



Roj: **STS 708/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:708**

Id Cendoj: **28079110012020100137**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2020**

Nº de Recurso: **3881/2017**

Nº de Resolución: **153/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9563/2017,**
STS 708/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 153/2020

Fecha de sentencia: 05/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3881/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 12

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 3881/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 153/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. **Juan María Díaz Fraile**



En Madrid, a 5 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 234, de 21 de junio de 2017, dictada en grado de apelación por la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1276/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid, sobre reclamación de retracts de comuneros.

Son parte recurrente D. Eloy y D.ª Adelina, representados por la procuradora D.ª Nuria Munar Serrano y bajo la dirección letrada de D. Iñigo de Bustos Pardo.

Es parte recurrida D.ª Angelina, representada por la procuradora D.ª Lourdes Redondo García y bajo la dirección letrada de D. Alejandro Falero de Rato.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de D. Eloy y D.ª Adelina, interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Angelina, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

"1.- Declare que Don Eloy y D.ª Adelina tienen derecho de retracto a su favor y a prorrata de sus respectivas porciones (8,3333% cada uno sobre el inmueble de la actual C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid), sobre la sexta parte indivisa de la finca sita en la actual C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid (inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 28 de Madrid al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, finca n.º NUM004), como consecuencia de la compraventa efectuada por D.ª Noelia a favor de D.ª Angelina, mediante escritura de compraventa otorgada con fecha de 15 de octubre de 2014, ante el Notario de Madrid Don Miguel Ángel Rodríguez García, al n.º 1867 de su protocolo.

"2.- Condene a D.ª Angelina a retraer la sexta parte indivisa de la finca sita en la actual C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid (inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 28 de Madrid al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, finca n.º NUM004), adquirida a D.ª Noelia en fecha 15 de octubre de 2014 mediante escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Madrid Don Miguel Ángel Rodríguez García con el n.º 1867 de su protocolo, otorgando escritura pública de venta en ejercicio de derecho de retracto a favor de mis representados D. Eloy y D.ª Adelina, a prorrata de la porción que tienen (8,3333% cada uno del inmueble de la actual C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid), y en las mismas condiciones en que fue adquirida, con reembolso a D.ª Angelina del precio (400.000,00 €) y del importe de los gastos legítimos.

"3.- Y todo ello, con expresa condena en costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 30 de octubre de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid, fue registrada con el n.º 1276/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La representación de D. Eloy y D.ª Adelina, amplió la demanda contra D. Bernardo solicitando que se dictara sentencia:

"[...] por la que:

"1.- Declare que Don Eloy y D.ª Adelina tienen derecho de retracto a su favor y a prorrata de sus respectivas porciones (8,3333% cada uno sobre el inmueble de la actual C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid), sobre la sexta parte indivisa de la finca sita en la actual C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid (inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 28 de Madrid al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, finca n.º NUM004), como consecuencia de la compraventa efectuada por D.ª Noelia a favor de D.ª Angelina para su sociedad de gananciales, mediante escritura de compraventa otorgada con fecha de 15 de octubre de 2014, ante el Notario de Madrid Don Miguel Ángel Rodríguez García, al n.º 1867 de su protocolo.

"2.- Condene a los cónyuges D.ª Angelina y a D. Bernardo a retraer la sexta parte indivisa de la finca sita en la actual C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid (inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 28 de Madrid al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, finca n.º NUM004), adquirida a D.ª Noelia en fecha 15 de octubre de 2014 mediante escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Madrid Don Miguel Ángel Rodríguez García con el n.º 1867 de su protocolo, otorgando escritura pública de venta en ejercicio de derecho de retracto a favor de mis representados D. Eloy y D.ª Adelina, a prorrata de la porción que tienen (8,3333% cada uno del inmueble de la actual C/ DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid), y en las mismas condiciones

en que fue adquirida, con reembolso a los cónyuges D.^a Angelina y D. Bernardo del precio (400.000,00 €) y del importe de los gastos legítimos.

"3.- Y todo ello, con expresa condena en costas a la demandada".

4.- La procuradora D.^a Lourdes Redondo García, en representación de D.^a Angelina, contestó a la demanda, solicitando se dicte resolución por la que:

"1.º.- Se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a los actores al estimarse las excepciones procesales planteadas, o en su defecto, los motivos de oposición de fondo, y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.

"2.º.- Subsidiariamente, caso de admitirse la acción de retracto, se acceda al mismo en las mismas condiciones reflejadas en la escritura de compraventa de 15 de octubre de 2014, previo reembolso a mi representada de las siguientes cantidades:

"a) Del precio real ascendente a la cantidad de 455.000 euros.

"b) De los gastos abonados por impuesto ascendentes a la cantidad de 27.300 euros.

"c) Del importe de la minuta del Notario otorgante de la compraventa por importe de 1.179,38 euros.

"d) De los gastos abonados hasta la fecha en ejecución del acuerdo de 25 de septiembre de 2014, que ascienden a un total de 3.556,05 euros, así como los que venzan con posterioridad.

"e) De los gastos de intermediación por importe de 12.000 euros IVA incluido".

5.- La procuradora D.^a Lourdes Redondo García, en representación de D. Bernardo, contestó a la demanda, solicitando se dicte resolución por la que:

"1.º.- Se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a los actores al estimarse las excepciones procesales planteadas, o en su defecto, los motivos de oposición de fondo.

"2.º.- Subsidiariamente, caso de admitirse la acción de retracto, se acceda al mismo en las mismas condiciones reflejadas en la escritura de compraventa de 15 de octubre de 2014, previo reembolso a la sociedad de gananciales formada por ambos demandados de las siguientes cantidades:

"a) Del precio real ascendente a la cantidad de 455.000 euros.

"b) De los gastos abonados por impuesto ascendentes a la cantidad de 27.300 euros.

"c) Del importe de la minuta del Notario otorgante de la compraventa por importe de 1.179,38 euros.

"d) De los gastos abonados hasta la fecha en ejecución del acuerdo de 25 de septiembre de 2014, que ascienden a un total de 3.556,05 euros, así como los que venzan con posterioridad.

"e) De los gastos de intermediación por importe de 12.000 euros IVA incluido".

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid dictó sentencia n.º 418/2016, de 8 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimo la demanda formulada por la Sra. Munar Serrano, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D. Eloy y D.^a Adelina asistidos del Letrado Sr. Benito Jiménez, seguidos contra D.^a Angelina y D. Bernardo representada por la Procuradora Sra. Redondo García y asistido del Letrado Sr. Machado Cologán absolviendo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra, con imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Eloy y D.^a Adelina. La representación de D.^a Angelina y D. Bernardo se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 85/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 234, de 21 de junio de 2017, cuyo fallo dispone:

"Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Eloy y D.^a Adelina contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 73 de Madrid en procedimiento Ordinario n.º 1276/14, revocamos dicha sentencia en el solo particular relativo a la condena en costas que contiene, y en su lugar, declaramos no haber lugar a hacer imposición expresa de las costas causadas en primera instancia, de manera que cada parte pagará las causadas a su instancia y las comunes, por mitad.

"En todo lo demás, confirmamos el fallo de la sentencia recurrida.

"No hacemos tampoco imposición de las costas causadas en esta segunda instancia".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Nuria Munar Serrano, en representación de D. Eloy y D.^a Adelina, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de los artículos 1521 y 1522 del Código Civil sobre retracto, por incorrecta aplicación de los mismos.

"Segundo.- Infracción del artículo 392 en relación con los artículos 400, 401 y 404 del Código Civil conforme a los cuales queda configurada la naturaleza de una comunidad.

"Tercero.- Infracción del artículo 7.1 del Código Civil, por inaplicación del mismo en relación con el principio de no contradicción de la propia conducta".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de octubre de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D.^a Angelina se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de febrero de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes según han sido fijados por la Audiencia.

1.- Antes de efectuarse la venta que ha dado origen a la pretensión del reconocimiento del derecho de retracto objeto del presente proceso, el edificio sito en DIRECCION000 NUM000 de Madrid pertenecía en copropiedad, y en todos los casos con carácter privativo, a diferentes propietarios, entre ellos a los demandantes, D.^a Adelina y D. Eloy (un 8,33% a cada uno), a D.^a Noelia (un 16,67 % equivalente 1/6) y a D. Bernardo (un 6,25%).

2.- Entre los copropietarios se siguió un proceso para la división de la cosa común, a instancia de D.^a Noelia contra el resto de comuneros, en el que se propusieron distintas soluciones para lograr una división del inmueble. Concluyó mediante sentencia de 22 de octubre de 2013 que, tras declarar disuelto el condominio existente entre los litigantes sobre el citado edificio, estableció como medio de salir de la situación de indivisión la venta en pública subasta del edificio. El texto del fallo de la sentencia fue el siguiente:

"Estimando la demanda formulada por el procurador... debo declarar y declaro disuelto el condominio existente entre los litigantes sobre el edificio sito en el nº NUM000 de la DIRECCION000 de Madrid, finca nº NUM004 del Registro de la Propiedad nº 28 de los de dicha capital, procediéndose como medio de división a su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio obtenido entre los condueños en proporción a sus respectivas cuotas, una vez descontados los gastos [...]".

3.- El 25 de septiembre de 2014, todos los copropietarios, a excepción de los demandantes, suscribieron un convenio, denominado "Pactos relativos a la concurrencia conjunta a la subasta pública del edificio sito en DIRECCION000 nº NUM000 de Madrid y sus efectos en caso de adjudicación", protocolizado notarialmente en la misma fecha, por el cual los citados copropietarios (que en el propio convenio afirman ostentar en su conjunto el 83,33% del pleno dominio del inmueble), acuerdan, en lo que aquí interesa: (i) solicitar de forma conjunta la ejecución de la sentencia de disolución de la comunidad mediante la interposición de la correspondiente demanda de ejecución, (ii) la participación en la subasta a través de una sola persona, elegida de común acuerdo, que pujará en nombre de todos; (iii) la puja máxima que se realizará; (iv) la contratación de servicios profesionales para la realización de los trámites necesarios que se deriven de la posible adjudicación; (v) los criterios de imputación y distribución de gastos; (vi) los porcentajes de participación en la adquisición y compensaciones, y las adjudicaciones concretas de los diferentes pisos y locales que integran el inmueble entre los participantes en el acuerdo; (vii) las obligaciones que asumen las partes para el caso de que resulten

adjudicatarios en la subasta del inmueble, incluyendo la de dividir el mismo en régimen de propiedad horizontal en el plazo de tres meses; (vii) la realización de una propuesta a los Sres. Eloy Adelina, quienes ostentan el 16,67% de la propiedad del edificio, de adjudicación de determinados pisos y compensación económica, por un plazo de diez días, como último intento de evitar la ejecución de la sentencia; (viii) determinada cláusula penal para el caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas.

4.- Precedida de un contrato de promesa de venta fechado el 14 de agosto de 2014, y de un contrato privado de compraventa de 6 de octubre del mismo año, el día 15 de octubre de 2014 se otorgó escritura pública por la que D.^a Noelia vendió a D.^a Angelina, casada en régimen de gananciales con D. Bernardo, una sexta parte indivisa de la finca, que D.^a Angelina adquiriría "para su sociedad conyugal", por precio escriturado de 400.000 €.

Asimismo se pactaba la subrogación de la compradora en las obligaciones derivadas del convenio sobre participación conjunta en la subasta en los siguientes términos:

"la presente venta implica igualmente a favor de doña Angelina la transmisión, que la acepta, de todos los derechos y obligaciones dimanantes del acuerdo de subasta conjunta, para la ejecución de la sentencia firme dictada el 22 de octubre de 2013 declarándose la división de la cosa común dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid, juicio ordinario 1936/12, otorgado ante el notario de Madrid don Javier Fernández Merino el día 25 de septiembre de 2014, que la compradora conoce [...]"

En la misma escritura, las comparecientes requirieron al notario autorizante para que notificara por correo certificado copia íntegra de la escritura a los propietarios de la finca "a los efectos del ejercicio del derecho de retracto que la ley les reconoce, así como en lo referente a la subrogación que tiene lugar con la presente de doña Angelina quién adquiere todos los derechos y obligaciones que correspondían a doña Noelia en virtud del meritado pacto de subasta conjunta otorgado ante el notario de Madrid don Javier Fernández Merino el día 25 de septiembre de 2014".

5.- El auto de 11 de diciembre de 2014 del Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid, conforme a lo solicitado por D. Porfirio y otros seis copropietarios, ordenó la ejecución de la sentencia antes citada 197/2013 del mismo Juzgado, del siguiente modo:

"Dictar orden general de ejecución del título indicado a favor de la ejecutante, Bernardo y otros 6, contra Adelina y Eloy parte ejecutada. Procédase como medio de división a la venta en pública subasta el edificio sito en el nº NUM000 de la c/ DIRECCION000, finca nº NUM004 del Registro de la Propiedad nº 28 de los de Madrid, con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio obtenido entre los condueños en proporción a sus cuotas, tras descontarse los gastos".

Notificada la escritura, los dos hermanos demandantes comunicaron a la compradora su intención y voluntad de ejercitar el retracto.

6.- Los citados demandantes Sres. Eloy Adelina interpusieron una demanda de juicio ordinario contra D.^a Angelina, en la que solicitaban se dictara sentencia que declarara que los actores tienen derecho de retracto a su favor, y a prorrata de sus respectivas cuotas indivisas, sobre la sexta parte de la finca objeto de la compraventa efectuada a favor de la demandada y condenara a ésta a otorgar a favor de los actores/retrayentes escritura pública de compraventa en ejercicio del derecho de retracto y en las mismas condiciones en que fue transmitida, con reembolso del precio pagado y de los gastos legítimos.

7.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que faltaba el requisito exigido para el reconocimiento del derecho de retracto de comuneros del art. 1.522 del Código civil, consistente que se realice la venta de la cuota de uno de los copropietarios a un "extraño", pues la compradora Sra. Angelina es esposa del Sr. Bernardo, habiendo adquirido para su sociedad de gananciales, siendo así que este último ya era propietario de una participación indivisa de un 6,25% sobre el inmueble. Al acoger dicha alegación de la demandada consideró innecesario entrar en el examen de las restantes alegaciones de las partes.

8.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes Sres. Adelina, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación y revocó la sentencia del juzgado en lo relativo a la condena en costas. En su lugar declaró no haber lugar a la imposición expresa de la costas en primera instancia y confirmó en todo lo demás el fallo de la sentencia recurrida. Las razones aducidas por la Audiencia para dicha confirmación fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la acción de retracto se entiende ejercitada en plazo, y no caducada como alegaba la recurrida, pues si bien la ampliación de la demanda respecto del marido de la Sra. Angelina se produjo fuera del plazo de nueve días previsto en el art. 1.524 CC, lo determinante a estos efectos es que la declaración de voluntad de querer ejercitar el retracto se realizó dentro de dicho plazo; (ii) en cuanto a los presupuestos jurídico-materiales para reconocer la existencia del retracto: a) si bien considera que al introducirse en la comunidad por la vía de la compraventa de la cuota indivisa transmitida una persona que

no formaba parte previamente de la comunidad (Sra. Angelina), se cumple la exigencia de que la venta se realice a un "extraño", aun cuando esté casada en régimen de gananciales con uno de los comuneros (que era titular de una cuota a título privativo); b) sin embargo no concurre la otra exigencia legal de la preexistencia de una comunidad de bienes no extinguida, pues la comunidad que había existido fue declarada extinguida y disuelta por sentencia judicial firme anterior a la venta.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación de los motivos primero y segundo.*

1.- Los motivos primero y segundo del recurso de casación son:

"Primero.- Infracción de los artículos 1521 y 1522 del Código Civil sobre retracto, por incorrecta aplicación de los mismos.

"Segundo.-Infracción del artículo 392 en relación con los artículos 400, 401 y 404 del Código Civil conforme a los cuales queda configurada la naturaleza de una comunidad.

2. En su desarrollo se aduce lo siguiente:

(i) En cuanto al primer motivo la infracción de los preceptos que se citan como vulnerados se produce porque en el fundamento de derecho octavo la sentencia, al analizar la incidencia que en el retracto de comuneros tiene una previa sentencia firme que acuerda la disolución de la comunidad, concluye que no es aplicable el derecho de retracto de comuneros por razón de la citada sentencia, pero lo cierto es que ni los preceptos citados como infringidos ni ley alguna permiten, a juicio de la recurrente, distinguir esa supuesta y distinta naturaleza de una comunidad antes y después de una sentencia declarando la disolución de la comunidad antes de que se lleve a efecto la subasta, a los efectos del ejercicio del derecho de retracto, sino que en todo caso mientras exista una situación de comunidad existe el derecho de retracto de comunero porque los preceptos que regulan este derecho no hacen distinción alguna y el retracto conserva su pleno sentido y finalidad en ambas situaciones.

(ii) En cuanto al segundo motivo, alega que la sentencia judicial que declara la disolución del condominio no provoca una mutación de la naturaleza jurídica de la comunidad antes de que se produzca la efectiva extinción de la misma por la división material del bien o su división económica mediante su venta a un tercero y la posterior distribución del precio obtenido entre los copropietarios, subsistiendo la comunidad hasta dicho momento.

Dada la evidente relación argumental existente entre los motivos primero y segundo se resolverán conjuntamente.

TERCERO.- *Decisión de la Sala sobre los motivos primero y segundo del recurso. Ejercicio del retracto de comuneros respecto de la venta del derecho de un copropietario posterior a la disolución judicial de la comunidad y anterior a su efectiva extinción mediante venta en subasta de la finca en copropiedad. Desestimación.*

El recurso ha de ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

1.- *La ratio iuris del art. 1.522 del Código civil .*

Se ha ejercitado en el presente caso la acción de retracto de comuneros prevista en el art. 1.522 del Código civil (CC). Este precepto dispone en su primer párrafo:

"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".

En el segundo párrafo añade una previsión a la que los demandantes se pretenden acoger para retraer proporcionalmente a su participación la cuota indivisa del condominio transmitida:

"Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común".

En esencia cabe caracterizar el retracto de comuneros como un derecho real limitado (*ius in re aliena*) de adquisición preferente que se otorga a los copropietarios de una cosa en común cuando se enajena a extraños la cuota de alguno o de los demás condueños.

Se trata de un retracto legal, por tener su origen directamente en la ley, que atribuye "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", como señala el art. 1.521 CC. El art. 1.506 CC lo considera una causa de resolución de la compraventa, al disponer que "la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones [...] por el retracto convencional o por el legal".

Su finalidad, partiendo del disfavor con que el Código civil considera las situaciones de copropiedad ordinaria común (distinto es el caso de ciertas propiedades especiales como la propiedad horizontal), radica en evitar

el excesivo fraccionamiento de la propiedad, como ya señaló la sentencia núm. 1143/2007, de 22 octubre, con remisión a las de 24 de enero de 1986 y 28 de diciembre de 1963:

"el derecho de retracto regulado en el artículo 1.522 del Código civil, de antigua raigambre en nuestra legislación - Partida 5ª, título 5º, Ley 55 y Ley 75 de Toro -, tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños".

En definitiva, como dijimos en las sentencias citadas, la función económico-social que en las situaciones de comunidad cumple el retracto es la de "disminuir el número de partícipes y aun eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva".

Más recientemente, hemos ratificado esta interpretación teleológica del art. 1.522 CC en la sentencia núm. 217/2016, de 6 de abril, e insistido en que su finalidad:

"facilitar 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".

El retracto de comuneros facilita el cumplimiento de esta finalidad al permitir reducir el número de partícipes de la comunidad, evitando que la salida de uno de los partícipes por la venta de su cuota indivisa se sustituya por la entrada de un nuevo partícipe extraño a la comunidad.

Se trata de la misma *ratio iuris* (facilitar la terminación de situaciones de comunidad), considerada de interés público, a la que responden otras normas como las de no obligar a ningún copropietario a permanecer en la indivisión ex art. 400, párrafo primero, CC, a cuyo servicio se pone la *actio communi dividundo*, considerada imprescriptible, según se desprende del mismo precepto: "Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común". Únicamente se exceptúan de esta regla los casos en que haya mediado un pacto de conservar la cosa indivisa, pero aun en este caso esta excepción se encuentra limitada por la exigencia impuesta en el párrafo segundo del mismo artículo de que el pacto tenga una vigencia temporal limitada que no podrá exceder de diez años.

2.- La ausencia de obligación de los copropietarios de permanencia en la comunidad. La *actio communi dividundo*.

Esta ausencia de obligación o vinculación jurídica de permanecer en la comunidad (el comunero por el simple hecho de serlo no está obligado a continuar siéndolo), se explica porque la comunidad surge de la mera cotitularidad y no de pacto alguno (art. 1.089 CC), y la ley lejos de imponer su mantenimiento facilita su extinción, lo que tiene su expresión no sólo en la citada acción de división, sino también en la facultad de cada condueño de transmitir su parte (art. 399 CC) y en la facultad de la renuncia liberatoria (art. 395 CC).

En el presente caso se da la doble circunstancia de que, por un lado, se ha ejercitado judicialmente la acción de división y, por otro, se ha ejercitado también por una de las comuneras la facultad de enajenar su parte en la comunidad, generando esto último la pretensión objeto de este pleito.

Ahora bien, precisamente la concurrencia en un mismo supuesto de hecho de la disolución judicial de la comunidad y la enajenación de la participación de una de los copropietarios hace que la finalidad pretendida con el retracto de comuneros respecto de dicha participación se solape con la propia finalidad, intrínseca y directa, de la acción de división, bien mediante la adjudicación de todas las participaciones a uno solo de los comuneros, bien por su transmisión a un tercero, bien permitiendo la división económica mediante la distribución del precio obtenido entre todos los comuneros en proporción a su participación, o bien mediante la división física de la finca con adjudicación del dominio pleno sobre las porciones materiales o partes divisas resultantes a cada uno de los copropietarios (arts. 406, 1060 y 1.061 CC).

Por ello en un supuesto como el presente, cumplida la aludida finalidad extintiva del condominio de forma más amplia por la acción de división, que supone la supresión íntegra de la comunidad, carece de funcionalidad económico-social el retracto de comuneros, que tan sólo da lugar a una reducción del número de los comuneros, lo que hace que decaiga la justificación legal del sacrificio que para el derecho de propiedad y para la libertad de contratación supone el derecho de retracto, en perjuicio del comprador, para quien el retracto se traduce en una causa de pérdida de la propiedad adquirida, y en perjuicio también del vendedor a quien se restringe mediante el retracto su facultad dispositiva, *ius disponendi* que ordinariamente incluye la elección de la persona a quien quiere vender su propiedad.

3.- El retracto de comuneros como limitación legal de la propiedad. Interpretación restrictiva.

Esta misma esterilidad funcional del retracto en una situación como la descrita, al concurrir con una acción de división que provoca no una reducción de la pluralidad subjetiva de la comunidad sino su extinción total, hace que deba invocarse la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación restrictiva de los retractos de comuneros como limitaciones legales del dominio.

Como afirmó la Sentencia de 2 de abril de 1985, con cita de otras muchas anteriores:

"la institución del tanteo y del retracto, como "limitación a la propiedad", debe ser interpretada de forma restrictiva, al entender que "la conclusión lograda, se inscribe en una línea jurisprudencial que, con algunas vacilaciones (significadas por las sentencias de 9 de marzo de 1893 que admitió el retracto en caso de cesión del suelo para plantar viñas y de 11 de junio de 1902 en el de censo reservativo), reputa los derechos de tanteo y retracto legales limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo - sentencia de 17 de diciembre de 1955 -; cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo: sentencias de 9 y 13 de julio de 1903, 17 de mayo de 1907, 12 de octubre de 1912, 9 de enero de 1913, 7 de julio de 1915, 1 de febrero de 192, 5 de junio de 1929, 17 de febrero de 1954, 9 de julio de 1958, 11 y 12 de febrero, 3 de julio y 7 de noviembre de 1959 y otras muchas".

La RDGRN de 25 de julio de 2019 se hace eco de esta misma jurisprudencia:

"Los tanteos y retractos legales, como ha señalado la doctrina científica, son limitativos del derecho de dominio en tanto condicionan la facultad de libre disposición del titular dominical de la cosa, pues si bien mantiene la libertad de enajenarla o no y de fijar las condiciones concretas de la transmisión, tal facultad se ve restringida en cuanto a la determinación de la persona del adquirente por la exigencia de enajenarla precisamente al titular del derecho de retracto, quien ostenta una preferencia legal frente a terceros adquirentes. Por ello los tanteos y retractos legales son derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social, existiendo desde antiguo una jurisprudencia que se inclina a favor de su interpretación restrictiva (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre 1921, 9 de julio de 1958 y 3 de julio de 1959) [...], y en todo caso sometidos a unos estrictos requisitos no solo sustantivos sino también de ejercicio procesal, tanto en cuanto al plazo (cfr. artículo 1524 del Código Civil) como al procedimiento (artículo 266.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

"Su fundamento se encuentra en que contribuyen a que el derecho de propiedad sea configurado de conformidad con la función económico-social de los bienes afectados, [...] fundamento que justifica el sacrificio que se impone al propietario a través de la limitación a la facultad de disponer, en los términos indicados, y las paralelas limitaciones que se proyectan en consecuencia sobre la agilidad y seguridad del tráfico, que a su vez son valores tutelados por el ordenamiento jurídico (cfr. artículos 9 y 32 de la Constitución), lo que recíprocamente justifica que el ejercicio de los derechos de tanteo y retractos legales se acomoden de forma rigurosa a los requisitos y presupuestos legales que los amparan y legitiman".

Por ello, en caso de que no concurren tales presupuestos y requisitos la propiedad afectada se libera de la constricción que tales derechos de adquisición preferente representan. Esto es lo que ocurre en el supuesto de la presente litis en el que, además de no concurrir la causa justificativa del sacrificio que supone el retracto a la propiedad y a la libertad de contratación al quedar absorbida y superada por la eficacia extintiva de la comunidad derivada de la acción de división ejercitada, tampoco concurren los presupuestos jurídico-materiales que exige el art. 1.522 CC, pues, como vamos a ver, ni todas las estipulaciones y obligaciones pactadas en el contrato de compraventa, por su carácter no fungible, permiten la subrogación de los pretendidos retrayentes en el lugar de la compradora, ni la citada comunidad, una vez disuelta judicialmente y sobre la que existen acuerdos de subasta relativos a la forma de llevar a efecto la sentencia de disolución, puede entenderse que corresponda, aún antes de la realización de la subasta pública de la finca, a la tipología del supuesto de hecho del art. 1.522, en cuanto a la preexistencia a la venta de la cuota de una "copropiedad de una cosa común".

4.- Naturaleza no fungible de parte de las obligaciones asumidas por la compradora. Insusceptibilidad de subrogación en las mismas de los retrayentes.

El art. 1.522 CC concede el derecho de retracto de comuneros al copropietario de una cosa común "en caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos". Los presupuestos de ejercicio de este derecho son pues, además de su ejercicio tempestivo (art. 1.524 CC), de dos tipos: subjetivos y objetivos. Subjetivamente (i) del lado del retrayente, se atribuye a un "copropietario de una cosa común" - requisito que en el presente caso no plantea cuestión alguna -; y (ii) del lado del comprador, se requiere que se

trate de un "extraño", cuestión que en este caso fue debatida en las instancias al ser la compradora la esposa, casada en régimen de gananciales, de otro de los copropietarios, cuestión ya resuelta, conforme a los antiguos precedentes jurisprudenciales (sentencias de 11 de junio de 1951 y 17 de mayo de 1958) en sentido positivo.

Objetivamente los presupuestos necesarios se refieren a tres cuestiones: (i) naturaleza del derecho en régimen de cotitularidad (en este caso al tratarse del pleno dominio tampoco este extremo ofrece duda); (ii) que preexista a la venta una auténtica comunidad de bienes (trataremos este tema después); y (iii) que la enajenación sea a título oneroso en que la contraprestación, por su naturaleza, permita la subrogación del retrayente en el lugar del comprador.

Este último requisito si bien se cumple comúnmente en el caso de la compraventa, en que la contraprestación esencial del comprador es el precio en dinero - art. 1.445 CC - (también ordinariamente en los casos de dación en pago), no concurre siempre en todo tipo de compraventas, especialmente cuando el comprador no se obliga sólo a pagar el precio sino también a otras obligaciones de dar (art. 1.446 CC), o de hacer o no hacer.

El término "enajenación" que emplea el art. 1.522 CC debe ser interpretado a la luz de la consideración de la adquisición *ex retractu* como una adquisición onerosa *ex lege* a favor del retrayente que toma por modelo con el que se mimetiza otro contrato anterior (el retrayente, conforme al art. 1.521 CC se subroga en "las mismas condiciones estipuladas en el contrato" antecedente), y por ello se cumple con este requisito sin dificultad en todo caso de enajenación onerosa cuya contraprestación sea fungible y no personalísima, pero no en caso contrario.

Esto es lo que justifica, junto con la antes aludida interpretación restrictiva propia de la materia, que la jurisprudencia, en línea con los criterios mayoritarios de la doctrina, haya excluido el retracto de comuneros en todos aquellos contratos traslativos (arts. 609 y 1.095 CC) en que las prestaciones y obligaciones del comprador no sean íntegramente susceptibles de subrogación o novación subjetiva en la persona del retrayente. La sentencia de esta Sala núm. 1143/2007, de 22 de octubre, compendia los supuestos y tipologías negociales en que se había aplicado este criterio:

"[...] y de ahí que las de 16 y 23 de mayo de 1960 hayan negado la posibilidad del retracto en supuesto de permuta, la de 12 de junio de 1964 en el de aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución y, más próximamente al caso de autos, la ya citada de 9 de diciembre de 1964, en el de renta vitalicia, razonando al respecto y luego de insistir en el criterio limitativo que preside la materia y que obliga a rechazar "todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas", que la renta vitalicia no autoriza el retracto pues su "naturaleza, no es precisamente la de compraventa ni la de dación en pago ya que están diferenciadas en que los (contratos) aleatorios entre los que se incluyen los de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia ésta que no concurren en los segundos, que como conmutativos que son, queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración".

Pues bien, a este elenco de supuestos de exclusión hemos de añadir el caso objeto del presente pleito. Como se dijo en los antecedentes de hecho de esta resolución, en la escritura pública de compraventa que ha dado lugar a la acción del retracto, se pactó la subrogación de la compradora en las obligaciones derivadas del convenio sobre participación conjunta para la ejecución de la sentencia firme dictada el 22 de octubre de 2013, de disolución de la comunidad, protocolizado en acta notarial el día 25 de septiembre de 2014. En dichos acuerdos se pactaba entre los copropietarios aquí demandados una serie de obligaciones, de las que todos los contratantes eran sujetos activos y pasivos, que incluían, entre otros extremos: (i) solicitar de forma conjunta la ejecución de la sentencia de disolución de la comunidad mediante la interposición de la correspondiente demanda de ejecución; (ii) la participación en la subasta a través de una sola persona, elegida de común acuerdo, que pujaría en nombre de todos; (iii) la puja máxima que se realizaría; (iv) los criterios de imputación y distribución de gastos; (v) la división del edificio, en caso de resultar adjudicatarios, en régimen de propiedad horizontal en determinada forma; (vi) las adjudicaciones concretas de los diferentes pisos y locales que integran el inmueble entre los participantes en el acuerdo; etc.

La transmisión de la cuota de participación en la copropiedad se hizo incluyendo la condición de la subrogación de la compradora en las obligaciones que para la vendedora suponía dicho convenio (cuyo incumplimiento, además, se sanciona a través de determinada cláusula penal), obligaciones en las difícilmente podrían subrogarse los retrayentes que no participaron en dicho acuerdo precisamente por la existencia de disensos entre los mismos (demandantes) y el resto de los copropietarios (demandados). En el mismo convenio se incluyó la previsión de la realización de una propuesta a los Sres. Adelina Eloy, como titulares del 16,67% de la propiedad del edificio, para la adjudicación a su favor de determinados pisos, junto con determinada compensación económica, como último intento de evitar la ejecución de la sentencia. Resulta

evidente que en tales circunstancias aquél convenio de participación conjunta en la subasta y criterios para la división jurídica del edificio (mediante su constitución en régimen de división horizontal) y disolución del nuevo condominio existente sobre el edificio mediante adjudicaciones concretas de los elementos privativos resultantes de tal división están teñidos de un carácter *intuitu personae* que los hace incompatibles con la posibilidad de la subrogación en la posición contractual de la compradora en que el retracto consiste.

5.- La transformación de la copropiedad en cosa común derivada de la sentencia firme declarando su disolución y ordenando su venta en pública subasta. La eficacia de las sentencias constitutivas y de los pactos de división de la cosa común.

Tanto la sentencia judicial firme declarando la disolución de la comunidad como los pactos sobre la forma de llevar a cabo la división de la cosa común (en los términos antes reseñados) provocan una alteración o mutación jurídica de la copropiedad, en ambos casos en el sentido de imposibilitar el éxito de la acción del retracto.

5.1. Los citados pactos de división pueden consistir en establecer que, en todo caso, la cosa se dividirá materialmente en la forma acordada o en que la cosa se venderá o adjudicará a uno de los comuneros a pesar de ser divisible. No existen razones para oponerse a la admisibilidad de estos pactos.

La RDGRN de 1 de abril de 1981 admitió no sólo su validez civil sino también su inscribibilidad registral al entender que provocan "una mutación-jurídico real inmobiliaria al modalizar el alcance de la cuota y excluir los procedimientos de disolución de comunidad, a excepción del pactado, todo lo cual trae como consecuencia que el titular del derecho pueda exigir *erga omnes* que se le adjudique precisamente esa determinada porción de finca y que este derecho sea exigible en perjuicio de tercero".

En el caso de la presente litis, aun no practicada la inscripción del convenio, lo que le priva de eficacia *erga omnes*, y reducido a su dimensión meramente obligacional, lo que podría hacer decaer su eficacia en presencia de terceros inscritos, *inter partes* tiene la virtualidad de obligar a quienes lo suscribieron y en tal sentido "modaliza el alcance de la cuota", como afirma la citada Resolución, impidiendo - en ausencia de intención fraudulenta, que aquí no consta - la subrogación forzosa de un tercero en la posición del comprador por la infungibilidad de la prestación consistente en la obligación del acatamiento de los citados pactos, en los términos antes señalados.

5.2. Finalmente debemos subrayar la eficacia propia de las sentencias judiciales constitutivas. Como se dijo en los antecedentes de hecho de esta sentencia, entre los copropietarios del edificio litigioso se siguió un proceso judicial para la división de la cosa común que concluyó mediante sentencia firme de 22 de octubre de 2013, en la que, tras declararse disuelto el condominio existente entre los litigantes sobre el citado edificio, se fijaba como medio de salir de la situación de indivisión la venta en pública subasta del edificio. Esta sentencia, conforme a la naturaleza de la acción ejercitada, tiene carácter constitutivo y, en consecuencia, la eficacia propia de las mismas. Las sentencias constitutivas, como ha destacado desde antiguo y hasta el presente la doctrina procesalista, sin proceder a la condena de una parte, no se limitan tampoco a declarar la existencia de una situación jurídica anterior en los términos en que preexistiera en la realidad extraprocesal, sino que crean, modifican o extinguen la situación jurídica misma a que se refieren, previo el juicio lógico de conformidad de la pretensión con el derecho objetivo en que consiste su fundamentación. Se trata del nacimiento de una situación jurídica nueva que no preexistía a la propia sentencia, una vez firme, sino que se genera por el *imperium* propio de la sentencia.

Ello implica que, una vez producida la declaración judicial firme de disolución de la comunidad, esta ya no subsiste en los términos en que la contempla el art. 400 CC y, a que se refiere el art. 1.525 CC, y por tanto no cabe ya una acción basada en el presupuesto de su concurrencia que dé lugar a una adquisición forzosa *ex retractu*, cuya justificación (causa lícita de la privación del dominio al comprador) es la reducción subjetiva del número de partícipes en una comunidad que, en rigor, si no ha dejado de existir plenamente, ha pasado a un estado de liquidación e interinidad hasta la ejecución de la orden de subastar su objeto.

Sea esta subasta una modalidad de ejecución impropia (art. 521.1 y 2 LEC), o se entienda la orden de llevar a cabo la subasta contenida en la sentencia de disolución como un mandato complementario dirigido al cumplimiento y eficacia de la sentencia (art. 522.2 LEC), el carácter vicario de esta actuación ejecutiva respecto del pronunciamiento constitutivo de disolución de la comunidad, no puede impedir que se reconozca la alteración o mutación jurídica de la comunidad, que deviene en una situación *in fieri* o transitoria, incompatible ya con el posible ejercicio de una acción de retracto en caso de venta de una cuota de copropiedad (posible por no implicar la sentencia de disolución una prohibición de enajenar en el medio tiempo hasta la subasta) que está en situación de pendencia de ser transformada en una cuota de liquidación sobre la parte del precio que corresponda en la venta pública, o en un derecho de pleno dominio sobre el elemento privativo que, en caso de adjudicación del edificio en la subasta y su previa división horizontal (en los términos pactados en el

convenio de 25 de septiembre de 2014), le corresponda a cada partícipe en la comunidad (y respecto de la cuota vendida, al comprador que le sustituye en la titularidad de dichos derechos).

CUARTO.- *Motivo tercero del recurso de casación. Formulación y decisión de la sala. Desestimación.*

El motivo tercero del recurso de casación fue:

"Tercero.- Infracción del artículo 7.1 del Código Civil, por inaplicación del mismo en relación con el principio de no contradicción de la propia conducta".

Este tercer motivo incurre en causa de inadmisión pues, como señala la recurrida, carece de interés casacional al no oponerse la resolución recurrida a doctrina jurisprudencial alguna, ni existir jurisprudencia contradictoria, tratándose de una norma (art. 7 CC) que lleva más de cinco años en vigor. Además carece manifiestamente de fundamento por falta de respeto a la valoración probatoria efectuada por la sentencia recurrida y por no afectar la cuestión que se plantea a la *ratio decidendi* de la resolución recurrida.

La causa de inadmisión de este último se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

QUINTO.- *Costas y depósito*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Eloy y D.ª Adelina contra la sentencia n.º 234, de 21 de junio de 2017, dictada por la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 85/2017.

2.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.