

Acerca de los presupuestos de validez para el ejercicio de los tanteos y retractos rústicos (*)

Por JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL

Notario

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. EL SUPUESTO DE HECHO. LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO BASE.—2. CAPACIDAD PARA ARRENDAR Y FACULTADES DEL APODERADO.—A) *Para dar un arrendamiento*.—a) Padres.—b) Tutores.—c) Cuando la finca es ganancial.—B) *Para ser arrendatario*.—3. FORMA.—A) *Antecedentes*.—B) *Ley vigente*.—a) Elevación a público del contrato-tipo.—b) Escritura pública de arrendamiento rústico—4. LA NOTIFICACIÓN.—5. LAS CONDICIONES DE LA NOTIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.

INTRODUCCION

El tratamiento dado por la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 a la figura del tanteo y retracto sobre fincas rústicas a favor del arrendatario concede al profesional del derecho y sobre todo visto desde un punto de vista práctico, una serie de consideraciones a las que no puede ser ajeno la filosofía misma que inspira la Ley (1).

Sobre la redacción de su artículo 86 debe recaer, efectivamente, una interpretación que, sin alejarse del sentido literal de sus términos no olvide sus antecedentes históricos y legislativos y la finalidad que persigue la institución, que en el caso de tanteo y del retracto no lo olvidemos, es fundamentalmente el favorecer el acceso a la propiedad del arrendatario. Ello exige, por una parte, la consolidación jurídica del contrato básico, del arrendamiento, un cambio futuro y en su caso perfeccionado en la titularidad de la propiedad que no sea a favor de colin-

(*) Comunicación presentada al I Congreso Jurídico de Asturias. Marzo de 1987.

(1) «Es el arrendamiento de fincas rústicas, naturalmente, la figura jurídica en la que se reflejan más directamente las distintas concepciones sobre la situación jurídica del campo.» DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Derecho agrario de España*, notas para su estudio en «ADC», abril-junio de 1954, T. VII, p. 400.

dante, y un conocimiento por parte del arrendatario de los términos en que va a llevarse a cabo el mencionado cambio para poder optar al mismo.

La finalidad, por tanto, de este trabajo es examinar a la luz del requisito fundamental de la notificación notarial, los presupuestos básicos para que ésta pueda llevarse a cabo, es decir, los requisitos de fondo y forma del contrato base o supuesto de hecho, y algunas cuestiones de interés sobre la notificación que nos suscita la práctica misma.

El apartado bibliográfico que se acompaña es el mínimo e indispensable, y ajeno a un desarrollo exhaustivo de tema, que por supuesto pretende únicamente esbozarse en un trabajo de esta índole.

1. El supuesto de hecho. La existencia de un contrato base

Señala Díez Picazo (2) que «el supuesto de hecho de la norma describe mediante una prefiguración intelectual la realidad futura y posible, pero lo hace casi siempre utilizando una descripción de la que forman parte las experiencias existentes respecto de las realidades pretéritas», constituye el presupuesto de la consecuencia jurídica y «es la norma jurídica —añade— la que guía o establece dicha conexión entre el supuesto o primera parte de la norma y la consecuencia o segunda parte». Esa prefiguración intelectual o previsión de la posible realidad futura la concreta el precepto con diversas matizaciones. «*En toda enajenación de fincas rústicas arrendadas, dice el artículo 86, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de las mismas, el arrendatario tendrá derecho de tanteo o retracto o de adquisición preferente con arreglo a lo que se dispone en los artículos siguientes*».

Tan sólo después de que la regla jurídica, señala De Castro (3), haya calificado lo hecho... será cuando se sepa hasta qué punto y de qué modo se atenderá a la voluntad de las personas y a lo que en su caso digan los usos.

El contrato base lo constituye el de arrendamiento de una finca rústica no incluida en los supuestos del artículo 7 de la Ley. Dicho artículo excluye de la Ley a los arrendamientos de fincas en las que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

«1.º Constituir conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable programado.

2.º Ser accesorias de edificios o de sus explotaciones ajenos al destino rústico siempre que el rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior a éste.

3.º Tener por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo».

La antigua Ley de 15 de marzo de 1935 consideraba, en su artículo 2, rústicas las fincas cuyo disfrute o aprovechamiento se cede para una explotación agrícola, pecuaria o forestal con inclusión de las construcciones o edificaciones en ella enclavadas (4), a menos que éstas se exceptúen en el contrato, excluyendo a los

(2) DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 2.ª reimpresión, 1982, p. 63.

(3) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, INEJ, p. 25.

(4) Es muy interesante a estos efectos, y lo transcribimos, el artículo 1-2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos alemana, de 25 de junio de 1952: «Se consideran

solares edificables, los terrenos accesorios de edificios y las tierras que por su proximidad a poblaciones, puertos y carreteras o estaciones tengan un valor en venta superior al duplo del que normalmente les correspondería de no darse aquellas circunstancias. La determinación rústica o urbana será así decisiva, y, por tanto objeto de análisis previo, a la hora de consecución final del tanteo o retracto, pues como se afirma en la sentencia de 25 de mayo de 1960, no procederá el retracto si el adquirente destina la finca a una edificación, o sólo procederá dentro del conjunto de las ventas a las que tengan tal carácter, excluyendo a las restantes (S. de 4 de junio de 1970).

En este sentido, tanto la evolución legislativo-rústica (Leyes de 1940, 1942, 1946, 1953, 1954 y Reglamento de 29 de abril de 1959) como urbana, Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (arts. 20 a 23), han ido abriendo el cambio a una jurisprudencia cada vez más numerosa que ha ido convirtiendo la determinación de una finca en rústica o urbana, en una cuestión de hecho que el juez determinará libremente sin vinculación alguna a lo que las partes hubieran señalado, orientándose hacia el criterio del mayor valor que la finca tenga con otra de su misma clase conjuntamente con el de su proximidad a elementos claramente urbanos (Vid. Ss. TS 27 de enero de 1972, 12 de febrero de 1972 y 8 de octubre de 1976), y distanciándose con ello de criterios anteriores basados en la situación o el destino (Ss. 6 de noviembre de 1947, 26 de junio de 1956 y 24 de junio de 1958) a los que doctrinalmente se venía acudiendo (5).

2. Capacidad para arrendar y facultades del apoderado

A) *Para dar en arrendamiento*

La Ley supera la vieja distinción entre arrendamiento inscrito y no inscrito, y exige en cualquier caso para la constitución de un contrato sujeto a la Ley, capacidad de disposición (art. 11).

Ello requerirá de un análisis minucioso del poder del representante, con frecuencia válido sólo para contratar en el caso de los administradores, y desde luego la concurrencia de marido y mujer, como veremos más adelante, tratándose de bienes gananciales.

La finca ha de pertenecer al arrendador en pleno o nuda propiedad, como usufructuario o titular de cualquier derecho a goce, teniendo en cuenta en este

arrendamientos rústicos tanto los concernientes al arriendo de edificios para viviendas o de explotación, siempre y cuando tiendan al cultivo del terreno arrendado, como los relativos a los terrenos forestales, a través de cuyos contratos unos terrenos se arriendan a cambio de una renta en razón de su explotación agrícola», incluyendo en su ámbito según el número 4 b) del mismo artículo a los contratos de "utilización" (HEUERLINGSVERTRÄGE) y a los contratos similares a aquellos cuyo objeto es el arriendo de la tierra en conexión con una relación de trabajo, como excepción de la concesión de terrenos a título de suministros o de servicio (DIENSTLAND).

(5) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Derecho agrario de España*, notas para su estudio en «ADC», abril-junio de 1954, T. VII, p. 396. RODRÍGUEZ POYO GUERRERO, J. M.: *Influencia del Derecho público sobre el Derecho inmobiliario*, ponencia española del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Montreal, 1986, p. 29.

caso que el contrato se extinguirá tan pronto como se extinga su derecho (6), a no ser que, artículo 13, hubiere concurrido a su otorgamiento el propietario, en cuyo caso habrá que estar al tiempo de duración convenido en el contrato.

Si la finca perteneciere a un menor, conforme al artículo 12-2.º, los padres o tutores podrán darla en arrendamiento por término no superior al que le falte para alcanzar la mayor edad, y aunque son improrrogables, el arrendatario tiene derecho después de concluido el plazo a continuar en la posesión hasta la recolección de la cosecha.

La Ley recoge la distinción entre padres y tutores, pero sometiéndoles al mismo régimen.

Padres: El artículo 166 del Código civil exige autorización judicial para «enajenar o gravar sus bienes inmuebles». Entendemos que la autorización judicial, dados los términos en que se desarrolla el resto del mencionado artículo, deviene exigida para todo acto que implique disposición o gravamen sobre el patrimonio del menor, y, por tanto, afectará necesariamente a los actos que la misma Ley de Arrendamientos Rústicos califica de disposición como son los arrendamientos de inmuebles. Podría deducirse en contra que, siendo posterior la Ley de Modificación del Código civil en materia de filiación y PP. (13 de mayo de 1981) a la de Arrendamientos, pudo haberlo mencionado expresamente en su articulado, como de hecho hizo después respecto a la tutela el artículo 272-6.º. Pero no es menos cierto que existen otra serie de actos de disposición y gravamen, tampoco mencionados en la Ley y, sin embargo, sujetos por su propia naturaleza a la referida autorización, como sería, las aportaciones de inmuebles a sociedades, la permuta, la dación en pago, etc., y, por otra parte, junto al artículo 12 de la Ley no podemos olvidar los artículos 1.548 del Código civil y 2-5.º de la Ley Hipotecaria respecto a los arrendamientos por un período de más de seis años, cuando perjudiquen a terceros, como regla especial. En este último supuesto bien es cierto que, la autorización no viene requerida porque implique en sí un acto dispositivo, sino por constituir un derecho real o gravamen sobre el bien, como se desprende de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 1893 y 12 de abril de 1909, que entendió aplicable en tal supuesto las limitaciones del entonces artículo 164, hoy 166 del Código civil. En concreto se rechazan en las de 20 de noviembre de 1900 y 26 de octubre de 1904 la validez de un poder para realizar arrendamientos inscritos, porque semejante autorización debe entenderse concedida para el simple contrato de arrendamiento, que sólo produce obligaciones personales» (R. 20 de noviembre de 1900) y aunque le faculte para arrendar, si el contrato excede de seis años «es necesario poder especial» (Rs. 26 de octubre de 1904 y 29 de mayo de 1907).

No faltan autores, sin embargo (7), que vinculan los efectos de la inscripción a ser «un simple aviso o una advertencia a tercero de su existencia similar a la que proclama la nota marginal del derecho de retorno arrendaticios, citando

(6) La Ley se mantiene en este aspecto fiel al principio ya citado por Vallet para el antiguo artículo 9 de la Ley de 1935, de que «*resolutus juris concedentis resolvitur ius concessum*». VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Repercusión de la extinción del usufructo en los arrendamientos concertados por el usufructuario*, comentario a la sentencia de 12 de enero de 1955, en «ADC» VIII-IX, septiembre de 1958, p. 985.

(7) CAMY SÁNCHEZ, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. IV, 3.ª ed., Pamplona, 1983, p. 217.

como apoyo de su tesis la redacción del artículo 219 del Reglamento Hipotecario. Otros (8) entienden que la circunstancia de que el contrato de arrendamiento conste inscrito en el Registro de la Propiedad no tiene virtud operativa de transformar en real el derecho personal arrendaticio, sino puramente el resultado de quedar subrogado en él quien haya adquirido sobre la cosa arrendada su dominio o algún derecho real con el efecto análogo de una anotación preventiva de un derecho real» (9).

Tutores: En el supuesto de la tutela, la Ley de 24 de octubre de 1983, que reforma en esta materia el Código civil, ha sido más precisa y si bien no recoge la necesaria autorización judicial para los arrendamientos en general, y dentro del precepto más indicado para ello, como sería el artículo 271, determina en el artículo 272 como necesaria la autorización para los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa.

Entendemos por nuestra parte, siguiendo el mismo criterio que para la patria potestad, que en realidad será necesaria la autorización judicial para que el autor dé en arrendamiento los bienes del menor. Lo que en cualquier caso queda claro en la jurisprudencia anterior a la Ley de Arrendamientos Rústicos es que el poder para dar la finca en arrendamiento es el especial y no el general, lo cual requerirá de una especial diligencia en el notario autorizante del mismo y en el que en su día autorice la escritura y deba calificar la suficiencia del mismo. La DGRN es en esta materia reiterativa en sus resoluciones (18 de diciembre de 1892, 30 de noviembre de 1900, 26 de octubre de 1904). En la de 29 de mayo de 1907, el supuesto recogía el caso del mandatario que actuaba en virtud de poder en el que facultaba para arrendar los bienes del mandante «por el tiempo, renta y condiciones que estime, sobre dichos arrendamientos y los cancele cuando lo creyere oportuno, para venderlos absolutamente o con los actos que convenga y para darlos en permuta». La resolución no tiene en cuenta los actos «de riguroso dominio» que según cita el notario recurrente constan en el poder, y señala en su segundo considerando «que en el poder no se faculta de un modo expreso al apoderado para arrendar bienes por un plazo mayor de seis años». El rigor en la calificación de las facultades habrá ahora que extenderlo para todo tipo de arrendamientos ante la especial capacidad que exige la Ley.

Cuando la finca es ganancial de los arrendadores será precisa la concurrencia de ambos cónyuges por sí o representados al momento del otorgamiento del contrato, en base a las exigencias del artículo 1.377. La excepción que el artículo 1.386 establece para casos de urgencia difícilmente habría que admitir para los arrendamientos, fruto normalmente de tratos previos. Lógicamente, y reincidiendo en lo anterior, el poder recíproco otorgado por ambos cónyuges deberá contener expresamente la referida facultad a los efectos antes citados. Señala Díez Picazo (10) que el artículo 1.377 se refiere a todos los actos de disposición a título oneroso y, por tanto, comprende «la enajenación o transmisión de derechos, la constitución de derechos reales limitables o el gravamen y la renuncia de dere-

(8) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, T. III, 6.ª ed., Barcelona, 1968, p. 514.

(9) Para un estudio más completo del tema además de las dos obras citadas es fundamental la de VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Hipoteca del Derecho arrendaticio*, Madrid, 1951, en todo su cap. I, pp. 11 a 50.

(10) Díez PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, 1984, T. II, p. 1763.

chos», siendo necesaria, caso de negativa o de impedimento del otro cónyuge, la autorización judicial correspondiente. No deja de señalar, sin embargo, De Los Mozos (11), que la opinión mayoritaria se muestra favorable a no considerar los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas como actos de enajenación aunque se encuentre en contra de este criterio el artículo 12-1.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

B) *Para ser arrendatario*

La Ley calla al respecto. Aplicando el régimen general sobre capacidad para obligarse, habrá que exigir la capacidad para contratar y no incurrir en las prohibiciones que establece la propia Ley en sus artículos 18-1.º y 14.

Artículo 18-1.º: Que el arrendatario no posea explotaciones que excedan en su totalidad de las medidas en la propia Ley señaladas (12).

Artículo 14: Ser profesionales de la agricultura, lo cual viene exigido por los beneficios que su condición recibe por parte de la Ley. El precepto puede tener especial importancia en el ámbito notarial por cuanto, aunque en la práctica sea poco frecuente el arrendamiento rústico otorgado en escritura pública, fuera de los casos del artículo 2,5.º de la Ley Hipotecaria, se impone al notario que se le acredite por el arrendatario su condición de profesional de la agricultura. No existe problema de calificación, si se trata de personas jurídicas ya sean públicas, el IRYDA u organismos similares de las comunidades autónomas (art. 15-C), o privadas, cooperativas, sociedades agrarias de transformación, organizaciones profesionales de agricultores, cámaras y sindicatos agrarios, o cualquier otro tipo de sociedades cuyo objeto sea la explotación agrícola, ganadera o forestal, y, eventualmente la comercialización e industrialización de los productos obtenidos.

En todos estos supuestos bastará la presencia del documento acreditativo de la personalidad jurídica de la sociedad y en su caso la no variación de su objeto social, una vez que se acredite, en el caso de las sociedades, que las acciones o participaciones sean nominativas. El problema se presenta a la hora de calificar la condición de profesional de la agricultura en la persona individual. Los vagos términos de la Ley (art. 14-a) hablan del que «se dedique o vaya a dedicarse de manera preferente a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación». Con ello se pierde una oportunidad de regulación legal para el arrendatario no cultivador directo que se echa en falta dentro de la Ley, y que, sin embargo, existe en otros países como Italia (Ley de 27 de julio de 1966) y cubre un amplio conjunto de situaciones reales.

Entendemos que, si la vocación de profesional en las personas jurídicas reclaman un objeto exclusivamente agrícola, y, por tanto, sujetando su propia existencia a las pérdidas y ganancias derivadas de esa actividad exclusiva, habrá que exigir la misma exclusividad para calificar la condición de profesional del agricultor, es decir, considerar como tal al que se dedica exclusivamente a dicha agricul-

(11) DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, 1984, T. XVIII, vol. 2.º, p. 354.

(12) Ver una contundente crítica a esta condición en: DE LOS MOZOS, J. L.: *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. Comparación crítica con legislación anterior*, en «RDP», febrero de 1982, p. 105.

dad, asumiendo sus riesgos (Ss. A.P. Barcelona, 28 de julio de 1984 y, de Gerona, 7 de octubre de 1983) lo cual a su vez en consonancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de 31 de diciembre de 1981 sobre Explotaciones Familiares.

El artículo 16 de la Ley equipara (13) a los efectos de la Ley al profesional con el cultivador personal (14) y éste es «quien lleve la explotación por sí o con la ayuda de familiares que con él conviven», que sólo puede utilizar uno o dos asalariados por causa de enfermedad u otra causa justa, o más en trabajos de temporada (15). El artículo permite reducir los márgenes de calificación y excluir así, a nuestro juicio, al que utilice intermediarios en el laboreo, o tenga otra profesión, lo que le hará incompatible con una «atención y consagración preferencial a las labores agrarias» (ST AP, Gerona, 7 de octubre de 1983) (16). Por su parte el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de noviembre de 1984, niega tal cualidad si se prueba la existencia de terceras personas en la finca arrendada «con introducción incluso de ganados». Sin embargo, ello no significa que el cultivo haya de hacerse *personalmente* por el arrendatario (17). La calificación no deja de tener su importancia puesto que puede derivar en nulidad de contrato (18) si el arrendador contratase con el no profesional y a la extinción si el arrendatario perdiese su condición de profesional, con la facultad en este caso y en los dos si el arrendador no resuelve, de una subrogación especial a favor del IRYDA, artículo 17, para, previo requerimiento del Instituto arrendar la finca abonando como renta la usual en la comarca. No obstante, incluso dándose los supuestos antes citados, la ley acude a la figura de la convalidación para subsanar los contratos otorgados en las condiciones citadas (art. 19) siempre que no dejen de pasar el plazo que se concede al IRYDA en el artículo 17. De cualquier forma, los términos vagos de la Ley hubieran podido suplirse para las personas naturales exigiéndose documentación específica, como la que la Orden de 12 de abril de 1985, y que complementa al Real Decreto 419/85, de 6 de marzo, sobre moderni-

(13) Señala LACRUZ que los conceptos diferenciales de «profesional de la agricultura» y «cultivador personal» no aparecen claros en la Ley, y solamente se deduce de que todo cultivador personal es profesional de la agricultura, pero no todo profesional de la agricultura es cultivador personal. LACRUZ y otros: *Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, «Contratos y Cuasicontratos», 2.ª ed., 1986, p. 238.

(14) Se mostraba DE CASTRO contrario a la pervivencia del concepto de cultivador directo por «engañoso y perturbador», debiendo abandonarse en la moderna regulación del Derecho agrario. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El Derecho agrario de España. Notas para su estudio*, en «ADC», abril-junio de 1954, T. VII, p. 393.

(15) Ya en 1954, señalaba BALLARÍN, como requisitos para ser considerado cultivador directo y personal, la prevalencia del trabajo propio sobre el ejeno y la prevalencia del trabajo sobre el capital invertido en la explotación. BALLARÍN MARCIAL, A.: *Sobre el concepto de cultivo directo y personal*, en «RDP», 38, 1954, p. 285.

(16) No es casual que el Código civil italiano, en su artículo 2.083, bajo la rúbrica de *pequeños empresarios*, diga que «son pequeños empresarios los cultivadores directos...» De ahí que Ballarín vincule al citado artículo el origen de la noción española de cultivador directo y personal en la legislación anterior vigente. BALLARÍN: *Ibidem*, p. 282.

(17) Para el Tribunal Supremo, cultivo personal es equiparable a una asunción de los riesgos totales de la empresa agrícola de modo que no incidan en su cualidad de arrendatario el hecho de que las operaciones de labranza la hicieran los hijos (S. de 17 de octubre de 1984).

(18) En contra, COBACHO GÓMEZ, J. A.: *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 1982, p. 38.

zación de las explotaciones familiares agrarias, exige en su artículo 1: «Para acceder al régimen de ayudas establecidas en el Real Decreto 419/85, de 6 de marzo..., será necesario: justificación de afiliación del titular de la explotación al Régimen Especial Agrario de la SA». Por supuesto que la condición de profesional del arrendatario no afectará a la inscribibilidad o no del contrato en el Registro Especial que regula el Real Decreto de 9 de octubre de 1985, dado en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley de 31 de diciembre de 1980, puesto que la calificación del funcionario encargado se limita a la mera formalidad externa, lo cual lleva al absurdo, como señala Corral Dueñas (19), de que deba inscribir contratos que puedan ser nulos e incluso inexistentes.

En el supuesto de que la finca tenga varios arrendatarios, artículo 3-1.º de la Ley, lo cual exigirá que cada uno de los arrendamientos tenga como objeto distintos aprovechamientos compatibles y principales, habrá que tener en cuenta la condición de profesional en todos ellos. Precisamente, el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de enero 1986, en un supuesto de arrendamiento múltiple, deniega la condición de profesional en dos de los arrendatarios, por su carácter de pensionistas de la Seguridad Social, uno por invalidez y el otro por edad, por ser condición «que no puede poseer un pensionista según es bien, manifestó» (considerando 3.º), pero manteniendo la eficacia del contrato respecto al tercero, considerándolos como contratos independientes y autónomos.

No dejan de plantearse también interesantes cuestiones en relación con los poderes para otorgar contratos a favor del arrendatario, puesto que a nuestro juicio no será suficiente el general para administrar ni siquiera aunque incluya facultades para «celebrar todo tipo de contratos dado el carácter personal de la obligación que se asume» (S. de 22 de septiembre de 1976), que exigirá facultad expresa. Si la finca se arrienda a ambos cónyuges la capacidad se exigirá incluso en cuanto a su condición de profesionales de la agricultura para los dos, de forma que si celebrado por uno de ellos, el profesional, surgiere el retracto arrendaticio sólo a él corresponderá el ejercicio de la acción y no al cónyuge no agricultor (S. de 22 de septiembre de 1974), y sólo pasará a la sociedad de gananciales los frutos naturales y cuantos sean consecuencia de la actividad arrendaticia, por imperativo del artículo 1.347-1.º (20).

La capacidad para suceder en el arrendamiento no debe de ser alterada por el llamamiento sucesorio, dada la rotunda condición que impone el artículo 79-2.º: «en todo caso el sucesor habrá de ser profesional de la agricultura». Deberá resolverse siempre según el orden de prelación en dicho artículo señalado. Sin que pueda admitirse el nacimiento de una comunidad de arrendatarios, no sólo por el principio de unidad contractual «que impide el carácter mancomunado o solidario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato arrendaticio» (21), sino por la prohibición expresa del artículo 80-1.º

(19) CORRAL DUEÑAS: *El Registro Especial de Arrendamientos Rústicos*, en «Revista de Derecho Agrario y Alimentación», núms. 3-4, p. 66, enero-junio de 1986.

(20) Sin perjuicio de la disposición que el cónyuge arrendatario pueda hacer de los frutos y productos obtenidos, si dicha disposición se encuadra en el marco de la administración de dichos bienes, Vid. en este sentido: BLANQUER UBEROS, R.: *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidad y excepciones*, en «AAMN», T. XXV, p. 68.

(21) Sentencia de 3 de julio de 1981.

En el supuesto de la sucesión la capacidad habrá de examinarse a la luz del título sucesorio, por un lado, y de la normativa general sobre capacidad general para suceder y la especial de los artículos 79 y 80 de la Ley, por otro. La sucesión, lógicamente hay que entenderla en los derechos, y en las obligaciones (22), y, por tanto, en el cumplimiento de las condiciones en su día impuestas al arrendatario, de cuya observancia es obligatorio advertir al sucesor.

3. Forma

A) *Antecedentes*

La Ley se inclina por el principio de libertad de forma, artículo 20, y sólo para los supuestos especiales de que el contrato tenga una duración mínima de dieciocho años, lo que la Ley denomina en su artículo 28 contrato de larga duración, exige necesariamente en el número 2 de dicho artículo, la forma escrita. El criterio es el mismo que el que impuso el artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1942, «los contratos sobre arrendamientos de fincas rústicas, lo mismo anteriores que posteriores (a la Ley), se tendrán por válidos cualquiera que sea la forma de su celebración y la fecha de su otorgamiento siempre que en ellos concurren los requisitos esenciales a que se refiere el artículo 1.261 del Código civil». El artículo pretendía superar el rígido formalismo impuesto por el artículo 5 del Reglamento de 27 de abril de 1935, de forma que el contrato de arrendamiento se convertía en una mera y larga formulación de datos dispersos. Si además el contrato excedía de cinco mil pesetas se obligaba a formalizarlo en escritura pública, que debería ajustarse a modelos oficiales que podrían ser impresos (art. 6, Ley de 1935) obligando a inscribir tanto las escrituras públicas como los documentos privados en el Registro Especial de Arrendamientos Rústicos para que las partes pudieran utilizar los derechos y acciones de la Ley.

B) *La vigente Ley*

Deja a los contratantes libertad para convenirlo verbalmente, por escrito, por contrato tipo (art. 21,1.º) o por escritura pública (23).

El contrato-tipo es el recogido en el «BOE» de 16 de enero de 1982.

La escritura pública

Dentro del principio de libertad de forma que recoge el artículo 20, los contratantes pueden acudir al de la escritura pública bajo sus dos especies:

(22) FERRANDIS VILELLA, J.: *Sucesión en los arrendamientos rústicos*, en «ADC», julio-septiembre de 1955, p. 869.

(23) Con razón crítica DE LOS MOZOS, J. L. Obra anteriormente citada, p. 106, la contradicción patente entre el principio de libertad de forma antes proclamado y la intervención administrativa en la determinación de los contratos-tipo, pues «toda intervención administrativa, supone una merma de la libertad contractual e institucional y sistemática, es por ello rechazable».

1. *Elevación a público del contrato-tipo*, previsto en el artículo 23. El supuesto hay que separarlo con claridad del de protocolización del documento privado, recogido en el artículo 211 del Reglamento Notarial.

En este supuesto se trata únicamente de «asegurar su respectiva identidad y su existencia respecto de terceros en la fecha de la protocolización» (art. 214 del RN) mientras que, en la elevación a escritura pública de un documento privado, se trata del otorgamiento de una auténtica escritura pública, lo anterior es un Acta, en la que existe prestación de consentimiento y que lleva consigo los efectos fundamentales del instrumento público: su valor como prueba y su significado como forma de los negocios jurídicos (24). El notario está obligado a calificar el documento privado en cuanto a su contenido y negar su autorización (art. 145 del RN) cuando a su juicio, todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan, y cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos. En este sentido el notario podrá modificar lo que a su juicio puede ir en contra de la Ley de Arrendamientos Rústicos, no sólo en el documento-tipo que se eleve a público, sino en cualquier otro contrato privado de arrendamiento que los particulares quieran elevar a público. En el contrato-tipo las cuestiones más importantes a tener en cuenta serán las ya relacionadas en el apartado dedicado al contrato-base, fundamentalmente lo relativo al carácter rústico o urbano de la finca, de importancia a efectos del retracto y la capacidad de las partes.

De cualquier forma, según lo dispuesto en el artículo 1.224 del Código civil, la escritura nada probará contra el documento, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero. El valor, por tanto, será el intrínsecamente unido a su naturaleza, es decir, darán prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento, y de la fecha de éste, pero frente al documento privado no tiene otro valor, como dice Cordón Moreno (25), que el de «ser una prueba de la prueba», contiene la prueba legal de hecho que constituye la confesión extrajudicial, siendo en palabras de Furso (26) «una regla probatoria legal que recibe su pleno significado de la relación en que se encuentra con el principio general de la eficacia probatoria vinculante de la *«contra se pronuntiatio del deudor»*.

Caso de que la escritura se separase en algo del contrato privado y no constare expresamente la novación, habrá que instar el error, y probarlo, por el perjudicado en la elevación, sin perjuicio de la carga de la prueba, respecto al contrato-tipo, dispuesta en el artículo 22.

2. *Escritura pública de arrendamientos rústicos*. El supuesto, no muy frecuente en la práctica notarial, tras la derogación del artículo 6 de la Ley de 1935, viene previsto en la Ley para dos casos distintos:

a) *Por acuerdo de las partes*, conforme el artículo 20, pactando en él las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente no prohibidos por la Ley, bajo el principio de autonomía de la voluntad consignado en el 1.255 del Código civil.

(24) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *El notario latino y su función*, en «RDN», 76, abril-junio de 1972, p. 250.

(25) CORDÓN MORENO, F.: *Comentarios al Código civil*, T. XVI, p. 175.

(26) Citado por CORDÓN MORENO: *Ibidem*, p. 176.

b) *Por imposición de la ley:* arrendamientos inscribibles, es decir, arrendamientos por un período de seis o más años que deban perjudicar a tercero (arts. 1.280-2.º y 1.549 del Cc. y 2-5.º de la LH) en cuyo caso los gastos que ocasionen serán a cargo del arrendatario por imposición expresa del 1.553-3.º del Código civil.

Propiamente no se trata de una facultad a estipular en el contrato, sino de un derecho que asiste a ambas partes por el imperativo legal del 1.279 y 1.280-2.º del Código civil. (S. 4 de marzo de 1952).

4. La notificación

La nueva Ley suma a la figura del retracto de la Ley del 35, que a su vez recoge el Reglamento de 1959 dos figuras nuevas, en materia de arrendamientos rústicos: el tanteo y el derecho de adquisición preferente.

La realización del derecho de tanteo se sujeta al requisito esencial de la notificación fehaciente al arrendatario de todas aquellas condiciones que comprende la enajenación. En realidad dicha notificación cumple los fines de una auténtica oferta de venta (27). En este sentido, Nart (28) habla de una obligación de hacer impuesta por la Ley al propietario que consiste en realizar al titular de la preferencia una oferta contractual de venta de la cosa por un precio. La falta de la misma o la no hecha con las condiciones legales dará lugar al nacimiento del retracto.

La Ley habla de notificación fehaciente, es decir, en este caso la notarial, pues la judicial tiene su propio ámbito de actuación (29), y debe llevar los requisitos exigidos de capacidad, tiempo y forma, sin que baste para ello la simple manifestación por el transmitente hecha en escritura pública. La resolución de 19 de septiembre de 1974 afirma en su segundo considerando que «no puede tener el carácter de notificación fehaciente la manifestación hecha por el transmitente en la escritura de venta de haber notificado al titular el derecho a través de carta certificada, pues esta declaración no tiene más valor que la de haberse prestado ante un funcionario público, pero sin que la fe notarial pueda cubrir totalmente el acto al no haberse realizado de conformidad con el artículo 202 del Reglamento Notarial».

La notificación habrá de hacerse previo requerimiento por persona competente que será el titular del dominio, nuda propiedad o en su caso porción indeterminada o participación indivisa de la finca objeto de enajenación y, en su caso, por el representante debidamente autorizado.

Tratándose de representación voluntaria se puede plantear en la práctica la cuestión de si el poder para vender bienes inmuebles incluye entre sus facultades implícitas la de notificar la venta prevista a efectos del tanteo legal, tanto en las fincas rústicas como urbanas. A nuestro juicio, las facultades, para vender,

(27) Artículo 28 de la Ley belga de 4 de noviembre de 1969, y artículo 796 del Code Rural, conforme a la nueva redacción de la Ley de 15 de julio de 1975.

(28) NART, I.: *Ex-arrendamientos*, en «ADC», 1951, julio-septiembre, T. IV, p. 954.

(29) A través del acto de conciliación. CORBACHO GÓMEZ: *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Murcia, 1982, p. 174.

incluyen las de cuantos actos sean necesarios, bien previos, bien posteriores, para que la venta quede perfeccionada y, por tanto, ni la notificación previa, en el caso de tanteo, ni la posterior, en el caso del retracto, podrán considerarse como *extralimitaciones* al hecho mismo de la venta, antes bien, condición necesaria para que la facultad otorgada cumpla el fin para el que se dio.

El requerido será el propio arrendatario (30), aunque la notificación podrá entenderse con el portero o conserje del inmueble o un vecino si se prestare a ello (art. 202 del RN). Si son varios los arrendatarios, por supuesto que la notificación habrá de realizarse individualmente corriendo el plazo para el tanteo o el retracto para cada uno desde el momento en que aquélla se reciba y entendiéndose también como diferentes las notificaciones a que está obligado el arrendador en los términos del artículo 88, dada la obligación del artículo 93 de que se cumpla, con cada uno, todos los requisitos (31).

Es discutible si el plazo de los sesenta días para el tanteo, con las consecuencias que ello representa para el retracto habrá que entenderlo prorrogable por otros sesenta, a contar desde el momento en que el arrendatario notificado comparezca en la notaría, oponiendo la omisión de alguna de las condiciones de la venta, o si ello dará lugar en su día al ejercicio del retracto en los términos del artículo 91-2.º de la Ley. No vamos a referirnos con ello a las condiciones naturales o esenciales de la venta, sino a aquellas otras que pudieran considerarse en su caso, de interés para el arrendatario. Así, la sentencia de 1 de junio de 1976 señala que «no basta la noticia escueta de que ha existido una compraventa y sean conocido los sujetos, el objeto y el precio como equivocadamente entiende la sentencia recurrida; es necesario también saber si contiene o no las condiciones y plazos y otras cláusulas onerosas o beneficiosas que al retrayente interesan, puesto que ha de subrogarse en ellas». Entendemos que la cuestión podrá resolverse bajo la distinción entre la *omisión* de condiciones y la *falta de correspondencia* entre las condiciones notificadas y las de la venta. Si se omiten algunas de las condiciones de la venta estaríamos ante el incumplimiento de uno de los requisitos del tanteo y, por tanto, habría que plantearse la posibilidad de hacerlo de nuevo con todos los preceptos necesarios de tiempo y forma. Si por el contrario hubiera diferencia entre las que se notificaron en el tanteo y las reales de la venta, aparecería el supuesto base del retracto en los términos del artículo 91-2.º de la Ley. De todas formas, el mencionado párrafo 2.º del artículo 91, no deja de suscitar ciertos interrogantes. Dice así:

«En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario al efecto de que pueda ejercitarse 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. En este caso, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de sesenta días hábiles a partir de la notificación.»

(30) Siendo indiferente que se encuentre durante el plazo legalmente contractual o en el de la prórroga forzosa. GARCÍA ROYO, A.: «ADC», octubre-diciembre de 1949, p. 1424.

(31) COBACHO GÓMEZ, J. A.: *Obra ant. cit.*, p. 182.

(32) HIDALGO, M.: *Ley de Arrendamientos Rústicos*, Ed. T., Madrid, 1986, p. 186.

Las dudas derivan del hecho de que en el fondo nos está diciendo la Ley que el tanteo no es preciso notificarlo y que su inclusión en la Ley puede convertirse en letra muerta o en pura contradicción. Por una parte, el fedatario no puede autorizar la escritura de enajenación sin que se le acredite la notificación del tanteo (art. 91-1.º) y, por otra parte, se dice que el arrendatario tendrá derecho de retracto si no se hubiere cumplido en forma el requisito de la notificación previa. Con razón señala un autor (32) que el supuesto se daría en el caso de que el transmitente asegure que la finca no se encuentra arrendada, es decir, que cometa un delito de falsedad en documento público o bien que entienda que el contrato estaba extinguido o no sujeto a la legislación especial, supuestos desde luego difícilmente amparables bajo la capa de la buena fe. Otros (33) entienden que el supuesto va referido a que hubiera mediado una transmisión verbal o en documento privado, y que sin notificación previa el notario no puede autorizar la escritura. Por tanto, tenemos:

a) El notario no puede autorizar la venta sin que se le acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación a efectos del tanteo (art. 91).

b) Dicho tanteo ha de ser practicado con las formalidades previstas en la Ley, es decir, fehacientemente y con inclusión de las condiciones todas de la venta.

c) Si se omiten dichas condiciones, en todo o en parte, y así lo expone el requerido, el notario ha de exigir la notificación y nueva práctica de la misma al arrendatario.

d) Si el tanteo se ha notificado con todas las formalidades y las condiciones que figuraban en el mismo son distintas a las notificaciones de la venta efectuadas, el arrendatario podrá ejercitar el retracto durante los sesenta días siguientes (34).

e) Si el requisito de la notificación previa no se hubiere cumplido en forma, se practicará el requerimiento, asimismo, en la propia escritura a los efectos del retracto.

En definitiva, que bastaría alegar al momento de la enajenación por parte del vendedor la práctica de la notificación con todas las deficiencias que se quisieran para que el notario pudiera sin cortapisa alguna, y aunque no se le hubiera acreditado la notificación del tanteo, proceder de inmediato a la venta, con la obligación, eso sí, de notificarla al arrendatario a efectos del retracto.

Por ello quizá hubiera sido preferible utilizar el criterio más sencillo que recoge la Compilación de Navarra (35).

(33) ORIHUELA GONZÁLEZ, J.: «Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada», mayo de 1981, p. 970.

(34) Por tanto, si son iguales deberá ejercitar el tanteo dentro del plazo de los sesenta días y no habrá derecho de retracto. En contra COBACHO: *Ibidem*, p. 80. «La cuestión, dice, es dudosa, porque cabe pensar, por un lado, que ha renunciado a adquirir la finca, pero también puede pensarse que hasta el momento de la inscripción registral puede adquirir la finca porque el texto del artículo 91-2.º dice que en todo caso se practicará la notificación de la escritura de enajenación». Entendemos que el artículo sujeta dicha obligación de notificar a que se cumpla un requisito fundamental: «Si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a los contenidos en la notificación previa».

(35) Ley 445, párrafo 2.º: «El derecho de retracto presupone siempre el derecho de tanteo, pero cuando se haya efectuado la debida notificación para el ejercicio del derecho de tanteo, y no se haya hecho uso de éste dentro del plazo que en cada caso corresponda, quedará excluido el derecho de retracto».

5. Las condiciones de la notificación y efectos de subrogación

La Ley obliga a notificar «las condiciones de la enajenación, así como el precio, en su caso, y el nombre y circunstancia del adquirente» (art. 87).

Se trata de que el arrendatario tenga un conocimiento, como afirma el Tribunal Supremo, «pleno, cabal, cierto, completo, exacto, perfecto, de las condiciones esenciales y no esenciales» (36).

Respecto al precio, no hay que olvidar que la sentencia de 20 de noviembre de 1975, asentaba la doctrina de que el arrendatario, a efectos del precio convenido en la escritura pública, entre vendedor y comprador, debe considerarse tercero y por tanto, sólo a las partes «es imputable el daño que puede sobrevenirles por el hecho de figurar un precio inferior, sin duda con fines de ocultación fiscal, y no a los terceros, frente a los cuales cabe oponer la posible simulación absoluta o relativa cometida en la escritura pública.

Cosa distinta es que no haya constancia del precio o que éste no tenga relación alguna, por superior o inferior, al valor real de la finca. El Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 1943, señala que en dichos casos habrá de estar, por razón de justicia, al precio real, es decir, la cantidad en metálico que entregó al comprador.

De cualquier forma el precio se considera requisito básico (art. 87), pues como señala la sentencia de 7 de julio de 1958, si falta, provoca la inexistencia del mismo al carecer de uno de sus requisitos básicos, y al faltar la venta, falta con ello el requisito básico para que nazca el retracto.

Es cuestión muy suscitada en la práctica, la de repercusión del ejercicio del retracto sobre las ventas realizadas a tanto alzado, sistema que a veces por desconocimiento, se acude en la práctica, con onerosas consecuencias desde el punto de vista fiscal; lógicamente la acción de retracto nace exclusivamente de la vinculación personal del arrendatario con la finca vendida, y a ella deberá limitarse el ejercicio del retracto. Lo lógico es que el notario aconseje a los contratantes la figura de un valor por cada finca, o al menos el que quieran dar a la sujeta al retracto, como de hecho vienen obligando en países como Francia (38). De no hacerlo así, por las circunstancias que fuere, el valor de la finca, conforme señaló el Tribunal Supremo para un supuesto de retracto entre conlindantes no será el que determinan los peritos para cada una de ellas, sino el que resulte de la distribución del precio único entre las diferentes fincas vendidas, teniendo en cuenta las diferentes características de cada una de ellas (S. de 16 de junio de 1956).

En cualquier caso se le condena de momento al arrendatario a satisfacer el precio convenido en el contrato sin perjuicio de un derecho sobre el antedicho valor, en vía judicial. No existe posibilidad de discusión previa en cuanto al precio, como sin duda la tuvo el primer comprador, y se echa de menos una disposición como la que existen en algunos ordenamientos (39) en que precisamente ante

(36) Sentencia de 20 de mayo de 1981.

(37) Ratificado después entre otros por sentencias de 7 de julio de 1947, 22 de diciembre de 1950, 26 de mayo y 4 de diciembre de 1956, 1 de mayo de 1965, y 12 de junio de 1984.

(38) Artículo 794 del Código rural francés.

(39) Artículo 56-C de la Ley de Arrendamientos Rústicos de Holanda, 23 de enero de 1958.

las dudas del arrendatario sobre el precio real de la venta, se faculta al arrendador para solicitar de la Cámara Agraria respectiva la estimación real del valor de la finca.

Puede suceder, que se sumen a las condiciones tipo de los contratos otras singulares, que indudablemente han de ser comunicadas en toda su amplitud al arrendatario. Nos referimos concretamente a las ventas a cambio a alimentos y a las rentas vitalicias. No es este el lugar oportuno para analizar si propiamente constituye esta última una figura independiente de la enajenación a efectos de retracto, o estamos asistiendo a una encubierta compraventa modalizada en su pago por el aplazamiento del mismo, o si se confunde con la venta a cambio de alimentos (ver S. de 14 de noviembre de 1980). Pero sí nos detendremos por su importancia en el agro asturiano, en las frecuentísimas ventas a cambio de alimentos, normalmente acompañadas con reserva de usufructo a favor del vendedor. Lo que suele subyacer en la mayoría de estos supuestos es una donación encubierta y una mejora en vida a favor del hijo que atiende a los padres hasta su fallecimiento, aunque en nuestra práctica profesional hemos presenciado algunos casos a favor de extraños con repercusiones de muy interesante estudio desde el punto de vista sucesorio. Pero remitiéndonos al supuesto tipo, el caso más frecuente lo es entre tíos solteros o viudos a favor de sobrinos e incluso de extraños. En estos últimos supuestos (el caso de los hijos entra en la órbita del art. 92) la cuestión a debatir es si el arrendatario debe verse obligado al cumplimiento de una condición de matiz tan especial, pues es indudable que fue el carácter «intuitu personae» del comprador, el que dio nacimiento a la venta. El Tribunal Supremo vincula por este motivo el ejercicio del retracto al hecho de que la subrogación sea posible, pues «aun cuando el retracto arrendaticio más que un simple derecho a subrogarse en el lugar del adquirente de una finca es una forma de acceso a la propiedad de la tierra por parte de quienes la llevan en arriendo, el efecto que del mismo se deriva es la subrogación del retrayente en el lugar del comprador...» esta subrogación lo es en el todo del contrato y, por tanto, en el cumplimiento de esas obligaciones tan personalísimas. En este sentido no hay que olvidar que se trata de una subrogación en la posición del tercero como adquirente de la propiedad (40).

Ese carácter personal hace que precisamente su incumplimiento haga nacer una acción personal y no real, como reconoció la resolución de 3 de diciembre de 1892, en un supuesto de donación a cambio de alimentos, puesto que «no son cargas que afecten a los bienes donados como impuestos específicamente sobre los mismos y con los requisitos indispensables, para que puedan reputarse cargas reales..., sino que por el contrario de los mismos términos de la escritura se desprende que se constituyeron como obligaciones personales...».

Por otra parte, la subrogación del retrayente tiene especiales características según el bien retraído se ganancial o no, y en concreto si se ejercita el retracto en los términos del artículo 1.374-4.º con reembolso del importe al cónyuge arrendatario si fuere adquirido con fondos privativos. La novedad que representa res-

(40) NART, I.: *Obra ant. cit.*, p. 952. También, entre nosotros, ARECHEDERRA, L.: *El retracto arrendaticio rústico y la aportación a sociedad de una finca rústica*, en «RDN», julio-diciembre de 1979, p. 7. Como consecuencia de ello la primera relación jurídica entre el enajente y el adquirente sólo sufre una variación en uno de los elementos personales, pero permanece en el resto.

pecto al anterior régimen es evidentemente el de su regulación dentro de las adquisiciones gananciales. Sin mención alguna en el antiguo artículo 1.401, el criterio general tendía a considerar, bajo el principio de subrogación que el bien adquirido por ejercicio del retracto entraba en el patrimonio de aquel al que pertenecía dicho derecho, en este caso el del cónyuge arrendatario, principio que el Código civil sólo admitía respecto a la dote (art. 1.337-2.º) y a los privativos (art. 1.396-3.º). Por lo demás el régimen aplicable a los retractos es análogo al vigente hasta 1981, pues el valor determinante es el de la situación precedente (41). Aunque no falta quien (42) entienda que los artículos 1.346 y 1.347 se refieren más bien a derechos, ya personales o reales, pero no a relaciones contractuales, que entrañan un derecho de uso y disfrute, en su caso, y una obligación, la de pagar renta. Estos supuestos y, por tanto, el arrendamiento rústico se encuadrarían en el artículo 1.347-3.º

Lacruz entiende que el supuesto se engloba bajo la figura de la subrogación real relacionada con el principio de accesión (43), pues lo adquirido, lo es mediante precio y, sin embargo, no ingresa necesariamente en el patrimonio de donde procede dicho precio, sino que sustituye al derecho en cuyo ejercicio lo adquirió. Tratándose del ejercicio del retracto arrendaticio, sin embargo, ya Sanz Fernández, estimaba que si el retracto arrendaticio pertenecía a uno de los cónyuges, el carácter privativo o ganancial del bien adquirido vendrá dado por la naturaleza ganancial o privativa del dinero con que se pague (44), señalando como razones para excluir el retracto arrendaticio del antiguo 1.396: «La diversidad de fin económico entre este retracto y los demás, la índole del interés protegido con el mismo y aun la dificultad de calificar el arrendamiento como privativo o ganancial» (45). La reforma del régimen de gananciales y la inclusión tanto en la esfera privativa (art. 1.346-4.º) como ganancial (art. 1.347-4.º) del retracto, viene a implantar el principio de que es indiferente el origen privativo o ganancial del dinero con que se pague el retracto respecto a la naturaleza de los referidos bienes y sólo habrá (46) un derecho de reembolso a favor del cónyuge y contra el patrimonio ganancial, si el pago se hizo con dinero privativo.

El mismo principio que para el retracto, habrá que aplicar para el tanteo (47).

Por último, si son varios los arrendatarios, conforme al artículo 93, ejercitarán el retracto sobre su respectiva porción. Se supera con ello el rígido sistema del antiguo artículo 16-6.º del Reglamento del 59, que preveía para el caso de que no existiera acuerdo unánime o fuera imposible el retracto para algún arrendatario el que se ejerciera sobre la totalidad de la finca. Se sustituye ahora ese

(41) BLANQUER UBEROS, R.: *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidad y excepciones*, en «AAMN», T. XXV, p. 83.

(42) DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil*, Edersa, T. XVIII, vol. 2.º, p. 103.

(43) LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho de familia*, T. I, Boch, 1976, p. 245.

(44) SANZ FERNÁNDEZ: *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad. Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, secc. III, p. 306.

(45) *Ibidem*, p. 305.

(46) DÍEZ PICAZO, L.: *Obra ant. cit.*, p. 1601.

(47) DE LOS MOZOS: *La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, en «RDP», febrero de 1982, p. 102.

sistema por el del establecimiento de un orden de preferencia de los demás arrendatarios sobre las parcelas de los que renuncian, que establece la Junta Arbitral.

Lo cual no es óbice, a nuestro juicio, para que quepa perfectamente el acuerdo de los interesados, como prevenía Ballarín, para la legislación anterior al 59 (48), en forma de proindiviso sobre la parte de la finca renunciada.

(48) BALLARÍN MARCIAL, A.: *El retracto arrendaticio de fincas rústicas y su constatación formal en caso de pluralidad de retrayentes*, en «RDN», XV, enero-marzo de 1957, p. 353.

