

LA ACCIÓN DE RETRACTO DE COMUNEROS SOBRE UNA PORCIÓN DE UNA COSA *PRO INDIVISA*

(Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016)¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

El presupuesto esencial del retrato de comuneros es la comunidad, que pertenece en propiedad indivisa y por cuotas a varios propietarios. Esta no es la situación en el caso presente. El que durante un tiempo se arrendaran las dos fincas o parte de ellas a un tercero para el ejercicio del negocio de restaurante no significa la presencia de una comunidad. Únicamente procede estimar la acción de retracto de comuneros cuando recae sobre una cuota o porción de una cosa que sea propiedad *pro indivisa* de varios comuneros. El retracto de comuneros es un derecho de adquisición preferente, como derecho real *-ius in re aliena-*, que permite a su titular adquirir la cosa después de haber sido transmitida a un tercero, dándose los presupuestos legales, en las mismas condiciones que este; produce como efecto el cambio subjetivo del adquirente sin que afecte al transmitente. Pero en este caso, en ningún momento se ha mencionado siquiera que hubiera una comunidad *pro indivisa* y que los propietarios de las dos fincas lo fueran por cuotas. El hecho de que durante un tiempo se arrendaran las dos fincas o parte de ellas a un tercero para el ejercicio del negocio de restaurante no significa la presencia de una comunidad. En primer lugar, por ser el arrendamiento esencialmente temporal. En segundo lugar, porque se arrendó el uso, nunca se transmitió la propiedad; por el contrario, se destacó que cada uno era propietario de la mitad (no indivisa) sin alusión alguna a cuotas. En tercer lugar, porque incluso en el arrendamiento quedó claro que los arrendadores eran dos personas, propietarios de una finca cada uno que, como dice del Registro de la Propiedad, era la mitad de una cosa (no *pro indivisa*). Se declara como doctrina jurisprudencial: «Únicamente procede estimar la acción de retracto de comuneros cuando recae sobre una cuota o porción de una cosa que sea propiedad *pro indivisa* de varios comuneros».

Palabras claves: retracto de comuneros, concepto, presupuestos y doctrina jurisprudencial.

Fecha de entrada: 08-06-2016 / Fecha de aceptación: 23-06-2016

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de junio de 2016).

El derecho de retracto es un derecho de adquisición preferente que restringe la extensión del derecho de propiedad, ya que constituye una limitación a la libre disposición que de sus bienes tienen los propietarios que, junto con el de tanteo, impone limitaciones al propietario, de ahí que haya de aplicarse de manera restrictiva.

En el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo nos hallamos ante una de las especies de retracto legal que es definido por la jurisprudencia: el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador. Es un límite al derecho de propiedad, en cuanto que impone al propietario una restricción a su libre disponibilidad y es una venta forzosa por parte del comprador al retrayente y, aunque puede redundar en provecho de particulares, está motivado por el interés general que se refiere a la mejora en la eficiencia económica del rendimiento de los bienes y derechos, favoreciendo la concentración de la titularidad de los bienes en una sola mano. No es una subrogación, sino una nueva adquisición por parte del retrayente; supone el poder sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero que es objeto de una rigurosa regulación legal y objeto de una interpretación restrictiva (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1999 y 4 de febrero de 2008).

El retracto de comuneros exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada. La acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato que provoca la transmisión del dominio, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal que abarque no solo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc., pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción, dando lugar el conocimiento de la compraventa consumada con todos sus detalles al inicio del plazo de caducidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2002, 25 de marzo de 2007, 26 de febrero de 2009 y 26 de febrero de 2010).

A la vista de la sentencia que se comenta, debe mencionarse que el juzgado de primera instancia estima la demanda presentada; sin embargo, su decisión no puede decirse que sea con-

gruente con la pretensión del actor, que pedía que se reconociera el derecho de retracto sobre la finca vendida, ya que acepta la demanda al considerar que eran colindantes, y estima el retracto de colindantes. La Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación, considera que el juez *a quo* ha incurrido en incongruencia *extra petita*, pues juzga sobre algo no pedido, a la vista de la demanda y del fallo estimatorio, y dicta sentencia estimando la acción de retracto de comuneros, reconociendo el derecho de adquisición preferente al considerar probada la situación real de unidad física de las dos mitades de la casa y que esta no es divisible materialmente.

Sin embargo, ambas instancias resuelven de manera inadecuada a la vista de la sentencia dictada por el Alto Tribunal: parece evidente la incongruencia *extra petita* de la sentencia dictada en la instancia, y la sentencia que resuelve la apelación no tiene en cuenta los presupuestos esenciales del retracto de comuneros.

Como se menciona arriba, es presupuesto esencial de esta acción la existencia de una comunidad de bienes que suponga que los propietarios de la misma sean propietarios de diferentes cuotas: propiedad indivisa y por cuotas de los distintos propietarios.

No existe, como considera la Audiencia, una situación real de unidad física, sino que son dos fincas distintas e independientes no solo registralmente, como se desprende de la sentencia, sino tampoco físicamente aparecen como una unidad o comunidad. Si se considerara así y pudiera entenderse que en ese supuesto existe una comunidad de bienes (aunque hayan existido determinados contratos por los propietarios de cada finca, pero perfectamente individualizadas al suscribirse por ambos un contrato de arrendamiento suscrito por el comprador, al que afectaba directamente el ejercicio de la acción de retracto), siempre podría considerarse que en tales situaciones existía una comunidad de bienes, una propiedad indivisa, y provocar el ejercicio de la acción de retracto, que, como hemos mencionado, es una limitación al derecho de propiedad en cuanto que limita la libre disponibilidad por razones de interés general y tiene como presupuesto esencial la existencia de una propiedad *pro indivisa*. Sin embargo, no se transmitió una cuota de algo que perteneciera a varios propietarios sino que el vendedor, como único propietario del inmueble, lo vendió. No existe ningún elemento que permita considerar que existiera una comunidad de bienes sino que, más bien al contrario, según la información registral y la realidad jurídica y física de las mismas (con anterioridad estaban separadas por un muro o pared que fue eliminada), se estaba en presencia de fincas independientes, y así fueron consideradas en determinados actos jurídicos en que intervinieron los propietarios de cada una al arrendarlas como unidad, cesión de uso temporal por medio de ese contrato, que no determina en ningún caso una modificación de la realidad de cada finca, que siguen siendo independientes, y que siempre han tenido la consideración de fincas registrales independientes.

Es indiscutible que ambas instancias tomaron la normativa aplicable de manera inadecuada, ya procesalmente, ya materialmente, porque no se había ejercitado la acción de retracto de colindantes, sino la de retracto de comuneros, ni existía una situación de propiedad indivisa, al existir dos fincas independientes, siendo vendida una por su propietario, sin que pudiera entenderse que acto jurídico alguno hubiera determinado la variación de su consideración jurídica y física, pues

no podía tener tal consideración la cesión de uso por medio de un arrendamiento celebrado por el propietario de cada finca.

La sentencia de casación pone fin a posibles situaciones que se pudieran generar por ese tipo de situaciones fijando la doctrina jurisprudencial para este tipo de supuestos: «Únicamente procede estimar la acción de retracto de comuneros cuando recae sobre una cuota o porción de una cosa que sea propiedad *pro indivisa* de varios comuneros».