



Roj: **STS 1421/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1421**

Id Cendoj: **28079110012016100209**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2016**

Nº de Recurso: **638/2014**

Nº de Resolución: **217/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 2502/2013,**
STS 1421/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Quinta), en el rollo de apelación n.º 460/3013, dimanante del juicio ordinario n.º 889/11 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ibiza; siendo parte recurrente el procurador don Jorge Deleito García, en nombre y representación de don Donato (actualmente Federico) ; siendo parte recurrida la procuradora doña Lucía Vázquez Pimentel-Sánchez, en nombre y representación de doña Florencia .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La procuradora doña M^a Victoria Martínez García en nombre y representación de doña Florencia , interpuso demanda de juicio ordinario contra don Donato y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicó al juzgado dicte sentencia por la que:

«Dando lugar a la estimación de las pretensiones de la demandante, de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho relatados, concretamente: -que se declare el derecho a retraer de mi representada, y su derecho de adquisición preferente sobre la mitad de la casa, cercado de nogales y corrales, objeto de la presente demanda, en las mismas condiciones estipuladas entre la vendedora y el comprador ahora demandado. -Que se condene al demandado a facilitar la subrogación de doña Florencia en su lugar del comprador, en virtud de la transmisión que origina el presente **retracto**, y en consecuencia a otorgar escritura pública de venta en las mismas condiciones contenidas en la escritura de 9 febrero de 2011. -Todo ello con expresa condena de costas a la parte demandada.».

SEGUNDO.- El procurador don José Luis Marí en nombre y representación de don Donato , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«Por la que se desestime la demanda presentada por la actora, se absuelva a mi mandante de los pedimentos de la demanda y se impongan expresamente las costas a la demandante. Subsidiariamente, y caso de concederse en última instancia el **retracto** planteado por la actora, que lo sea por la entrega a mi mandante de la cantidad total de 100.000 €, cantidad abonada por mi mandante para la compra de la finca, más 7.207 € a.e.o.u., en concepto de gastos cuyo desglose es el que sigue: -impuestos: 7000 € -registro: 207 €».



TERCERO .- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Il. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ibiza, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Estimando la demanda presentada por la procuradora D^a Victoria Martínez en nombre y representación de D^a Florencia contra don Donato , debo declarar y declaro el derecho de adquisición preferente de la actora sobre la finca transmitida al demandado mediante contrato de compraventa de 9 de febrero de 2011

condenando al demandado a otorgar escritura pública de venta en las mismas condiciones contenidas en la citada escritura para el comprador con imposición de costas a la parte actora».

En fecha 12 de marzo de 2013 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es como sigue:

«Subsanar el fallo de la sentencia dictada en este procedimiento en el único sentido que donde dice "con imposición de costas a la parte actora" debe decir "con imposición de costas a la parte demandada"».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de don Donato , la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: 1º) Estimar en parte el recurso de apelación, interpuesto por el procurador D. José Luis Marí Abellán en representación de don Donato ; y asimismo en parte la impugnación efectuada por la procuradora D^a M^a Victoria Martínez García en representación de D^a Florencia ; ambos contra la sentencia de fecha 27-febrero-2013 y el Auto de 12-marzo siguiente, dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Eivissa, en los autos de Juicio Ordinario sobre **Retracto** de Comuneros, nº 889/2011; de que dimana el presente Rollo de Sala; cuyas resoluciones expresamente se revocan; y en su virtud, 2º) Que, estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora D^a M^a Victoria Martínez García, en la anterior representación, contra don Donato , declaramos el derecho de adquisición preferente de la actora en la comunidad económica funcional de aprovechamiento, respecto de la finca registral nº NUM000 , transmitida al demandado mediante compraventa de 9-febrero-2011, en las mismas condiciones, y precio estipulados entre la vendedora y el comprador, más gastos; y condenamos al demandado a otorgar escritura pública de compraventa a favor de la actora, por precio de 100.000 Euros, y con reembolso de los gastos, que ascienden a 9.317,21 Euros; y sin hacer expresa imposición a las partes de las costas procesales causadas en la instancia. 3º) No procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas devengadas en esta alzada».

En fecha 27 de enero de 2014 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es como sigue:

«Completar la resolución de fecha de 10 de diciembre de 2013, mediante el contenido que recoge el precedente fundamento jurídico único».

QUINTO.- El procurador don José Luis Marí Abellán, en nombre y representación de don Donato interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos:

Motivo por infracción procesal: Inadmitido

Motivo de casación: Al amparo de lo dispuesto en la regla 2.ª del número 1 de la Disposición Final Décimosesta, denuncia la infracción de las siguientes normas: a.- infracción de los artículos 392 , 393 , 395 , 400 y 401 del Código civil . Incorrecta aplicación de los mismos. b.- Infracción de los artículos 1521 y 1522 del Código civil sobre **retracto**. Incorrecta aplicación de los mismos.

SEXTO .- Por Auto de fecha 15 de abril de 2015, se acordó admitir el recurso de casación y no admitir el recurso por infracción procesal y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Lucía Vázquez Pimentel-Sánchez, en nombre y representación de doña Florencia presentó escrito de oposición al recurso de casación y a la admisión del mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de marzo de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Se ha ejercitado en el presente caso que ahora se halla en casación, la acción de **retracto** de comuneros -como *quaestio iuris* - que, como dice la sentencia de 26 febrero 2009 :



«Ejercitada acción de **retracto** de comuneros que se recoge en la legislación actual procedente del Derecho romano para facilitar la extinción de situaciones de comunidad, se tiene que estar a la inicial previsión del artículo 1522 del Código civil (el copropietario de una cosa común podrá usar del **retracto** en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos)».

Y también dijo la del 22 mayo 1996:

«Antes de decidir el recurso debe hacerse constar que el **retracto** de comunero se concede a quien ostente tal cualidad, para el caso de venta a un extraño de la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos (artículo 1522 del Código Civil), luego la conclusión es que el **retracto** se da en caso de venta de porciones a extraños, pero no cuando se vende la totalidad».

«Venta de parte indivisa» que ya destacó la sentencia de 11 marzo 1991 y asimismo dijo que este **retracto** «ha de interpretarse en términos de rigor»; interpretación restrictiva que también destacó la sentencia de 22 octubre 2007 , citando otras muchas anteriores.

La norma mencionada - artículo 392 del Código civil - reproduce que hay pluralidad de sujetos sobre el mismo derecho. Son los dos presupuestos básicos: comunidad y el mismo derecho (que normalmente será el de propiedad). En la comunidad se produce una concurrencia de derechos sobre la cosa, siendo cada derecho limitado por la existencia de los derechos de los demás cotitulares: así se han expresado las sentencias de 19 mayo 2006 y 21 mayo 2010 .

Partiendo de esta comunidad, se prevé en el Código civil el **retracto** de comuneros. Como tal **retracto**, 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 éste. Es un límite al derecho de propiedad, como dice la sentencia de 9 marzo 1999 que asimismo define el **retracto**. Como **retracto** de comuneros, facilita la terminación de situaciones de comunidad, cuyo antecedente se halla en el Derecho romano, enemigo de toda comunidad que la consideraba antieconómica y perjudicial, y pasó a las Partidas (quinta, título 5.º, ley 55) y a las leyes de Toro (ley 75) llegando al artículo 1522 del Código civil y, como se ha apuntado anteriormente, presupone la cotitularidad y que recaiga sobre la misma cosa. Y, como dice la sentencia de 27 junio 2000 , «produce como efecto el cambio subjetivo del adquirente, sin que afecte al transmitente».

2.- La *quaestio facti* parte de la existencia de dos fincas registrales pertenecientes cada una a demandante (doña Florencia) y demandado (don Donato) adquiridas en distintos momentos, separadas por un tabique, actualmente derribado y el Registro de la Propiedad calificaba a una de ellas como «unidad indivisa», término que fue eliminado al poco de presentarse la demanda; la sentencia de la Audiencia Provincial declara como probado que «la situación real es la de una sola unidad física, que se sobrepone a la situación registral de dos fincas independientes», «... sendas mitades de la casa, de la FINCA000 », «... edificio no es divisible materialmente». En el año 2004, los propietarios de cada una de las fincas arrendaron conjuntamente la finca, definiéndose como copropietarios por mitades indivisas del local de negocio y cobrando al arrendatario las rentas que se repartían entre uno y otro.

Cuando en fecha 9 febrero 2011 el actual demandado compra el objeto de su actual derecho de propiedad, la finca se describe:

«Mitad de una casa, cercado de nogales y corrales, sita en la parroquia de Santa Agnes, término municipal de Sant Antony de Portmany, de un área y noventa y dos centiáreas. Linda: norte, con tierras de Custodia ; Sur, con la restante mitad de la casa; Este, con Gema y Oeste, con tierras de Custodia ».

Consecuencia de ello, la propietaria de la otra mitad, doña Florencia interpone demanda frente a este adquirente, ejercitando acción de **retracto** de comuneros.

3.- La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Ibiza, de 27 febrero 2013 estimó la demanda en su fallo, que ha sido transcrito en los antecedentes de hecho. En su fundamentación, considera que no hay propiedad indivisa o copropiedad sino «lo que se revela a todas luces es su condición colindantes» y estima el **retracto** de colindantes.

Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 5.ª, de Palma de Mallorca, cuya sentencia de 10 diciembre 2013 comenzó estimando la incongruencia *extra petita* por falta de concordancia entre la *causa petita* y el fallo y declaró probada la situación real de unidad física, sendas mitades de la casa y que ésta no es divisible materialmente, por lo que estimó la acción de **retracto** de comuneros, declarando «el derecho de adquisición preferente de la actora en la comunidad económica funcional de aprovechamiento, respecto de la finca...».



4.- El demandado, don Donato formuló sendos recursos por infracción procesal que no fue admitido y de casación. En éste, tras una larga exposición de antecedentes, se alega infracción de normas sobre comunidad y sobre **retracto** e insiste en que no hay tal comunidad ni, por tanto, **retracto** de comuneros; los propietarios de ambas fincas no son dueños en porciones ni cuotas ideales, sino que cada uno es propietario de una finca diferente, que han cedido sus espacios para un aprovechamiento conjunto, de restaurante, por un tercero. Cita jurisprudencia que destaca que el **retracto** evita el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales.

SEGUNDO .- 1.- El recurso de casación (el de infracción procesal ha sido inadmitido) formulado por el demandado, don Donato , en un motivo único alega como infringidas normas sobre la comunidad de bienes (artículos 392 , 393 , 395 , 400 y 401) y normas sobre el **retracto** (artículos 1521 y 1522 del Código civil), al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por interés casacional al oponerse a la doctrina del Tribunal Supremo.

El motivo debe ser estimado. Partiendo de los propios hechos probados declarados en la instancia, nunca, en ningún caso, se ha mencionado siquiera que hubiera una comunidad *pro indiviso* y que los propietarios de las dos fincas lo fueran por cuotas. La transmisión de una cuota hubiera dado lugar al **retracto**, pero no fue así.

Se trata de dos fincas limítrofes, con un propietario distinto cada una que incluso la habían adquirido en muy distinto momento. En el Registro de la Propiedad constan como fincas distintas. En la realidad física, son dos fincas aunque pueden tener -como ocurre en tantas ocasiones- una unidad física que puede ser separable o no, pero en modo alguno aparece ni registral ni físicamente, una unidad como comunidad en que cada propietario tiene una cuota, sino por el contrario, esto ni siquiera se alega.

Y, como antes se ha apuntado, el presupuesto esencial del retracto 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. 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 indiviso*) que linda «con la restante mitad de la casa»: dos fincas independientes que, con carácter temporal, ceden el uso en concepto de arrendamiento.

2.- Reiteradamente, la jurisprudencia ha resaltado la función del **retracto** de comuneros «para evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales» tal como dice la sentencia de 22 octubre 2007 y ya lo habían dicho las de 24 enero 1986 y 22 mayo 1996 .

Igualmente la jurisprudencia ha insistido en la aplicación «con criterio restrictivo» del **retracto**, como recuerda la sentencia citada de 22 octubre 2007 que recoge anteriores sentencias desde las de 9 y 13 julio 1903.

3.- Por ello, se estima el recurso de casación y, asumiendo la instancia, se rechaza la acción de **retracto** de comuneros que se había planteado en la demanda inicial.

En cuanto a las costas, conforme los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , deben ser impuestas a la parte demandante las de primera instancia. No se hace imposición de costas en el recurso de apelación ni en el presente recurso de casación. Se devolverá al recurrente el depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.º Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Donato (actualmente Federico , contra la sentencia dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en fecha 10 de diciembre de 2013 , que se casa y anula.

2.º En su lugar, desestimamos la demanda que en su día había interpuesto doña Florencia ejercitando la acción de **retracto** de comuneros.

3.º 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 indiviso* de varios comuneros» .



4.º Se condena a la mencionada actora en las costas causadas en primera instancia. No se hace condena respecto a las del recurso de apelación, ni las del recurso de casación. Se devolverá al recurrente el depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Eduardo Baena Ruiz.-Fernando Pantaleon Prieto.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO