hipotecaria, a lo que ha de unirse el hecho del conocimiento por el retrayente de la ejecución de carácter hipotecario que se seguía sobre el bien*».

Hemos descartado más arriba que este último argumento, el que se inicia con la frase *incluso resulta de mayor relevancia*, pueda tener en este momento algo que decirnos: si no existe la constatación de un auténtico retracto legal es absurdo plantearse que sea oponible o no a terceros hipotecarios; no será oponible ni siquiera a cualquier tercer civil. Y si vincula a las partes no es por su carácter legal sino porque deriva de un acuerdo entre las mismas.

Ahora bien, presupuesta la existencia de un retracto legal al menos de forma hipotética, ¿sería oponible al acreedor hipotecario? En el caso, al constituirse la hipoteca, el deudor hipotecante ha declarado que la finca se encontraba libre de arrendamientos. Además el deudor hipotecante figura como adquirente más de dos años antes de la fecha de constitución de la hipoteca (*sic* en la S., en realidad más de tres años). En concreto, la escritura pública de compraventa tenía fecha de 9 de noviembre de 1988, y la de constitución de la hipoteca es del 13 de marzo de 1992. Situación fáctica ésta que, en opinión de la S. permitiría al acreedor hipotecario, que su hipoteca quedara libre del posible ejercicio de los eventuales retractos legales arrendaticios.

Nos sentiríamos más tranquilos de cara al futuro, si la argumentación de la S. hubiera afinado más. Realmente nos parece que es muy poco convincente decir que el criterio del art. 37.3º LH no resulta aplicable, y apoyar esa afirmación en el hecho de que en este caso nos encontramos ante un acreedor hipotecario de buena fe. Esta explicación no es nada segura porque precisamente lo que dice el art. 37.3º LH es que el retracto legal juega contra terceros *aunque sean de buena fe*. Si se quiere interpretar rigurosa o restrictivamente a ese precepto, esta exégesis alternativa debería explicar algo mejor su propia posición.

Bien es sabido que la versión actual de la norma, procedente de la reforma de 1909, modificó el criterio contrario, originario de 1861, y que quizá era más coherente con la inspiración general de la LH. También es conocido que el actual criterio, a pesar de contar con sustancial acuerdo en la doctrina, ha encontrado algunos impugnadores (Se puede ver ello en: Díez Soto, *Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*, Madrid, 2000, pgs. 66 y ss.; Peña, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, Madrid, 1999, pgs. 743-744; Gordillo Cañas, «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, 1998, pgs. 514-515, nota 262; Roca Sastre/Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, III, Barcelona, 1979, pgs. 604 y ss.; Camy Sánchez-Cañete, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, volumen primero, Pamplona, 1974, pg. 158; también resultan muy útiles las consideraciones de Morell, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, tomo segundo, Madrid, 1917, pgs. 684 y ss.; Díaz Moreno, *Contestaciones a la parte de legislación hipotecaria del programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes a Registros de la Propiedad*, tomo II, Madrid, 1911, pg. 157. En todas estas obras pueden encontrarse referencias adicionales). No hubiera sido malo que la S. hubiera ahondado en el debate doctrinal sobre el art. 37.3º LH, pues quizá así hubiera encontrado alguna razón más convincente que la que utiliza.

En nuestra opinión, si quisiera haber sido clara y haber sentado una doctrina utilizable en el futuro para la aplicación del art. 37.3º LH, la STS debía haber aceptado sin ambages la doctrina ya propuesta entre nosotros por CARRETERO, si es que la estimaba correcta (cfr. «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1958, pgs. 798 y ss.). Nos permitimos recordar los elementos fundamentales de la argumentación de este autor, que quizá estén muy cercanos al pensamiento de nuestra S.

En primer lugar, las leyes arrendaticias han introducido en nuestro ordenamiento el sistema de «hacer de la notificación al arrendatario un requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad» (cfr. pg. 824), de aquellas enajenaciones sujetas a derecho de retracto. Así lo imponía, por lo que hace a nuestro caso, el art. 55 LAU/1964.

En segundo lugar, «las garantías que se han querido dar al inquilino y a los terceros descansan en las manifestaciones del transmitente y en el Código Penal» (pg. 839). En efecto, el apartado 2º de este último precepto, con una redacción muy deficiente indica que la transmisión podrá inscribirse si el transmitente declara que el inmueble no está arrendado, bajo pena de falsedad en documento público.

En tercer lugar, hay que plantearse el caso de que «existiendo inquilino no notificado el transmitente declare que no lo hay». Para el autor «el arrendatario no notificado no debe perder su acción de retracto contra el adquirente inscrito, no tanto por la eterna cantilena de los efectos *erga omnes* del retracto contra el adquirente inscrito, como porque no es excesivo ni injusto poner a cargo del adquirente las necesarias averiguaciones sobre la realidad de hecho del arrendamiento. Pero, ¿cuál sería la situación del tercero? ¿Pueden afectar al tercero derechos de retracto derivados de transmisiones acaso muy antiguas, vivos aún por no haberse notificado las mismas y que fueron inscribibles gracias a la falsedad?» (vid. pg. 840). Se trata, como puede verse, de un retorno a los criterios que sobre esta materia tenía la originaria LH/1861.

En cuarto lugar, considera el autor que el presupuesto implícito del texto legal que impone las notificaciones como requisito de la inscripción (por lo que a nosotros nos interesa el art. 55 LAU/1964) tuvo que ser: o bien que la inscripción inicia en todo caso el plazo de caducidad del retracto, o bien que la acción de retracto no se da contra el tercer protegido por el art. 34 LH. Descarta CARRETERO, en cambio, que haya que pasar por los efectos «*erga omnes* y eternos de la acción de retracto del arrendatario no notificado» (así en pgs. 840-841).

En quinto lugar, resulta también inconveniente para el citado autor que sea la inscripción la que inicia el plazo de caducidad, porque así se protegería tanto al adquirente de buena como al de mala fe (pg. 841). Por otra parte, en nuestro caso esta propuesta conduciría a la aporía de considerar existente un derecho de retracto que en realidad el arrendatario nunca pudo ejercer, según se explicó anteriormente.

Por último, la opinión de CARRETERO, a la que parecería sumarse nuestra STS, concluye que «el art. 55 de la LAU, aunque de manera confusa, implícita y retorcida, ha venido a derogar el art. 37, núm. 3º de la LH, porque de otra manera sería insoluble el caso de no hacer el transmitente alarde del arrendamiento. De esta manera, el inquilino y el adquirente quedan protegidos por la amenaza penal a la falsedad; pero el tercer adquirente queda, además, protegido por el principio de publicidad negativa del Registro. Que es como debe ser» (pgs. 841-842).

¿Se ha querido sumar la STS comentada a esta interpretación del sistema? Literalmente así lo parece en algunos pasajes, y quizá con cierta razón, porque no falta una buena dosis de sentido jurídico y de respeto a la publicidad registral en la explicación de CARRETERO. No obstante si ésta es la verdadera intención del TS, pensamos que ello le hubiera obligado a justificar las razones del abandono de su propia doctrina jurisprudencial, y, también a rebatir los argumentos de la doctrina científica más extendida sobre la justificación de la oponibilidad de los retractos legales. Y quizá también a resolver algunos de los puntos flacos que presenta esta tesis doctrinal. Por ejemplo, por citar el más destacado: ¿cuáles son las razones por las cuales al adquirente debe indagar la situación arrendaticia del bien, y no las necesitaría indagar, igualmente, el subadquirente? ¿No es el arrendamiento una situación igual de visible para uno que para otro? En concreto, ¿por qué se va a proteger, en nuestro caso, al acreedor hipotecario que pudo constatar fácilmente la presencia de un inquilino, pese a que se le asegurara por el deudor hipotecante que no existían arrendamientos

sobre la finca hipotecada? ¿No indica la discordancia entre lo que se aseguraba en la escritura de hipoteca y la realidad, que el acreedor debía sospechar de la verdadera situación del inmueble? ¿No es bastante este hecho notorio del arrendamiento para excluir la buena fe del acreedor hipotecario? Lamentablemente no se ha dado respuesta a ninguna de estas preguntas, por lo que la S. comentada puede contribuir a que el tratamiento de los retractos legales siga siendo muy oscuro e inseguro.

Propondríamos, pues, dos modos alternativos para interpretar la doctrina de la STS. El primer modo sería no tomar en cuenta las afirmaciones sobre el alcance del art. 37.3º LH y quedarnos con la idea de que en el caso no existía un auténtico retracto legal, pese a todo lo discutible que ello pudiera ser. Así, al menos, la hipotética injusticia del fallo quedaría circunscrita al supuesto concreto, y no se extendería hacia el futuro la incertidumbre sobre el alcance del art. 37.3º LH; pues esta última duda puede tener consecuencias graves.

El segundo modo sería abrir el debate sobre el ámbito de este último precepto, lo que llevaría probablemente a distinguir entre retractos legales en que juegue un interés público, casos en los que no debería ser aplicable la doctrina de la S.; y otros retractos de interés más privado, como puede ser el arrendaticio, en los que no estaría justificada la aplicación del art. 37.3º LH. Se tendría en cuenta, además, que el arrendatario siempre tiene el recurso a inscribir el arrendamiento si desea fortalecer su derecho. Quizá entonces podría entrar el juego la revalorización de la opinión de CARRETERO sobre la interpretación de los preceptos que establecen los retractos arrendaticios. Lo que no nos parecería admisible es poner en duda el alcance de cualquier retracto legal, sobre la base de relativizar el mandato normativo del art. 37.3º LH, porque ello generaría una gran inseguridad.