

REFLEXIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES DE LOS RETRACTOS  
LEGALES DE COMUNEROS Y COLINDANTES DESDE UN PUNTO DE  
VISTA JURISPRUDENCIAL

SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL CONSIDERATIONS OF THE  
RIGHTS OF PRE-EMPTION AND REDEMPTION OF CO-OWNERS AND  
ADJACENT PROPERTY OWNERS

*Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 541-550.*

---

Fecha entrega: 02/09/2014  
Fecha aceptación: 29/09/2014

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE  
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia  
j.ramon.de-verda@uv.es

**RESUMEN:** En el presente artículo se examinan los requisitos sustantivos para que tenga lugar la posibilidad de ejercicio de los retractos legales de comuneros y colindantes, así como las cuestiones prácticas que dicho ejercicio puede plantear desde un punto de vista procesal: procedimiento, legitimación, precio que debe pagar el demandante y, en particular, la delicada cuestión del momento de inicio del cómputo del breve plazo de caducidad de la acción.

**PALABRAS CLAVE:** tanteo, retracto, comuneros, colindantes.

**ABSTRACT:** This paper examines the substantive requirements to exercise the rights of pre-emption and redemption of co-owners and adjacent property owners, as well as the practical issues from a procedural point of view: type of procedure, the price that must be paid by the applicant and in particular the complicated question of the start of the computation of the period for filing the claim.

**KEY WORDS:** rights, pre-emption, redemption, co-owners, neighbors.

1. A tenor del art. 1521 CC, “El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”. El derecho de retracto se excluye, pues, implícitamente, en los supuestos de enajenación a título gratuito, como es la donación, según observa la STS 25 mayo 2007 (Tol 1081767).

La jurisprudencia, como constata la STS 28 octubre 1999 (Tol 2562), lo admite también en el caso de adjudicación de la cosa como consecuencia de un procedimiento judicial de ejecución. Sin embargo, no tiene lugar, en todos los casos de enajenación a título oneroso, excluyéndolo la jurisprudencia en el caso de permuta [SSTS 16 mayo 1960 (RAJ 1960, 2042) y 23 mayo 1960 (RAJ 1960, 2052)], en el de aportación de un inmueble a una sociedad anónima por parte del socio fundador en la escritura de constitución de la misma [STS 12 junio 1964 (RAJ 1964, 3261)] o en transmisiones efectuadas por contrato de renta vitalicia [SSTS 9 diciembre 1964 (RAJ 1964, 5774) y 2 abril 1985 (Tol 1736772)].

En el CC se contemplan los retractos legales de comunero (una modalidad del cual es el de coherederos), de colindantes y el enfitéutico, de los cuales estudiaremos solamente los dos primeros.

2. A tenor del art. 1522 CC, “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. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común”.

La finalidad del retracto de comuneros es no perpetuar las situaciones de comunidad de bienes, que son vistas con disfavor por el CC, así como evitar que entre en la comunidad otra persona (un extraño) que sea ajeno a ella.

El retracto puede ser ejercitado por cualquiera de los comuneros: en caso de que la cosa estuviera gravada con un usufructo, el nudo propietario sigue conservando tal derecho, pues, como explica la STS 4 diciembre 1979 (RAJ 1979, 4314), sigue ostentando la cualidad de comunero, aunque tenga temporalmente sustraída la facultad de disfrute.

El retracto no procede, lógicamente, cuando lo que se vende no es una cuota de la comunidad, sino la cosa común: en tal caso no se reconoce a ninguno de los comuneros un derecho de adquisición preferente. Véase en este sentido la STS 11 mayo 1992 (Tol 1659785), que constata lo absurdo de la solución contraria, que llevaría a que el retrayente adquiriera su propia cuota.

3. El retracto de colindantes aparece contemplado en el art. 1523 CC, a cuyo tenor “También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.

El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite”.

La STS 29 mayo 2009 (Tol 1547678) precisa que el retracto no procede cuando el fundo retraído es colindante con otro que es propiedad del adquirente.

La finalidad de este retracto es evitar la disgregación de la propiedad rústica a través del minifundio.

La STS 14 junio 2007 (Tol 1106779) ha negado la aplicación del art. 1522 CC a un supuesto en que existía entre los predios una servidumbre de acueducto, pero también, porque el retrayente no estaba cultivando totalmente la finca colindante, ni constaba que fuera agricultor, sino hostelero, teniendo su domicilio en la capital de otra provincia, “por lo que no se puede decir que su acción haya pretendido la unión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción, debiendo ser interpretado el precepto según la realidad social del tiempo en que es aplicado”, conforme al art. 3.1 CC.

La jurisprudencia interpreta estrictamente el requisito de que la finca rústica vendida tenga una extensión superficial inferior a una hectárea (esta exigencia superficial se refiere, exclusivamente, a la finca vendida, no a la de quien ejerce el derecho de retracto).

La STS 12 febrero 2000 (Tol 1488) desestimó el recurso de casación en el que se pretendía una interpretación extensiva del precepto, consistente en la aplicación del retracto al supuesto en que la finca colindante tuviera una cabida superior a la hectárea. Dice el TS: “La interpretación extensiva que se pretende en cuanto a la cabida de la finca no encuentra apoyo en el artículo 3 del Código Civil, pues la normativa que contiene es de interpretación genérica, valiéndose como pauta hermenéutica solamente la conexión con algún precepto concreto respecto el cual aquella regla no ha sido observada y que en el caso concreto no resulta procedente, en relación a lo que se deja estudiado, para decretar como superficie que haría factible el retracto, la extensión de 15.000 metros cuadrados, y con mayores razones, tampoco procede la interpretación analógica que autoriza el artículo 4 del Código Civil”.

La legitimación activa para ejercitar la acción corresponde, exclusivamente, al propietario de la finca colindante. Si ésta se halla en situación de comunidad, se requerirá el consentimiento de todos los comuneros [STS 13 febrero 1987 (RAJ 1987, 709)]. No puede ejercitar el derecho de retracto el titular de otros derechos reales sobre la finca colindante, como, por ejemplo, el usufructuario [STS 5 junio 1929 (JC 1929, 99)].

El precepto se refiere solamente a fincas rústicas, lo que plantea el problema de distinguir este tipo de fincas de las urbanas.

La jurisprudencia decide la cuestión, teniendo en cuenta el destino principal del predio, considerándolo rústico, si se ejerce en él una explotación agrícola, ganadera o forestal; y urbano, si está dedicado a vivienda o al ejercicio de una industria o comercio, valorando también “su situación o emplazamiento en el campo o en la población” [SSTS 8 mayo 1944 (RAJ 1944, 644), 10 junio 1954 (RAJ 1954, 1869), 14 octubre 1978 (RAJ 1978, 3075), 14 noviembre 1991 (Tol 1728549) y 26 febrero 2010 (Tol 1793027)].

a) En aplicación de este criterio se ha decidido que, no existe derecho de retracto, cuando la finca vendida, aunque se encuentre situada en el campo, sin embargo, no se dedica al cultivo, especialmente, si está próxima a suelo urbano.

La STS 14 noviembre 1991 (Tol 1728549) consideró que no era rústica la finca, sobre la que se pretendía ejercitar el retracto, porque, aunque estaba situada en el campo, sin embargo, se hallaba en una zona lindante con una población turística y su destino no era el cultivo, además de no tener el retrayente la condición de agricultor, sino que era cocinero. En el proceso se habían aportado fotografías en las que podía apreciarse claramente que la finca del retrayente tenía una casa, con almacén en la planta baja, y gran cantidad de patines acuáticos y cascos de embarcaciones ligeras, propiedad del demandante que los explotaba durante la temporada estival en las playas de la ciudad.

b) Esta decisión no se modifica por el mero hecho de que finca no cultivada tenga la calificación administrativa de suelo no urbanizable [STS 18 abril 1997 (Tol 215940)] o de que en el Registro de la Propiedad sea descrita como finca rústica, si se demuestra que su destino es otro (por ejemplo, el de vivienda).

La STS 26 febrero 2010 (Tol 1793027) excluyó, así, el derecho de retracto por considerar probado que la finca vendida no tenía el destino correspondiente a finca rústica, sino el de vivienda, lo que implicaba “la falta de un presupuesto esencial del retracto de colindantes”, observando que “la constancia registral de carácter de finca rústica, a efectos del retracto, no excluye la prueba de que no sea así”.

c) Tampoco tiene lugar el retracto, cuando el terreno vendido es un jardín o huerto anejo de casas, que se hallen situadas en una población [STS 8 julio 1903 (JC 1903, 19)].

4. El derecho de retracto deberá ejercitarse en juicio declarativo ordinario, debiendo el retrayente consignar el precio pagado por la finca vendida, siendo admisible la entrega de un cheque conformado o la presentación de aval bancario [STS 17 mayo 2002 (Tol 161935)].

Es claro que si el retrayente desconoce el precio satisfecho no podrá exigírsele la consignación de éste, por lo que bastará con que afiance consignarlo cuando se sepa [STS 9 febrero 1984 (Tol 1738019)].

El precio que el retrayente ha de pagar es el real y no el que a efectos fiscales se haya hecho constar en la escritura pública de compraventa [SSTS 16 mayo 1956 (RAJ 1956, 2422), 25 mayo 1973 (RAJ 1973, 2203), 19 junio 1986 (Tol 1735354), 20 septiembre 1988 (Tol 1735749), y 30 abril 1991 (Tol 1728604)].

La STS 30 marzo 1995 (Tol 1667235) confirmó la sentencia recurrida, revocando la de primera instancia. Entendió que el retracto debía ser ejercitado por el precio real pagado (diez millones de pesetas), que constaba en documento privado y no por el precio ficticio (cuatro millones y medio de pesetas), que constaba en la escritura pública de compraventa. Afirma, así: “que en el proceso en que este recurso se refiere, dado el muy específico objeto del mismo —la subrogación en el lugar del comprador, en que todo retracto consiste—, es requisito esencial y decisivo, por razones de elemental justicia y en evitación de un lucro reprobable, el conocimiento del precio real y verdadero en que fue vendida la finca que se trata de retraer, que es el que ha de pagar el retrayente, por lo que sólo ha de reiterarse que la afirmación de que el precio real fue el de diez millones no aparece impugnada en forma”.

Conforme al art. 1525 CC, en relación con el artículo 1518 CC, el retrayente deberá también pagar los gastos del contrato, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Según observa la STS 20 marzo 2003 (Tol 353834), los gastos útiles realizados en la finca adquirida comprenden todo el incremento del valor que haya experimentado aquélla por la inversión del comprador retraído, con inclusión del valor de la nave construida.

La STS 30 de junio 2011 (Tol 2196673) afirma que no son reembolsables los gastos e intereses del préstamo obtenido por el comprador para financiar la adquisición del bien, pero sí la comisión del mediador pagada por éste, siempre que pruebe haber existido una necesidad razonable de acudir a la mediación para la realización de la compra y de que el importe de la comisión se comunique al retrayente antes o al mismo tiempo que las condiciones esenciales de la compraventa.

Legitimado pasivamente lo está el adquirente de la cosa [STS 11 mayo 1992 (Tol 1659785)], no, en cambio, el vendedor, a quien no es necesario demandar [SSTS 30 enero 1989 (Tol 1732441) y 27 junio 2000 (Tol 170989)].

En el caso de que haya habido varias transmisiones del bien, la demanda deberá dirigirse contra el primero y los sucesivos adquirentes o citar a éstos después de contestada la demanda de retracto [STS 27 febrero 1954 (RAJ 1954, 981)].

La STS (Pleno) 29 abril 2009 (Tol 1514755) ha precisado que, si bien, el plazo para el ejercicio del retracto es civil y, por lo tanto, deben incluirse en su cómputo los días inhábiles, no obstante, por aplicación del principio de tutela judicial efectiva y del derecho del retrayente “a disponer de la totalidad del plazo concedido por la Ley”, es posible interponer la demanda el primer día hábil siguiente a la finalización de aquél.

La STS 28 julio 2010 (Tol 1945371), aplicando dicho criterio, permitió presentar la demanda el día 27 de diciembre, al expirar el plazo previsto para el ejercicio del derecho de retracto a las 24.00 horas del día 24 de diciembre.

5. Dice el art. 1524 CC: “No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.

El retracto de comuneros excluye el de colindantes”.

La brevedad de este plazo se justifica por razones de seguridad jurídica, esto es, para evitar prolongar en exceso la incertidumbre del adquirente acerca de si el titular del derecho de retracto ejercitará su derecho de adquisición preferente, subrogándose, así, en su posición contractual [STS 22 julio 2013 (Tol 3888217)].

Según la jurisprudencia, el plazo es de caducidad, lo que significa que no admite interrupción [SSTS 30 abril 1940 (RAJ 1940, 304), 15 diciembre 1957 (RAJ 1957, 1131), 8 noviembre 1958 (RAJ 1958, 3439), 28 octubre 1999 (Tol 2562), 11 mayo 2007 (Tol 1079740) y 25 mayo 2007 (Tol 1081767)].

Respecto al cómputo del día inicial, el precepto habla de inscripción, expresión ésta que debe interpretarse en sentido literal, es decir en referencia al asiento del mismo nombre, con exclusión del de presentación [SSTS 6 marzo 1942 (RAJ 1942, 622), 27 junio 2000 (Tol 170989) y 17 marzo 2003 (Tol 265188)].

Obsérvese que, según el tenor literal del art. 1524.I CC, el cómputo del inicio del plazo tiene lugar, en el momento (objetivo) de la inscripción en favor del adquirente, y, sólo, faltando ésta, desde la fecha del conocimiento (subjetivo) de la venta. Conocimiento, este último, que deberá ser probado por quien lo invoque, esto es, el

adquirente, que quiera evitar que prospere la acción de retracto ejercitada contra él. Así lo constata la STS 22 julio 2013 (Tol 3888217), la cual, en un supuesto de venta judicial de cuota, afirma que “los actores [los otros comuneros] no estaban obligados a seguir la evolución de los autos judiciales para comprobar a quién y en qué fecha tenía lugar la adjudicación. Les bastaba estar pendientes del Registro de la Propiedad para ejercer su derecho de retracto ante los tribunales una vez que se produjera la inscripción del dominio a favor de la entidad demandada (adjudicataria)”.

Pero, como afirma la jurisprudencia, la previsión legal del art. 1524.I CC también se aplica cuando existe una inscripción posterior, pues, “acreditado que el retrayente conoció en detalle la venta con anterioridad, el plazo se computará a partir de dicho conocimiento” [STS 22 julio 2013 (Tol 3888217)].

Esto es lógico, por una elemental aplicación del principio de la buena fe. Pensemos en que han transcurrido más de nueve días entre la consumación de la venta y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Si el titular de derecho de retracto, en su momento, tuvo conocimiento suficiente y exacto de la venta y no ejerció su derecho de adquisición preferente, no puede hacerlo después, una vez producida la inscripción, alegando que es, a partir de este momento, cuando comienza a correr el plazo de caducidad.

Respecto al conocimiento de la venta, hay que entender que el retrayente ha de tener conocimiento, no sólo del hecho de que se haya producido, sino también del precio y de las demás circunstancias de la adquisición, porque sólo así podrá valorar convenientemente si le interesa o no subrogarse en el lugar del comprador. Así lo afirman las SSTS 12 diciembre 1986 (Tol 1734060), 21 marzo 1990 (Tol 1729208), 19 mayo 1992 (Tol 1659748), 7 marzo 1996 (Tol 217167) y 22 julio 2013 (Tol 3888217), conforme a las cuales no bastan referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones, o la mera noticia de la misma. La STS 14 noviembre 2002 (Tol 229591) reitera que “El ejercicio de la acción de retracto está supeditado al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo al del 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.”.

En la práctica se ha planteado si, en defecto de inscripción, el cómputo del plazo de caducidad debe comenzar en el momento de perfeccionarse la venta o, por el contrario, hay que posponerlo hasta que tenga lugar la transmisión del dominio al comprador a través de la tradición real o ficticia del bien, mediante, por ejemplo, el otorgamiento de la escritura pública.

La jurisprudencia tradicionalmente se ha venido inclinando por la segunda de las soluciones. La STS 20 mayo 1943 (RJ 1943, 572) dice así: “La más extendida y reciente doctrina legal remite el punto de partida para el cómputo de los nueve días

al conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta por tradición real o ficta de la cosa vendida, y en esta tendencia conviene insistir: a) porque la consumación lesiona en forma más viva y eficaz que la perfección el derecho de preferencia del retrayente, y b), porque este artículo, al señalar el comienzo del cómputo de los nueve días la fecha de inscripción de la venta, por estimar con presunción ‘juris et de jure’ que en este momento conoce el retrayente la enajenación de la finca, claramente da a entender que se refiere a la venta consumada por tradición y consiguiente transferencia inmediata y directa del dominio, quedando excluida de esta norma rectora del cómputo la venta meramente perfeccionada, que por ser negocio obligacional no tiene acceso inmediato al Registro”.

Por lo tanto, de acuerdo con esta orientación, el mero conocimiento de la celebración de la compraventa o del documento privado en que aquélla se haya documentado no determina el inicio del plazo de ejercicio de la acción de retracto, que debe empezar a contarse desde el momento del otorgamiento de la escritura pública, forma de tradición instrumental, que, precedida del correspondiente título, determina la transmisión de la propiedad.

En este sentido se orientan las SSTS 2 junio 1950 (RAJ 1950, 1160), 5 febrero 1952 (RAJ 1952, 477), 20 febrero 1978 (RAJ 1978, 586) y 6 junio 1988 (Tol 1733062), que afirman que “el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se transmita la propiedad de la finca, haya sido consumado [...] la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica”. En el caso concreto, el TS consideró cumplida esta exigencia, al haberse otorgado escritura pública de compraventa. La misma orientación sigue la STS 14 noviembre 2002 (Tol 229591), según la cual “el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección”. En consecuencia, se desestimó la demanda del retrayente, por falta de legitimación activa, ya que si bien la compraventa se había perfeccionado, sin embargo, todavía no había sido elevada a escritura pública.

En el caso de ventas judiciales, el inicio del cómputo tiene lugar en el momento de conocimiento por el retrayente del auto de aprobación del remate y de adjudicación al rematante de la finca subastada, el cual constituye una forma de tradición simbólica [SSTS 1 julio 1991 (Tol 1728892), 11 julio 1992 (Tol 1660013), 8 junio 1995 (Tol 1658501), 14 diciembre 2007 (Tol 1227447), 18 marzo 2009 (Tol 1474912) y 22 julio 2013 (Tol 3888217)].

En el caso de transmisiones, como consecuencia de subastas en expedientes administrativos de apremio, a falta de adjudicación judicial, el retracto nacerá en el momento de otorgarse escritura pública de compraventa, no antes. Véase en este sentido la STS 14 diciembre 2007 (Tol 1227447), que desestimó el argumento de

que el plazo de ejercicio de la acción de retracto había empezado a correr desde el momento en que el retrayente tuvo conocimiento de la subasta.

En mi opinión, esta orientación jurisprudencial se explica fundamentalmente por la mayor posibilidad que tiene el retrayente de conocer una escritura pública que un documento privado. Sin embargo, si, pese a ello, conoce el documento privado de venta y ejercita la acción de retracto, no parece que pueda desestimarse la demanda con el argumento de que, al no haberse otorgado escritura pública, aún no se ha producido la transmisión, por lo que todavía no ha nacido la acción real.

En contra, sin embargo, se pronuncia la STS 14 noviembre 2002 (Tol 229591). No obstante, la STS 25 mayo 2007 (Tol 1081767), respecto de una venta judicial, consideró pertinente el ejercicio de la acción de retracto, después de que hubiera tenido lugar el remate, pero antes de que hubiera recaído el auto judicial de aprobación del mismo. Pero el argumento empleado es realmente “sorprendente”, pues consiste en entenderse superada la “línea que mantenía que el cómputo empezaba en la escritura pública o su equivalente, el auto de aprobación del remate”, afirmando que la jurisprudencia moderna acepta que puede ejercitarse la acción de retracto cuando se haya perfeccionado la compraventa (como podría ser un documento privado sin tradición) o se ha celebrado la subasta judicial, con remate y adjudicación (aun antes del auto) puesto que el retrayente conoce todos los términos de la transmisión”. Lo “sorprendente” es entender superada una línea jurisprudencial que parece que sigue siendo mayoritaria; y ello, con independencia de que en el caso concreto la solución a la que se llegó sea justa.