

La concurrencia de los retractos de comuneros, colindantes y colonos

(Coordinación de los artículos 1.524 del Código civil y 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos)

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Planteamiento del problema.—3. Teoría que distingue un doble orden de prelación, según se aplique el Código civil o la legislación arrendaticia.—4. Autores que propugnan una ley o disposición aclaratoria.—5. El método de las «alternativas»: enumeración de posibles soluciones.—6. La solución que consiste en rechazar el retracto de colindantes en caso de venta de cuota indivisa: su crítica. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.—7. La solución que consiste en distinguir el puesto jerárquico del colindante retrayente de finca y el retrayente de cuota indivisa. Su crítica.—8. Hipótesis que parten de señalar un aspecto de imposible vigencia en la legislación arrendaticia: variantes y examen crítico.—9. La solución que consiste en entender rectificado el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil por el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos al distinguir entre comuneros según su antigüedad: ventajas de esta solución.—10. Conclusión.

1. INTRODUCCION

El tema de la preferencia entre retrayentes ofrece interés, no sólo para resolver los problemas concretos que puedan presentarse en la práctica, sino también porque, a través de él, se pone a prueba la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico. Como dicha preferencia ha sido regulada fragmentariamente, contemplándose algunos casos en el Código civil y otros en las leyes especiales, puede producirse un conflicto, no ya entre artículos de un mismo Cuerpo legal, sino entre dos normativas diferentes, dentro de un mismo ordenamiento.

De entre los numerosos supuestos de concurrencia de retrayentes en

que se produce un conflicto entre el Código y las leyes especiales (1), sólo nos vamos a ocupar aquí del problema que plantea la concurrencia de comuneros, colindantes y colonos, examinando la relación que existe entre el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil y el número 5.º del artículo 16 de la ley de Arrendamientos Rústicos.

Por exigencias de interpretación sistemática, hay que llegar a una solución coordinadora de ambos textos legales (2). Pero lo primero de todo es plantear el problema.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil dice que «el retracto de comuneros excluye el de colindantes». De aquí se desprende que, según el Código, el retracto de comuneros es preferente al de colindantes, cualquiera que sea el tiempo que el comunero lleve en el condominio, ya que no distingue tal extremo, y, en principio, donde la ley no distingue, no se debe distinguir.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos, de 15 de marzo de 1935, completado por la Ley de 16 de julio de 1949 y actualmente recogido en el Reglamento aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959 (3), dice así en su apartado 5.º:

(1) Otros problemas de concurrencia de retractos son: el de la relación del retracto enfiteútico con los arrendaticios y de comuneros (relación de los artículos 1.642 y 1.522 del Código con los arts. 40 y 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y con el 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos); el problema de la relación del retracto de colindantes del Código civil con el de la legislación de Unidades Mínimas de Cultivo (hoy recogido en el Decreto-Ley de 12 de enero de 1973); el de la concurrencia de comuneros de más de tres años de antigüedad en el condominio con otros de menor antigüedad, sin que existan otros retrayentes, planteándose en tal caso si se debe distribuir lo retraído «a prorrata» (párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código) o si son preferentes los comuneros de más de tres años de antigüedad sobre los de inferior antigüedad (en el supuesto de estimar que el núm. 5.º del art. 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos señala tal preferencia), etc. En el presente trabajo nos ceñiremos al estudio del conflicto que se expone en el texto, sin perjuicio de aludir al final al supuesto de concurrencia entre comuneros, últimamente mencionado.

(2) Dice FEDERICO DE CASTRO, al tratar de la concordancia de las leyes, que «el elemento sistemático, cuyo alcance no se ha exagerado, excepto por la teoría positivista dogmática, sirve para recordar que el Derecho forma un todo, y que para conocer el significado de una disposición hay que valorarla en la totalidad del ordenamiento jurídico. Ninguna ley puede existir ni puede comprenderse aislada; cada nueva regla repercute, en mayor o menor grado, sobre las demás; pero ella, a su vez, no podrá ser entendida sin que se conozca el modo y la forma en que encaja dentro del Derecho ya existente» (*Derecho Civil de España*, Parte General, 3.ª edición, 1955, pág. 527).

(3) Sabido es que no se trata simplemente de un Reglamento que desarrolle o complete una ley, sino de un verdadero texto refundido de disposiciones legales.

«El retracto regulado por este artículo (se refiere al de arrendatario o colono) será preferente a los demás retractos establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, con excepción del de comuneros, en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años y del de colindante en todo caso. El retracto gentilicio, donde se rija por precepto foral, será también preferente al regulado por este artículo. Sin embargo, cuando el retracto se ejercitare por colono que lo fuere a virtud de arrendamiento protegido, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho el correspondiente a los comuneros en quienes concurriese la circunstancia de tiempo antes expresada y el gentilicio donde rija por precepto foral.»

Dejando aparte el retracto gentilicio, que no nos interesa en este estudio por no afectar al problema que estamos examinando, hay que observar que la legislación arrendaticia distingue, según que el arrendatario sea o no de los que tienen la consideración de «protegidos».

En caso de arrendatario protegido, el retracto de éste se coloca, en el orden de prelación, por debajo del de comunero de más de tres años de antigüedad, pero por encima del de comunero de tres o menos años de antigüedad y del de colindantes. Pero como la ley de arrendamientos no se muestra aquí explícita en lo referente a la prelación que pueda existir entre colindantes y comuneros de tres o menos años de antigüedad, no tiene ocasión de salir a la luz del conflicto latente entre la ley de arrendamientos y el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil (4).

En cambio, en el supuesto de arrendamiento no protegido u ordinario (5), la ley deja ver el conflicto de disposiciones legales: el retracto

Por ello, en cuanto recoge leyes, tiene el rango normativo de las mismas, y en ese aspecto tiene igual jerarquía que el Código civil. Para confirmar este carácter del Reglamento basta leer su preámbulo, en el que se dice: «... resulta lo más conveniente formular un Reglamento comprensivo de toda la legislación en vigor, siguiendo el precedente de otros reglamentos que no se limitan a completar la Ley con preceptos complementarios para la aplicación de aquella a que se refieren, sino que transcriben en su contenido las propias normas de la Ley que reglamentan».

(4) No obstante, según se dice al final de este trabajo, el problema de la prelación entre comuneros y colindantes ha de recibir la misma solución prescindiendo del arrendatario y, por tanto, sin distinguir tampoco si éste es o no protegido.

(5) Hay que reconocer que en la práctica será menos frecuente este supuesto de concurrencia de colindantes y arrendatario no protegido en el ejercicio del retracto, pues aquél se concede respecto a las fincas que no excedan de una hectárea, en las que lo normal es que el arrendatario sea de los «protegidos», dada la menor superficie de la finca, que repercutirá en su renta. No obstante, cabe perfectamente tal concurrencia, no sólo porque tratándose de fincas de buena calidad (de regadío, por ejemplo) o de extensión próxima a una hectárea, es probable que la renta sea superior a 40 quintales métricos, sino porque aun siendo de renta inferior, el arrendatario puede no ser de los protegidos, ya por no ser

del colono se coloca por debajo del de comunero de más de tres años de antigüedad en el condominio. Con esta peculiar regulación, queda al descubierto una antinomia entre lo dispuesto en el Código civil y en la ley especial, pues el Código sitúa al comunero (sin distinción) por encima del colindante, y, en cambio, la ley especial coloca al arrendatario entre el colindante (que está por encima de él) y el comunero de tres o menos años de antigüedad (que está por debajo del mismo).

Este es el problema que plantea la relación entre el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código y el número 5.º del artículo 16 de la legislación especial arrendaticia. Es decir, se trata de saber si hay que atenerse al artículo 1.524 del Código o a la ley especial, o si puede resolverse la cuestión coordinando de algún modo ambas disposiciones. Veamos cómo resuelven el problema los autores.

3. TEORIA QUE DISTINGUE UN DOBLE ORDEN DE PRELACION, SEGUN SE APLIQUE EL CODIGO CIVIL O LA LEGISLACION ARRENDATICIA

Son autores que patrocinan esta distinción ESPÍN y PUIG PEÑA (6). Ambos distinguen dos órdenes diferentes de jerarquía entre retrayentes: por un lado, el que resulta del Código civil, y, por otro, el regulado por la legislación especial arrendaticia.

ESPÍN, después de exponer la preferencia del retracto de comuneros sobre el de colindantes en el Código civil, dice lo siguiente: «Fuera del Código civil, las citadas leyes arrendaticias establecen el siguiente orden de prelación de retractos, en el caso de que sean de aplicación dichas leyes, por existir arriendos sometidos a las mismas. Si existe *un arrendamiento rústico*, el orden de prelación se basa en la preferencia del retracto rústico sobre los demás retractos establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, salvo algunas excepciones, que son preferentes al rústico» (7).

PUIG PEÑA, al exponer los «conflictos debidos a la concurrencia de retrayentes», dice que «en los casos de retractos legales hay que distin-

cultivador directo y personal, ya por tratarse de arrendamiento pecuario. Pero, en cualquier caso, el estudio de esta concurrencia de retrayentes interesa mucho porque, como hemos dicho, plantea un importante problema de interpretación sistemática de textos legales, que repercute con carácter general en el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil.

(6) Otros autores, como ESCRIBANO RUIPÉREZ y PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, a pesar de que muestran algunos indicios de esta tesis, deben ser incluidos entre los autores que propugnan una ley o disposición aclaratoria, según veremos después.

(7) *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, pág. 526, año 1968.

guir según que rija o no la ley de Arrendamientos rústicos. Cuando no rige la Ley de Arrendamientos rústicos, el sistema de prelación es el siguiente: ... b) El retracto de comuneros excluye siempre al de colindantes. Esta preeminencia ya hemos dicho que se estatuye específicamente en el artículo 1.524; ... Cuando rige la Ley de Arrendamientos Rústicos, el sistema de prelación es distinto. La legislación de arrendamientos rústicos de 1935 estableció un orden distinto de preferencia al que hemos anteriormente apuntado. Con arreglo a la misma cabe establecer la prelación siguiente:

- a) Comuneros con más de tres años en la comunidad.
- b) Colindantes a la finca retraída en los términos del Código civil.
- c) Retracto gentilicio en aquellos territorios donde rige por precepto de Derecho foral.
- d) Retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos establecido a favor del arrendatario.
- e) Retracto enfiteútico (8).

Como se observará, estos autores responden a la misma idea de distinguir dos órdenes de prelación. Lo que no queda del todo claro es cuál es para ellos el criterio determinante de la aplicación de la legislación arrendaticia. Porque cabe plantear si basta *un criterio meramente estático de existencia de arrendamiento rústico sometido a la ley especial*, para aplicar el orden de prelación de retractos que resulta de la misma, o si es necesario atender, además, al *criterio dinámico de que el arrendatario ejerce el retracto* en concurrencia con otros retrayentes. Y es que puede suceder que en la finca exista un arrendatario, pero que *no ejerce* el retracto, y en tal caso, si se atiende al criterio estático apuntado, bastaría la mera existencia de arrendatario para aplicar el orden de prelación de la ley especial, en relación con los demás retractos que concurren. En cambio, si se atiende al criterio dinámico de ejercicio efectivo del retracto por el colono, en el caso señalado habría que aplicar el orden de prelación del artículo 1.524 del Código, al no haber concurrido en el ejercicio del retracto el colono, sino sólo los comuneros y colindantes.

Como los dos autores citados exponen su opinión en una obra general, resulta aventurado tratar de encasillar a uno u otro en los criterios mencionados. Fijándonos sólo en la forma de expresión, da la sensación como si ESPÍN atendiera únicamente al criterio estático de existencia de arrendatario, pues dice que «las leyes arrendaticias establecen el siguiente orden de prelación de retractos, *en el caso de que sean de apli-*

(8) *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, vol. I, pág. 622, año 1972.

cación dichas leyes por existir arriendos sometidos a las mismas.» En cuanto a PUIG PEÑA, no emplea ninguna expresión que permita deducir, siquiera indiciariamente, su criterio, pues se limita a señalar la distinción «según que rija o no la ley de Arrendamientos Rústicos». Y no se sabe si quiere referirse a que rija la citada ley *por existir simplemente* un arrendamiento rústico en la finca o a que rija en concreto el artículo 16 de la misma *por ejercitar el retracto el colono* en concurrencia con otros retrayentes.

Ahora bien, no ofrece ninguna duda en este aspecto la exposición de la orientación común de la doctrina que hace Albaladejo, pues señala los dos criterios de existencia de arrendatario y de ejercicio de retracto por el mismo, en concurrencia con otros retrayentes. Así se desprende de las siguientes palabras que subrayamos: *Si lo retraído es una finca rústica arrendada sometida al R. A. R.* (Reglamento de arrendamientos rústicos), *si ejercita su derecho de retracto*, cuando le corresponda, el arrendatario será preferente a cualquier otro «con excepción del de comuneros en el caso de que el condómino lleve en la propiedad más de tres años, y del de colindantes en todo caso... Sin embargo, cuando el retracto *se ejercitare* por colono que lo fuere a virtud de arrendamiento protegido, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho el correspondiente a los comuneros en quienes la circunstancia de tiempo antes expresada»... (art. 16, ap. 5). Y añade que «si en los casos anteriores, *no ejercita* su derecho el arrendatario de que se trate, o si se trata de un caso en el que la enajenada *no cae bajo la L. A. U. ni bajo el R. A. R.*, la preferencia entre derechos de adquisición se rige por el Código civil, según el cual el orden es el siguiente: 1.º El derecho de adquisición de los dueños enfitéuticos (del útil, si se enajena el dominio directo, y del directo, si se enajena el dominio útil) (C.C., art. 1.642). 2.º El de comuneros. 3.º El de colindantes (art. 1.524, 2.º C.C.) (9).

Podría dar fundamento a este doble criterio acumulativo, la dicción del artículo 16 de la ley, ya que en el apartado 1.º del mismo se regula la facultad del arrendatario de «*ejercitar* el derecho de retracto»; y en el propio apartado 5.º, al contraponer el caso de arrendamiento protegido al ordinario, se dice que «cuando el retracto *se ejercitare* por colono...». Parece, pues, como si el orden de prelación del número 5.º del artículo 16 estuviese dado en un ambiente que no es el de simple existencia de contrato de arrendamiento rústico, sino de concurrencia efectiva del arrendatario con otros titulares, ejercitando el derecho de retracto que le concede la ley.

De todas formas no quiero insistir más en esta cuestión, pues no me

(9) *Instituciones. Derecho de Cosas*, pág. 585, año 1964.

preocupa resolverla, ya que no aceptamos el presupuesto fundamental de la discusión, que consiste en la existencia de dos órdenes de prelación de unos mismos retractos y dentro de un único ordenamiento. Por ello no me interesa averiguar cuál es el criterio a seguir para delimitar la aplicación de uno u otro orden de prelación.

Por la misma razón, tampoco me preocupa resolver el problema que podría plantear la admisión del mero criterio estático de existencia de arrendatario en la finca, a saber: ¿cuál es el momento al que hay que referir la existencia de arrendamiento: el momento en que se transmite la finca o el momento en que ejerciten el retracto los otros interesados? (10).

Sea de todo ello lo que fuere, descartamos la teoría del doble orden de prelación, cualquiera que sea su variante, por los siguientes argumentos:

Primer argumento lógico.—No parece lógico establecer un distinto orden de prelación de comuneros y colindates según exista o no arrendatario o según ejercite o no el retracto el mismo.

Por un lado, está lo que dice Albaladejo acertadamente: «no puede menos de parecernos extraña esa interpretación que lleva a decir que un mismo Ordenamiento considera «mejor (por así decir) en una ocasión un retracto que otro, pero en otra, estima que otro retracto aún mejor que el primero es peor que el segundo». «Tal lógica (equiparable a decir: B es más alto que A, y C más alto que B, pero menos que A) no es admisible ni aun en el legislador» (11).

Pero es que, además, resulta absurdo que la solución de la cuestión de preferencia que se ventila exclusivamente entre comuneros y colindantes, dependa de un elemento (el arrendatario) que no afecta en esencia a ninguno de aquéllos. Si la presencia o existencia de un arrendamiento modificara la *ratio* del retracto de comuneros o del de colindantes, entonces podría aceptarse la solución de ESPÍN y PUIG PEÑA. Pero no se ve qué influencia puede producir en dichos retractos la existencia de un arrendamiento, aparte, claro está, el problema de la prelación de los mismos respecto al colono (12).

(10) Problema en cierto modo análogo, cuya solución podría ayudar a resolver la cuestión planteada en el texto, es el de averiguar en qué momento debe ostentar el arrendatario su título o condición de tal para poder ejercitar el retracto. Sobre esto véase lo que dice GARCÍA-ROYO en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV—octubre-diciembre—, año 1949, pág. 1426. Otro problema, muy distinto al planteado en el texto, pero algo relacionado con él, es el relativo al momento en que se debe apreciar si han transcurrido los tres años de antigüedad en el condominio para determinar la preferencia del comunero sobre otros retransmigrantes. También se ocupa de ello GARCÍA-ROYO (*ob. cit.*, pág. 1431).

(11) *Instituciones. Derecho de Cosas*, año 1964, pág. 584.

(12) A lo sumo, podría pensarse que la existencia de un arrendatario en la

Y en último término, con la teoría del doble orden de prelación, se puede llegar a situaciones absurdas. En este sentido, traemos a colación las preguntas que se hace ESCRIBANO RUIPÉREZ: «¿Y si el arrendatario cede porque ha concurrido el colindante y luego ocurre que frente a éste acciona el comunero con indudable preferente derecho que, a su vez, debe ser pospuesto al del arrendatario?» «¿No estamos, ciertamente, en un círculo vicioso?» (13). Nosotros contestamos a estas preguntas diciendo que si siguiéramos esta teoría, caeríamos en ese «círculo vicioso», y esto ya es suficiente para rechazarla, pues no cabe interpretar las leyes de modo que conduzcan al absurdo de admitir tal «círculo vicioso».

Segundo argumento (la finalidad de la ley).—No puede interpretarse la ley de una forma que se preste fácilmente a eludir los retractos regulados por la misma, pues precisamente una de las finalidades generales de la ley es la lucha contra la mala fe y el fraude, resolviendo las situaciones del modo más equitativo posible (14).

Y completando la argumentación, hay que indicar que la teoría que estamos criticando «se prestaría»—como dicen M. PÉREZ TEJEDOR y E. SERRANO MORENO—a combinaciones interesadas, puesto que el arrendatario podría entregarse al que más diera» (15). Y es que la teoría del doble orden de prelación se presta a que el arrendatario, al saberse portador del criterio determinante de la preferencia entre colindante y comunero de tres o menos años de antigüedad, deje voluntariamente de serlo o no ejercite el retracto, con objeto de beneficiar así a uno de los interesados, en perjuicio del otro, confabulándose con aquél, con lo que se fomentaría la especulación por parte del arrendatario.

finca proporciona a ésta una unidad de cultivo, evitando cualquier discusión de los comuneros en relación con el cultivo que haya de darse a la finca. También podría pensarse, con excesiva imaginación, que el colindante que retrae puede quedar afectado si existe arrendatario en la finca, dado que no podrá decidir acerca de la uniformidad de cultivo de la finca que retrae y de la que ya cultiva. Pero estos «frenos», aparte de que afectan a ambos retractos, son meramente transitorios y sólo limitan alguna facultad en relación con la finca, no la totalidad de las facultades.

(13) En su trabajo «El retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Su concurrencia con otros retractos legales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1946, págs. 330 y sigs.

(14) FEDERICO DE CASTRO, al exponer el criterio de la interpretación finalista, señala como uno de los postulados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo el siguiente: «2.º Que, al interpretarse la ley, se debe colaborar para la consecución de su fin, evitando entenderla de modo que se facilite o haga posible su fraude (sentencias de 22 de enero de 1947 y 27 de noviembre de 1947).» (*Derecho Civil de España*, Parte General, I, año 1955, pág. 523.)

(15) En su libro *Arrendamientos Rústicos*, año 1951, pág. 408.

4. AUTORES QUE PROPUGNAN UNA LEY O DISPOSICION ACLARATORIA

Hay un grupo de autores que, ante la dificultad de llegar a una solución satisfactoria, apuntan el remedio de que se promulgue una norma aclaratoria del problema.

ESCRIBANO RUIPÉREZ acabamos de ver que señala la posible existencia de un «círculo vicioso», pero, además, destaca la incongruencia y contradicción existente entre el Código y la ley especial diciendo: «lo que sí resulta indudable es, no ya solamente la incongruencia, sino la contradicción que se advierte al comparar este texto» (se está refiriendo al número 5.º del artículo 16 de la ley) «con las reglas de preferencia establecidas en el Código civil. Y es así, que el artículo 1.524 del Código civil preceptúa en su último párrafo que el retracto de comuneros excluye el de colindantes, y como esta preferencia en el Código civil no está condicionada ni limitada por el hecho de que la comunidad cuente o no más de tres años de existencia, cual acontece en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, puede darse el caso que pasamos a exponer. Tratarse de un fundo rústico perteneciente en común y proindiviso a varias personas sin que lleven en la proindivisión más de tres años, que tal fundo esté en arrendamiento, y que se encuentre contiguo a otro medio rústico de extensión inferior a una hectárea». Y a continuación expone el distinto criterio que siguen el Código y la ley especial; y aunque dicho autor cita una sentencia como si tuviera relación con el tema, en definitiva tiene que reconocer que «apenas si dicha sentencia de 7 de febrero de 1944 guarda relación alguna con el caso que nosotros planteamos»; para terminar diciendo: «Nos encontramos, pues, ante preceptos contradictorios que en su día deberán ser armonizados en evitación de posibles litigios en los que, hoy por hoy, cualquiera que fuese la resolución que recayere en supuesto como el que examinamos, habría que infringir uno de ambos preceptos legales en conflicto» (16).

Por su parte, PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, aunque apuntan una solución que se acerca a la de la teoría del doble orden de prelación (17), en realidad hay que incluirlos en esta otra tendencia que ahora

(16) *Ob. cit.* en la nota 13.

(17) Los párrafos en que estos autores muestran propensión a la tesis del doble orden de prelación son los siguientes: «Lo establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos supone una indirecta modificación del artículo 1.524 del Código civil, pues si bien éste establece que el retracto de comuneros excluye al de colindantes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5.º del artículo 16 de la Ley especial, de concurrir colindantes con arrendatarios y comuneros con antigüedad inferior a tres años, será el colindante el preferido. No obstante,

examinamos, ya que al final, a la hora de concretar su opinión, se expresan así: «La preferencia del comunero con antigüedad inferior a tres años sobre el colindante ¿dependerá de que el arrendatario desista o no de su acción? Parece absurda la contestación afirmativa con sólo tener en cuenta que el derecho preferente de colindantes y comuneros dependería de la actitud de un tercero, y el hecho se prestaría a combinaciones interesadas, puesto que el arrendatario podría entregarse al que más diera. En principio, parece lógico, por tanto, que si el arrendatario, por consecuencia de la concurrencia de actores queda descartado, sea el comunero quien ocupe el lugar preferente, por imperativo de lo que dispone el artículo 1.524 del Código civil; pero esto nos llevaría al mismo absurdo de que el derecho preferente entre arrendatario y comunero dependería de que el colindante desistiera o no de su acción. La conclusión final ha de ser, por tanto, que el legislador debe dictar normas precisas, a fin de resolver este retruécano» (18).

RODRÍGUEZ SOLANO también participa de estas ideas, ya que, después de exponer la opinión de ESCRIBANO, destaca que se trata de un problema de difícil solución en el estado actual legislativo que provocaría la infracción de uno u otro precepto y que podría provocar la concesión de un premio al aceleramiento o retraso en el ejercicio de las respectivas acciones, por lo que como dice el autor antes indicado (se refiere a ESCRIBANO, sería conveniente armonizar ambos artículos en evitación de posibles litigios» (19).

el desistimiento del comunero no debe ser precipitado, pues si el arrendatario al ver fracasada su acción desistiese de ella a su vez, pasaría de nuevo el comunero a ocupar un lugar predominante de acuerdo con lo que dispone el citado artículo 1.524 del Código civil» (*ob. cit.* en la nota 15, pág. 407). Al expresarse así estos autores parece, efectivamente, que siguen la tesis del doble orden de prelación, pues lo que vienen a decir es lo siguiente: si concurren colindantes con arrendatarios y comuneros con antigüedad inferior a tres años, será el colindante el preferido (orden de prelación del párrafo 5.º del artículo 16 de la Ley especial, que supone una indirecta modificación del artículo 1.524 del Código civil); pero si el arrendatario desiste de su acción (es decir, si no ejercita el retracto en definitiva), entonces, al concurrir solamente comunero y colindante, habría que aplicar el orden de prelación del artículo 1.524 del Código civil, que señala la preferencia del comunero sobre el colindante.

Sin embargo, hay quien interpreta de distinto modo la opinión de estos autores. Así, RODRÍGUEZ SOLANO dice que estos autores «opinan que en la colisión entre los retractos de colindantes, comuneros por menos de tres años y arrendaticios, debe preferirse el de comuneros por aplicación del artículo 1.524 del Código civil». (En su artículo «El retracto arrendaticio rústico», núm. 34 de la *Revista Pretor*, junio de 1955, pág. 29.)

En cualquier caso, hay que tener en cuenta lo que se dice en el texto, que a la hora de concretar su conclusión final dichos autores son partidarios de otra solución.

(18) *Ob. cit.* en la nota 15, pág. 408.

(19) En su citado artículo «El retracto arrendaticio rústico», núm. 34 de la *Revista Pretor*, junio de 1955, pág. 29.

Posteriormente, BADENES GASSET (20) se adhiere a la opinión de PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, pues recoge el pensamiento de estos autores.

Todas estas opiniones se resumen en la idea de que existe una contradicción entre el Código y la ley especial arrendaticia, que no es posible resolver en el Derecho vigente, por lo que el legislador tendrá que dictar las normas aclaratorias oportunas.

Nosotros reconocemos que es mérito de estos autores destacar la contradicción entre ambos preceptos, pues así queda al descubierto la falta de lógica de la teoría del doble orden de prelación, que, según vimos, trata de aplicar dichos preceptos a unas mismas situaciones, con la sola diferencia, meramente accidental, de existir un arrendatario o colono en la finca. Pero tampoco compartimos la solución de este grupo de autores, pues consideramos criticable que se queden ahí, en el retruécano y en el círculo vicioso, sin dar una respuesta positiva al problema en la legislación vigente. Estimamos que esto es inadmisibile, pues la interpretación de las normas ha de ser constructiva y sistemática, para evitar que se llegue, según expusimos antes, a la *reductio ad absurdum*.

Hay que tener en cuenta que es el propio legislador el que exige al intérprete que dé una solución y que no le remita de nuevo la cuestión sin resolver (21). Concretamente, el artículo 6.º del Código civil marca una orientación prohibitiva de cualquier criterio abstencionista, al decir: «El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad» (22). Todo ello sin sin perjuicio de que, una vez hecha la interpretación de un modo sistemático y constructivo, se proponga *de iure condendo* cualquiera otra solución o se hagan las críticas que se consideren pertinentes. Pero lo que no parece adecuado es sentar como resultado definitivo de la interpretación la existencia de una contradicción de imposible solución en la legislación vigente.

(20) En su libro *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, año 1958, páginas 204 y 205.

(21) Es cierto que se han promulgado algunos Decretos aclaratorios en materia de arrendamientos, como, por ejemplo, el Decreto de 7 de julio de 1959, aclaratorio de la Ley de 16 de julio de 1949, precisamente en un caso de retracto cuando la finca está arrendada a varios colonos. Pero en nuestro caso, aparte de que no sería suficiente un Decreto (por estar en juego dos disposiciones de superior rango como son el Código civil y la Ley especial arrendaticia), mientras no se promulgara una ley aclaratoria no iba a quedar en suspenso la solución de la cuestión.

(22) Creemos que este artículo, por su valor general y su colocación junto a la normativa de las fuentes del Derecho, es aplicable no sólo respecto al Juez, sino en relación con otros funcionarios y con el jurista, en general.

5. EL METODO DE LAS «ALTERNATIVAS»: ENUMERACION DE POSIBLES SOLUCIONES

Creemos que para resolver este espinoso problema en nuestro Derecho positivo, lo mejor es exponer todas las alternativas posibles, examinando sus ventajas e inconvenientes, para quedarnos con la solución que ofrezca más viabilidad y acierto en la legislación vigente, sin perjuicio de hacer las consideraciones oportunas *de iure condendo*.

Por tanto, vamos a utilizar, a nuestro modo, el llamado «método de las alternativas» patrocinado por RÖDIG (23), pero sin el aparato de símbolos, signos, etc., que señala este autor, sino exponiendo sencillamente, en lenguaje jurídico normal, todas las posibles soluciones que se nos ocurren.

Para una primera aproximación a este problema de las alternativas nos van a servir de ayuda las orientaciones que señala ALBALADEJO, pues aunque ya hemos visto que de momento sigue la tesis dominante del doble orden de prelación, lo hace por razones meramente pedagógicas o de exposición (dado el alcance de su obra) y es, al mismo tiempo, crítico de dicha teoría. En el fondo, este autor es partidario de otra opinión, proponiendo, con carácter general, refiriéndose a todos los supuestos conflictos entre el Código y leyes especiales en materia de prelación de retractos, estas vías:

«Lo que quizá ocurra—dice—es que, una de dos:»

«O haya que olvidarse de la letra aislada del artículo 50 L. A. U., en su caso, o de la del 16, apartado 5, R. A. R., en el suyo, y pensar aunque el legislador en cada caso de esos haya querido, desconectadamente del resto del Ordenamiento jurídico del país, expresar el espíritu que encierra la pura literalidad de esos preceptos, sin embargo, el sentido de éstos debe ser el que se obtenga de interpretarlos dentro del conjunto de nuestro Derecho, pues ni siquiera el legislador puede poner en vigor ciertos preceptos que contradigan otros vigentes (so pena de que se entienda que deroga tácitamente éstos, al menos en la parte contradicha: lo que no es el caso presente).»

«O es que haya que entender que tanto la L. A. U. como el R. A. R., derogan el orden de preferencia establecido en el Código civil, no sólo por lo que atañe a sus retractos, que aquéllos declaran preferentes sobre

(23) Puede verse un resumen del libro de RÖDIG, titulado *La forma de pensar por alternativas en la Jurisprudencia*, en la nota crítica (más bien en contra del método) de FEDERICO DE CASTRO en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1971, fascículo I, pág. 207.

otros civiles, sino también por lo que atañe a ciertas preferencias de éstos entre sí (por ejemplo, siguiendo esta orientación habría que estimar—con una serie de subdistinciones—que el retracto de comuneros es hoy preferente sobre el enfitéutico, ya que aquél se declara preferente sobre el arrendaticio, que, a su vez, es preferente sobre todo otro)» (24).

ALBALADEJO, por tanto, señala dos posibles soluciones: la imposibilidad de admitir la vigencia de la ley especial posterior en cuanto se oponga al sentido del ordenamiento vigente, por un lado; y la derogación del Código civil por la ley posterior en cuanto aquél sea incompatible con ésta.

De todos modos, estas orientaciones necesitan un complemento, pues se señalan de un modo general para toda clase de supuestos de conflicto entre el Código y las leyes especiales, por lo que resulta necesario adaptarlas al caso que nos ocupa, es decir, al conflicto entre el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código y el número 5.º del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Además, existen otras posibles soluciones al lado de las dos que señala ALBALADEJO.

En definitiva, creemos que hay que partir del siguiente cuadro:

A) *Primer grupo de alternativas*.—La nota común consiste en distinguir, en relación con el colindante, el supuesto de venta de cuota indivisa y el de finca entera. Las variantes son dos:

a) Hipótesis de la exclusión del retracto de colindantes en caso de venta de una cuota indivisa. No cabe concurrencia de comuneros y colindantes, que es el supuesto de hecho que da lugar al conflicto entre el Código y la ley especial.

b) Hipótesis de la diferenciación del puesto jerárquico del colindante en la escala de retractos, según ejercite el retracto respecto a una cuota indivisa o una finca entera. El Código civil sólo se refiere al primer caso y la ley especial sólo al segundo.

B) *Segundo grupo de alternativas*.—La nota común consiste en señalar un aspecto de la Ley de Arrendamientos Rústicos que es de imposible vigencia por oponerse al sentido del ordenamiento común vigente. Caben estas tres posibilidades:

a) Considerar de imposible vigencia la distinción que la ley hace entre comuneros de tres o más años de antigüedad, quedando todos los comuneros, sin distinción, por encima de los retractos de colono y de colindantes.

(24) *Ob. cit.* en la nota 9, pág. 584.

b) Considerar de imposible vigencia la referencia al colindante y al comunero de más de tres taños, quedando ambos por debajo del retracto del colono.

c) Considerar de imposible vigencia exclusivamente la referencia al colindante, que debe quedar colocado por debajo del retracto del colono.

C) *Tercer grupo de alternativa.*—Consiste en señalar, al revés que el grupo anterior, un aspecto del Código civil que ha de quedar rectificado o derogado por la ley especial de Arrendamientos Rústicos. En este grupo sólo se nos ocurre una posibilidad: entender que, después de la ley Arrendamientos, debe distinguirse entre comuneros según su antigüedad en el condominio. Claro que podría incluirse aquí la teoría del doble orden de prelación, en cuanto que restringe el ámbito de aplicación del Código civil a costa de la ley especial arrendaticia. Pero de dicha teoría ya nos hemos ocupado.

A este esquema va a responder en lo sucesivo nuestra exposición.

6. LA SOLUCION QUE CONSISTE EN RECHAZAR EL RETRACTO DE COLINDANTES EN CASO DE VENTA DE CUOTA INDIVISA: SU CRITICA. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA

Podría pensarse que la concurrencia de los retractos de comuneros y de colindantes es imposible, partiendo de que el colindante no puede ejercitar el retracto cuando se transmite una participación indivisa, sino únicamente en el caso de transmitirse la totalidad o una parte material de finca, contigua a la de aquél. Y como el comunero sólo puede ejercitar el retracto cuando se enajena la cuota indivisa de otro comunero, se llega a la conclusión de que tal concurrencia de retractos es imposible.

Si se siguiera esta idea de rechazar el retracto de colindantes en caso de enajenación de una cuota indivisa, ya no habría ningún conflicto entre el Código y la ley especial de arrendamientos, pues dicho conflicto surge precisamente de la distinta prelación que esas disposiciones señalan a los retractos de comuneros y colindantes, por lo que si se descarta la concurrencia, queda también excluido el conflicto de leyes.

Expondremos la opinión de algunos autores que pueden considerarse al menos, simpatizantes de esta tesis. Ninguno de ellos se plantea el problema del orden de prelación de retractos ni el conflicto entre el Código y la ley de Arrendamientos, pero ya hemos visto que si se rechaza el retracto de colindantes en el caso de enajenación de cuota indivisa, pue-

de llegarse a la conclusión de que no hay ninguna contradicción entre ambos cuerpos legales. También hay que advertir que los autores que ahora veremos no defienden esta opinión de una forma absoluta, sino que se expresan de un modo dubitativo.

MUCIUS SCAEVOLA es el primer autor que expone sus dudas sobre la procedencia del retracto de colindantes en el supuesto de transmitirse una cuota indivisa. Pero no se plantea el problema del conflicto entre Código civil y la ley arrendaticia, ya que en la fecha en que el autor escribe, no se había promulgado aún la ley de arrendamientos rústicos de 1955. Al estudiar el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil, se pregunta: «¿Pero no estará construido el precepto sobre una base falsa? Esta ha sido siempre nuestra sospecha»—contesta—. Y a continuación se vuelve a preguntar: «¿No nos hallaremos en presencia de un supuesto imposible?»

Y tomando como argumento la finalidad o *ratio legis* del retracto de colindantes, añade: «Si el retracto de asurcanos lo ha establecido el Código para ir poco a poco agregando, soldando predios pequeños, tierras perfectamente individualizadas, y no para retraer cuotas o porciones matemáticas, ¿cómo se cumpliría, en la hipótesis que analizamos, la finalidad de dicho retracto? La porción indivisa de un fundo, ¿en qué puntos colinda con el predio contiguo? Y aun dando de bueno que se repunte por linde del predio poseído indivisamente la misma que tendría si se poseyera «pro solido», ¿qué se conseguiría con este retracto? Que el retrayente entrara en la comunidad del predio limítrofe: es decir, que sobre no producirse agregación natural de parcelas, tampoco se reduciría la comunidad, porque el condueño vendedor sería sustituido por el asurcano retrayente. Considerado el retracto de colindantes bajo esta fase, aisladamente, ¿no es cierto que presenta caracteres tan anormales, tan desviados del tipo original, que no cabe reputarlo como una variedad del mismo? Si todos los condueños vendiesen conjuntamente el predio indiviso, entonces procedería el retracto de colindantes, pero en esta hipótesis, extinguida ya la comunidad y no siendo posible el retracto de condóminos, ¿cómo podría ofrecérsenos la concurrencia?».

Y termina el comentario diciendo: «Y aquí cerramos esta digresión, dejando en pie la duda. Si dudar es pensar, nosotros, dudando, pensamos que la regla «el retracto de comuneros excluye el de colindantes» es como el timbre de un aparato de relojería colocado bajo la campana de una máquina neumática; vemos al mazo golpear el timbre, pero no percibimos el sonido; vemos la regla escrita, pero no comprendemos su realidad jurídica» (25).

(25) Tomo XXIII de su *Código civil*, págs. 905 y 906.

Un decidido seguidor de MUCIUS SCAEVOLA, en sus cavilaciones y dudas es PUIG BRUTAU, cuya opinión queda reflejada en los siguientes párrafos: «En realidad, incluso sin ese artículo 1.524 cabría poner en duda la posibilidad de que el retracto de colindantes se ejercitara en el caso de venta de una cuota indivisa de la finca vecina. El comentarista MUCIUS SCAEVOLA llamó la atención sobre este problema al tratar del citado artículo. La dificultad estriba en dar cuerpo a lo que es incorporeal. Una cuota indivisa de una finca no está localizada en ningún sector material de la que se halla en estado de indivisión, hasta el punto de que, como resulta del artículo 399, aquella cuota indivisa sólo se convertirá en una porción física al ser adjudicada a su titular una parte de la finca al tener lugar la división de la misma. Por tanto, ¿cómo puede ser colindante la porción indivisa de un fundo con el predio vecino? Por otra parte, si de todas maneras se supone que existe la contigüidad física entre la cuota indivisa de una finca y la colindante, el resultado que se obtendría con el ejercicio del derecho de retracto por parte del dueño de esta última sólo daría lugar, de momento, a que la comunidad se mantuviese en iguales términos, con la única diferencia de haber quedado sustituido uno de los comuneros. Ahora bien, en este punto el artículo 1.524 puede ya ser concretado en una aplicación útil: la ley no desea que un colindante entre en la comunidad de la finca vecina sólo para que, al tener lugar la división de ésta, pueda alcanzarse, *entonces*, y *no antes*, la finalidad del retracto de colindantes, sino que a esta solución prefiere la que consista en un cambio que, *ya de momento*, sea un paso para que cese el estado de indivisión». Y añade: «Por consiguiente, no sólo se trata de la preferencia de una clase de retracto (el de comuneros) sobre el retracto de otra clase (el de colindantes), sino que se trata en el artículo 1.524, de una valoración hecha a base de tener en cuenta el momento en que ambos pueden tener efectividad» (26).

FAUS ESTÉVEZ, al criticar la sentencia de 20 de enero de 1917 (que luego veremos), muestra algos indicios de la tesis de SCAEVOLA, ya que dice: «La solución que da esta última sentencia no la encontramos convincente, pues el último párrafo del artículo 398 del Código civil parte de la base de coexistir en una finca una parte indivisa y otra que pertenece privativamente a un partícipe, y el colindante que ejercita el retracto, en caso de venta de una parte intelectual, no se subroga en porción determinada, y las finalidades económicas y sociales que con el retracto tratan de lograrse no se consiguen en modo alguno, continuando ambas fincas

(26) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III (*Derecho de Cosas*), año 1955, páginas 618 y sigs.

en idéntica situación que antes del ejercicio de la acción de retracto, o sea una de ellas propiedad unipersonal y otra de propiedad indivisa» (27).

La tesis dubitativa de estos autores, inclinada más hacia la exclusión del retracto de colindantes en caso de enajenación de cuota indivisa (sobre todo SCAEVOLA y PUIG BRUTAU), se apoya en dos ideas:

1.^a) Que la finalidad del retracto de colindantes, consiste en evitar el minifundio, y éste no se corrige al retraerse una cuota indivisa.

2.^a) Que la naturaleza de la «cuota» impide hablar respecto a ella de colindancia física o material, y como esta colindancia es la base del retracto de asurcanos, no procede el mismo.

Crítica de esta tesis.—En contra de la tesis expuesta y en pro de la admisión del retracto de colindantes cuando se enajena una participación indivisa, señalamos los siguientes argumentos:

Primer argumento: El texto del Código civil presupone el retracto de colindantes, cuando se enajena una cuota indivisa.—Efectivamente, el repetido párrafo 2.º del artículo 1.524, al decir que «el retracto de comuneros excluye el de colindantes», está señalando la preferencia del primero sobre el segundo, lo cual presupone que pueden concurrir ambos retrayentes; y como el campo de acción del retracto de comuneros está en la enajenación de una cuota indivisa, la única forma de explicar la concurrencia con el colindante consiste en interpretar que dicho colindante puede ejercitar el retracto cuando se enajena una participación indivisa de finca. Si no fuera así, el Código civil contemplaría una concurrencia imposible (28); pero si se llega a esta conclusión, el equivocado no es el Código sino el intérprete, por haber deducido una interpretación absurda de aquel *reductio ab absurdum*.

Por tanto, hay que concluir que el colindante puede ejercitar el retracto cuando se vende una cuota indivisa, interpretando que si el retracto de comuneros excluye el de colindantes, *a sensu contrario* cuando el comunero no ejercita el retracto que le corresponde en el caso de venta o dación en pago de la participación indivisa de otro comunero, no queda excluido el retracto de los colindantes.

Ahora bien, podría objetarse que el Código no dice que el retracto de comuneros es preferente al de colindantes, sino que *lo excluye*, expresión ésta última que parece favorecer la interpretación consistente en excluir el retracto, pues no se trata de una simple relegación del colindante a

(27) En su trabajo «Jerarquía de retractos y preferencia de retrayentes», publicado en *La Notaría*, tercer trimestre de 1945, págs. 182 y sigs.

(28) El propio MUCIUS SCAEVOLA plantea esta conclusión al preguntarse: «¿No nos hallaremos en presencia de un supuesto imposible?» (*ob. cit.* en la nota 25, página 905).

un puesto de segundo grado en el orden jerárquico de retractos, sino de la negación del mismo.

Podemos salir al paso de esta hipotética objeción (29) recalcando los términos literales del Código, porque hay que observar que el artículo 1.524 no dice que se excluye el retracto de colindantes en el caso de enajenación de una cuota indivisa, sino que *es excluido* por el *retracto de comuneros*. Si el Código dispusiera que «la venta de una cuota indivisa excluye el retracto de colindantes», entonces ya no tendríamos nada que decir; pero no dice tal cosa, pues el sujeto del verbo «excluir» es el «retracto del comunero», no «la venta de la cuota indivisa». Y vistas así las cosas, parece preferible llegar a la interpretación más arriba apuntada, entendiendo que sólo cuando el comunero *ejercite el retracto* queda excluido el colindante, en lugar de interpretar que queda excluido en todo caso de venta de participación indivisa.

Segundo argumento: La finalidad de la ley de corregir el minifundio.—Se trata de otro argumento de *reductio ad absurdum*: si no se admitiera el retracto del colindante en el caso de venta de una participación indivisa, sería muy fácil eludir la finalidad de la ley, al conceder tal retracto para rectificar el minifundio. Bastaría vender una finca, no toda ella al mismo tiempo, sino en diferentes momentos transmitiendo sucesivamente participaciones indivisas de la finca, hasta completar la totalidad del dominio de la misma. Si se entiende que el colindante no puede ejercitar el retracto cuando se vende una participación indivisa, cualquier persona podría eludir el retracto por esa vía indirecta y sucesiva.

La mera posibilidad de que eso suceda, sin defensa alguna para el colindante, es argumento suficiente para admitir el retracto de participación indivisa a favor del colindante.

Esto no es obstáculo para que reconozcamos que no se consigue el mismo resultado, a efectos de rectificación del minifundio, cuando el colindante adquiere una cuota indivisa de la finca contigua que cuando adquiere toda ella. Si adquiere la finca en su totalidad, se produce el resultado directo e inmediato de quedar dos fincas contiguas en propiedad de una misma persona; en cambio, al retraer la cuota indivisa de una de ellas, no se da esa unidad de propietario. Pero esta diferencia no nos parece suficiente para negar el retracto en el caso de venta de cuota indivisa, pues no se trata de una diferencia esencial, sino mera-

(29) Hipotética porque ningún autor ha formulado dicha objeción, ni siquiera los autores que dudan de la procedencia del retracto de cuota indivisa, pues parten de que el Código señala una *preferencia* del retracto de comuneros sobre el de colindantes.

mente de grado en el modo de cumplir la finalidad asignada por la ley al retracto de colindantes.

Y no se diga que en el supuesto que examinamos no se corrige el minifundio, pues repercute de algún modo en ello, dado que, por de pronto, sirve de defensa al colindante que pretende retraer una finca entera, evitando que pueda defraudarse su derecho por aquella vía indirecta de las sucesivas transmisiones de participaciones indivisas. Y no sólo eso: el colindante que retrae una cuota indivisa, aunque no dé el paso definitivo para rectificar el minifundio, da un primer paso muy importante para obtener la rectificación en un momento posterior: bien comprando las restantes participaciones indivisas de la finca, si existe acuerdo; o bien, si se trata de una finca indivisible, solicitando se le adjudique a cambio de abonar a los demás comuneros el exceso en metálico o que se saque a pública subasta, con lo cual podría llegar a adquirirla interviniendo en dicha subasta. Ha de tenerse en cuenta que en muchos casos las fincas serían indivisibles, conforme a la legislación agraria, lo cual permitirá aplicar esos procedimientos para disolver la comunidad (art. 404 del Código). Pero aun suponiendo que no fueran aplicables tales procedimientos, siempre podría el comunero-colindante obtener en la división la parcela que lindara con la finca contigua de su propiedad, ya sea directamente, de común acuerdo con los demás, ya indirectamente, por la vía del retracto de colindantes que concede la legislación agraria cuando se forman (por división o segregación) parcelas inferiores a la unidad mínima.

Por tanto, no se piense que cuando el colindante adquiere una participación indivisa de la finca contigua no favorece de alguna manera la rectificación del minifundio.

Tercer argumento: La naturaleza de la cuota.—Frente a la opinión de MUCIUS SCAEVOLA y de PUIG BRUTAU, que exponen el problema de cómo será posible que una cuota indivisa linde con una finca y dé lugar al retracto de colindantes, creemos que tal planteamiento obedece a una concepción de la «cuota» que no parece la más adecuada (30).

En esta cuestión, nosotros seguimos la llamada «teoría de la propiedad plúrima total», formulada por SCIALOJA y popularizada en España por BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. Según dicha teoría, la cuota «no es una parte del derecho, ni de la cosa, material o idealmente considerada. Y no es, por tanto, susceptible de ser objeto de propiedad. La cuota es, simplemente, la proporción, medida o razón en virtud de la cual se

(30) Nos referimos a la llamada «teoría de la propiedad plúrima parcial» que concibe la cuota como objeto de derecho. Véase la exposición que de esta tesis hace BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO en *La comunidad de bienes en el Derecho español*, año 1954, págs. 157 y sigs.

limitan y armonizan recíprocamente los distintos derechos de propiedad; es decir, el índice de la proporción en el uso y disfrute, percepción de las utilidades, de las cargas y, en definitiva, el valor representado por la cosa común, cuando la copropiedad cesa». Dice también BELTRÁN DE HEREDIA, aleccionadoramente al objeto que ahora nos interesa: «por eso no puede aceptarse completamente la fórmula del artículo 399 del Código civil, ya que no es posible hablar de «plena propiedad de la parte», pues dada la indeterminación de su contenido, repetimos, no es susceptible de ser objeto de derecho. Es, sencillamente, una expresión figurada que esconde la realidad de las cosas, sin duda mejor expresada en el artículo 393, que emplea el término cuota para significar la medida o proporción en el reparto de las cargas y beneficios. No es que existan, pues, dos poderes distintos, uno sobre la cosa, directo e inmediato, para ejercitar las facultades de uso y disfrute, y otro sobre la cuota, representado en la facultad de disposición, que vendrían a corresponder, respectivamente, con la «Anteil» y la «Bruichteil» alemanas. Existe un solo poder sobre toda la cosa, pero dentro del límite que indica la cuota; el poder de disposición puede serlo, como veremos en su momento oportuno—continúa diciendo BELTRÁN DE HEREDIA—, o bien respecto al derecho del copropietario sobre la cosa en su conjunto, con sustitución de aquél; o bien de la cosa, en el límite de ella que materialmente le corresponda en la división; pero no es disposición de la cuota, sino del derecho sobre la cosa, dentro del límite que aquélla indica. Los derechos de cada uno de los copropietarios son, por consiguiente, autónomos e independientes, como verdaderos derechos de propiedad que lo son sobre toda la cosa, dentro del límite que la cuota indica...» (31).

De esta teoría se desprende que el objeto del derecho de propiedad es la finca, no la cuota; que no hay ninguna diferencia esencial o cualitativa del objeto de la propiedad, ya corresponda a una sola persona o a varias en proindivisión; y, en fin, que no hay que plantear ningún problema de colindancia de la cuota indivisa, pues no tienen por qué lindar con ninguna finca, ya que *no es el objeto* de la propiedad sino *la medida* del derecho cuando una cosa pertenece a varios titulares. Lo único que interesa en ambos casos es la colindancia de toda la finca, que es el objeto de la propiedad y de la enajenación.

Aceptando esta tesis sobre la naturaleza de la cuota como medida y no objeto del derecho, no tiene por qué extrañar tampoco la expresión empleada por el artículo 1.523 del Código, cuando prevé el retracto de colindantes en el caso de venderse «una finca» rústica. No es que SCAEVOLA o PUIG BRUTAU hayan aludido a esa expresión en defensa de su

(31) *Ob. cit.* en la nota anterior, págs. 173 y sigs.

opinión, entendiendo que es sintomática de que el Código sólo concede el retracto cuando se venda «una finca» y no una cuota indivisa de ella; pero es que MANRESA, aunque es partidario de conceder el retracto en el caso de venta de cuota indivisa, piensa que ello es *a pesar* de la redacción del Código, que conceptúa como un obstáculo, diciendo que «tal como está redactado, (el artículo 1.523) su letra puede resultar contraria a su espíritu. La venta de una finca—continúa diciendo—quiere decir la venta de todos los derechos que integran el dominio de la misma. Concedido el derecho al propietario colindante, se entiende al que ostente sobre la finca el derecho completo de propiedad». Ante esta dificultad, MANRESA tiene que recurrir al espíritu de la ley (la finalidad del retracto de colindantes) para defender el retracto en el caso de enajenarse una participación indivisa (32).

Pues bien, partiendo de la teoría de la «propiedad plúrima total», nosotros no vemos el obstáculo que señala MANRESA, por lo que llegamos al mismo resultado al que llega dicho autor, pero sin el *handicap* que supone tener en contra la redacción del Código. Y es que la partícula «una» (unida a la palabra «finca» en el artículo 1.523) no equivale a «toda una», ni a «una entera», sino que es un artículo indeterminado que no quiere decir nada, más allá de la indeterminación que lleva consigo. Lo que interesa es la venta de «un objeto finca», pues a eso equivale la expresión «una finca» del artículo 1.523 del Código, y tal objeto existe tanto si se vende una finca entera como si se vende una cuota indivisa, porque hemos visto que no hay ninguna diferencia objetiva en uno y otro supuesto, y como el citado artículo no distingue, deben comprenderse los dos casos a efectos del retracto de colindantes; máxime si se combina esta idea con los dos argumentos anteriormente expuestos.

En conclusión, entendemos que hay que admitir el retracto de colindantes cuando se vende una participación indivisa de una finca que no exceda de una hectárea. A continuación veremos que el Tribunal Supremo proporciona algunos argumentos en favor de esta conclusión.

Examen de la jurisprudencia sobre este problema.—El Tribunal Supremo se ha planteado el problema que estamos examinando en la sentencia de 20 de enero de 1917 (que podríamos llamar la del «caso de la finca «El Lomito o La Cascabela», a efectos de identificación (33). En

(32) En sus *Comentarios al Código civil español*, tomo X, pág. 363.

(33) Ya dijimos en otra ocasión (en un comentario a una sentencia en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 500, año 1974, pág. 198) que en muchos casos resulta más gráfico y expresivo identificar la sentencia según el nombre de la finca de cada litigante. Aunque, claro está, tal sistema de denominación sólo podrá utilizarse en materias relacionadas con el Derecho de Cosas.

ella se reconoce que el colindante puede ejercitar el retracto respecto a una participación indivisa de finca, afirmando que «la circunstancia de encontrarse indivisa la finca no evidencia excepción estimable» frente al colindante retrayente («Considerando» 3.º) argumentando de este modo en los dos primeros «Considerandos»:

«Considerando que dado el concepto jurídico de la acción de retracto, es indudable que, por su naturaleza real, se establece una relación directa de personas a quienes corresponda el dominio y el que éste se encuentre proindiviso, pues sobre las fincas colindantes y en favor de sus dueños, cuando no existan ninguna de las excepciones que la ley enumera, se establece un límite a la libre disposición por venta, siendo la finalidad del Derecho creado la de impedir o evitar la división excesiva de la propiedad rústica».

«Considerando que declarando el Tribunal *a quo* la conformidad de las partes litigantes en los hechos sustanciales en orden a la colindancia, la indivisión del predio que se trata de retraer no altera la cuestión ni cambia su naturaleza, si en su totalidad confina en uno de sus extremos o lados con la finca del recurrente, toda vez que se encuentra en análogas circunstancias, al efecto legal, que si se tratase del retracto de comuneros; puesto que, dada la condición, preferentemente excluyente, del derecho de comunero respecto del colindante, de igual manera surge el derecho de éste en cuanto a la venta al extraño; y ya que no se ejercitó, en modo, el de comuneros, es visto que procede con preferencia al del extraño el de colindantes, a tenor de las disposiciones del Código civil y de la jurisprudencia, quedando el retrayente constituido respecto de la comunidad en caso parecido al previsto en el párrafo 4.º del artículo 398».

Podemos ordenar las ideas que aparecen en estos «Considerandos» en favor del retracto del colindante en caso de venta de una cuota indivisa del siguiente modo:

1.ª) *La naturaleza real de la acción de retracto.*—La naturaleza real de dicha acción no es concluyente, por sí sola, en relación con la admisión del retracto de cuota indivisa, e incluso podría servir de argumento contrario para aquellos autores que entienden que la adquisición de una cuota indivisa no implica la adquisición de un verdadero derecho real (34). Por ello, estimamos preferible centrar la cuestión alrededor del problema de la naturaleza de la «cuota», en lugar de hacer referencia a la naturaleza de la acción de retracto, resolviéndola en el sentido que

(34) BELTRÁN DE HEREDIA expone varias teorías sobre la naturaleza de la comunidad que implican la negación de un derecho real (*ob. cit.*, en nota 30, página 139, con referencia a BONELLI, y pág. 159, con referencia a la teoría de la «división de la cosa»).

antes hemos indicado, es decir, concibiendo la cuota como «medida» del derecho de propiedad, sin afectar en su esencia al objeto, por lo que es igual que el derecho pertenezca a una o a varias personas. En el fondo, el Tribunal Supremo, a través de la vía de la naturaleza real de la acción de retracto, está refiriéndose en definitiva a esa identidad de objetos de la propiedad, cualquiera que sea el número de titulares. Pero desde el punto de vista técnico, nosotros preferimos cambiar la dirección de este argumento hacia el problema de la naturaleza de la cuota indivisa.

2.^a) *La finalidad del retracto de colindantes.*—El Tribunal Supremo alude a la finalidad de dicho retracto, que consiste en «impedir o evitar la división excesiva de la propiedad». Creemos que esta idea debería haber sido desarrollada en la sentencia, pues el problema que se planteaba en el caso era saber si se cumple o no esa finalidad cuando el colindante pretenda retraer una cuota indivisa en lugar de la totalidad de la finca. Precisamente FAUS critica esta idea de la presente sentencia, entendiendo que no se cumple la finalidad del retracto de colindantes en el supuesto contemplado en la misma (35). Por ello, esta simple alusión del Tribunal Supremo ha de ser completada con todo lo que hemos dicho antes a este respecto, para evitar cualquier crítica ante lo escueto de esa declaración sobre la finalidad del retracto de colindantes.

3.^a) *Argumento lógico del artículo 1.524.*—En el «Considerando» segundo de la sentencia se lee que «dada la condición, preferentemente excluyente, del derecho del comunero respecto del colindante, de igual manera surge el derecho de éste en cuanto a la venta al extraño; y ya que no se ejercitó, en modo, el de comuneros, es visto que procede con preferencia al del extraño el de colindantes». Este argumento lo consideramos acertado, porque tiene su base en el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código; y es que si se señala la exclusión del retracto de colindantes por el de comuneros, ha de concluirse que si éste no se ejercita, no queda excluido el de colindantes. Aunque el Tribunal Supremo se expresa de una forma algo diferente, responde a esa misma idea que acabamos de apuntar y que antes expusimos con más detalle.

4.^a) *Alusión al párrafo último del artículo 398 del Código.*—En el propio «Considerando» segundo se añade que «el retrayente (de cuota indivisa) queda constituido respecto de la comunidad en caso parecido al previsto en el párrafo 4.º del artículo 398». Por mi parte, considero inútil esta referencia al citado párrafo (36), pues no establece ninguna

(35) *Ob. cit.* en la nota 27, pág. 184.

(36) Lo único que dice el párrafo último del artículo 398 es que «cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a alguno de ellos,

regulación positiva, sino que sólo por la vía negativa señala la exclusión del régimen de la comunidad de la parte de finca que pertenezca privativamente a uno de los condueños. Además, puede oscurecer algo el supuesto de hecho resultante, ya que si el colindante retrae una cuota indivisa no se puede hablar de dos partes de una misma finca, entendiendo que una parte es la de la comunidad y otra la parte privativa del colindante, pues se trata de dos fincas completamente independientes que no tienen ninguna relación entre sí (37), salvo la continuidad meramente física. Pero no hay que dar mucha importancia a esta alusión que hace el Tribunal Supremo, dado que constituye un mero *obiter dictum* o un simple añadido del párrafo precedente del mismo «Considerando». No obstante, FAUS parece centrar su crítica de esta sentencia en la alusión que comentamos (38).

Además de la sentencia que acabamos de exponer, hay otra anterior de 30 de mayo de 1906, que tiene alguna relación con ella y con el problema que estamos estudiando. A pesar de que la cita de dos sentencias fortalecería nuestra tesis de admitir el retracto de cuota indivisa, ya que ello supondría la existencia de «doctrina legal» a efectos del recurso de casación, preferimos no hacer uso de la idea de reiteración de sentencias como argumento clave, pues lo cierto es que esta sentencia del año 1906 no es tan concluyente como la de 1917, como ahora veremos, pues no contempla un caso de retracto de cuota indivisa por el colindante, sino el supuesto contrario: el retracto de una finca entera por uno de los comuneros de la finca colindante. Claro que el resultado obtenido es prácticamente igual, pero insistimos en no centrarnos demasiado en esta sentencia de 1906, sobre todo teniendo en cuenta que ese supuesto contrario (aunque, en cierto modo, análogo) tampoco se contempla por el Tribunal Supremo como referido directamente al caso decidido, pues el que se contempla en definitiva es el caso de retracto de finca entera ejercitado por *todos los comuneros* de la finca colindante, y sólo por vía hipotética, en el supuesto de que careciera de legitimación para ejercitar el retracto alguno de los comuneros-colindantes—lo que no se admite en realidad—, se recoge ese caso contrario de retracto de finca ejercitado por quien *sólo tiene una cuota indivisa* en la finca colindante. De todo lo cual se desprende que hay que proceder con cautela a la hora de valorar esta juris-

y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior». Por tanto, falta la «unidad de titularidad», y consiguientemente no existe finca unitaria ni unidad de regulación.

(37) Téngase en cuenta que no cabe realizar, desde el punto de vista hipotecario, agrupación ni agregación de una a otra finca, ni cabe inmatricular el conjunto en un mismo folio registral, pues falta esa unidad de propietario, a que aludíamos en la nota anterior.

(38) *Ob. cit.* en la nota 27, pág. 184.

prudencia como «doctrina legal», pues el enlace de las sentencias de 1906 y de 1917 no es todo lo claro que podría exigirse.

En cualquier caso, la citada sentencia de 1906 es al menos *indiciaria* de la tesis que estamos manteniendo, y por ello vamos a exponer el caso y la solución de la misma. A efectos de su identificación, la vamos a denominar la del «caso del retracto del Prado Dos Carballinos» (Sentencia de 30 mayo de 1906).

Como acabamos de apuntar, se trata de un caso en que el retracto fue ejercitado por *todos* los titulares de la finca colindante de la que fue objeto de venta, pero el recurrente (comprador de la finca retraída) entendía que a algunos de esos titulares les faltaba legitimación para ejercitar el retracto, por lo que, en definitiva, dicho recurrente planteó la cuestión como si se tratara de un supuesto de ejercicio del retracto por uno solo de los comuneros. En concreto, éstos son los argumentos del recurrente, partiendo de esa idea de que sólo uno de los retrayentes había acreditado su condición de dueño de la mitad indivisa de la finca colindante: «no procede admitir el retracto de colindantes por quien sólo tienen una cuota indivisa», pues «según el artículo 397 del propio Código civil, ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudiera resultar ventaja para todos, y alteración supondría, en el estado de derechos de régimen de comunidad, el uso del retracto por parte de uno solo de los condueños, pues ello equivaldría a adjudicarse la parcela de terreno lindante con la finca retraída, en contra del condominio de los demás; además de que hay que considerar que el retracto de aledaño se hace derivar de la relación de contigüidad, y se estableció con el propósito de corregir la exagerada división de la propiedad, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de marzo de 1893, 25 de noviembre de 1895 y 8 de julio de 1903, y ese fin, que es de interés público, podría quedar burlado si se consintiera que un condueño retrajera la finca que se suponía colindante, porque pudiera resultar luego, al hacerse la partición del condominio, que le correspondía al retrayente parcela distinta de la contigua, con lo que no se habría conseguido la unificación de la propiedad, y quedaría sin cumplirse la finalidad de la ley».

El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma el retracto de colindantes, diciendo:

«Considerando que no son de estimar los motivos primero, sexto y séptimo del presente recurso referentes en su esencia a la falta de acción que se imputa a los actores, porque dado el carácter con que sucedieron unos y pueden suceder otros, al fallecimiento de don José Muiño, según el testamento de 11 de noviembre de 1887 otorgado por doña Manuela

Muñoz, en ellos únicamente y en su totalidad residen las facultades necesarias para el ejercicio de los derechos dimanantes de la propiedad y el carácter de sucesores o causahabientes de la testadora doña Manuela; esto aparte de que bastaría el especialmente ostentado por doña Josefa Muñoz para ejercitar la acción de retracto entablada, pues aunque la finca que sirve de base al retracto la tenga en comunidad con los demás, no por razón del éxito del mismo se puede considerar alterada la sustancia de la cosa poseída en común, porque no es en ella donde se hace la alteración a que se refiere el artículo 397 del Código civil de una finca a otra».

De la lectura de este «Considerando» se desprende lo que antes habíamos apuntado: que la *ratio decidendi* de primer grado de esta sentencia no hace referencia al problema de la cuota indivisa, ya que sólo por vía de refuerzo (pues dice: «esto aparte de que bastaría...») se alude a la citada cuestión del retracto ejercitado por quienes sólo tienen una cuota indivisa en la finca colindante.

Centrados en esa vía de mero refuerzo, hay que decir que resulta convincente la argumentación empleada por la sentencia frente a una de las alegaciones del recurrente. Este pretendía ver una alteración en el régimen de la comunidad respecto a la división de la cosa común, señalando que al dividirse la finca común en su día, habría que adjudicar al retrayente (comunero-colindante) la parte material de finca contigua a la finca retraída. El Tribunal Supremo señala que el éxito del retracto de colindantes no tiene por qué alterar la sustancia de la cosa poseída en común «porque no es en ella donde se hace la alteración a que se refiere el artículo 397 del Código civil... consistiendo como consiste el hecho en la mera agregación de una finca a otra». Y es que—añadimos nosotros—no hay ninguna regla sobre división de la cosa común que establezca de un modo necesario que ha de adjudicarse a uno de los comuneros la porción de finca que linde con otra de su propiedad privativa (39). El propio recurrente se contradice en cierto modo, al reconocer a renglón seguido que podría corresponder al retrayente parcela distinta de la que linda con la finca retraída.

(39) No obstante, MANRESA parece dar a entender que existe tal regla de división en un ejemplo que pone para demostrar que el fin que persigue la ley (en relación con el retracto de colindantes) se consigue de igual modo vendiendo o comprando un partícipe, que comprando o vendiendo todos: «A y B poseen, por mitad y proindiviso, una finca, A vende a C, y no conviniéndole a B retraer, ejerce el retracto D, propietario colindante. Si a éste se concede el derecho, aunque B no quiera vender, D exigirá la división material y aumentará determinadamente su finca (este subrayado es nuestro). Si en el ejemplo propuesto vende D y B no quiere retraer, podrá hacerlo solamente A, consiguiéndose el mismo fin» (ob. cit. en la nota 32, pág. 363).

En lo que no se muestra muy preciso el Tribunal Supremo en esta sentencia es en la indicación de que se produce aquí «una mera agregación de una finca a otra», pues desde el punto de vista técnico no puede existir agregación de fincas cuando éstas pertenecen a distintos titulares, como ocurre en este caso. Pero es evidente que el Tribunal Supremo no quiere referirse a la agregación en su sentido técnico-jurídico (hipotecario), sino a la mera colindancia física, que no altera para nada el régimen jurídico de la finca contigua poseída en común.

A lo que ni siquiera alude la sentencia es a la finalidad del retracto de colindantes, a pesar de que el recurrente señaló que no se cumplía en este caso la finalidad del mismo consistente en corregir el minifundio. Pero respecto a esto, vale todo lo que dijimos antes cuando apuntamos que tal finalidad se cumple también, aunque de un modo indirecto, cuando se retrae una cuota indivisa, pues se produce en el caso de esta sentencia el mismo resultado de retracto de cuota indivisa, sólo que en un caso inverso de retracto de la finca entera por uno de los comuneros de la finca contigua.

Podemos concluir, por tanto, que hay dos sentencias que favorecen la tesis de que cabe el retracto del colindante cuando se vende una participación indivisa de la finca contigua: la sentencia de 20 de enero de 1917 (caso de la finca «El Lomito o La Cascabela»), que contempla directamente el supuesto y lo soluciona admitiendo el retracto de cuota indivisa; y la sentencia anterior de 30 de mayo de 1906 (caso del retracto del «Prado Dos Carballinos»), que contempla, por vía subsidiaria o de hipótesis, el supuesto de retracto ejercitado por uno solo de los comuneros de la finca colindante cuando se vende la totalidad de ésta, admitiendo tal posibilidad.

7. LA SOLUCION QUE CONSISTE EN DISTINGUIR EL PUESTO JERARQUICO DEL COLINDANTE RETRAYENTE DE FINCA Y EL RETRAYENTE DE CUOTA INDIVISA. SU CRITICA

Otra alternativa para resolver la cuestión que estamos estudiando podría consistir en diferenciar el puesto jerárquico del colindante, según ejerce el retracto respecto de una finca entera (40) o de una participación indivisa. Los autores de la teoría anteriormente expuesta intuyen la diferencia entre uno y otro supuesto (41), pero exageran el resultado de la dife-

(40) Al caso de finca entera hay que asimilar, a estos efectos, el de parte material de finca, perfectamente deslindada, en virtud de segregación o división.

(41) Antes hemos visto cómo MUCIUS SCAEVOLA, refiriéndose al caso de retracto de cuota indivisa, se preguntaba: «¿No es cierto que (el retracto de colin-

renciación negando el retracto de colindantes, en relación con una participación indivisa.

En la presente alternativa, que exponemos a modo de hipótesis (ya que no ha sido defendida por ningún autor), se admite el retracto de colindantes en ambos supuestos, pero reconociendo un puesto superior en la escala jerárquica al colindante retrayente de finca entera, relegando al colindante que retrae una cuota indivisa a un puesto inferior, en relación con otros retractos. La razón de esta diferenciación podría ser el distinto modo de cumplir la finalidad de la institución del retracto de colindantes en uno y otro caso: cuando el colindante retrae una finca entera, se cumple plenamente la finalidad de la ley de corregir el minifundio; en cambio, cuando el colindante retrae una participación indivisa, lo único que se produce, de momento, es la entrada del colindante en la comunidad, aunque indirectamente y a la larga pueda producirse una corrección del minifundio.

Desde esta perspectiva podría llegarse a la conclusión de que no hay ningún conflicto ni contradicción entre el Código civil y la legislación de Arrendamientos Rústicos en relación con el retracto de colindantes, a base de entender que el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código sólo se refiere al colindante retrayente de cuota indivisa y, en cambio, el número 5.º del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos sólo se refiere al colindante retrayente de finca entera.

Partiendo de este ámbito de aplicación de una y otra disposición legal, se señalarían en concreto los dos supuestos de concurrencia de retrayentes:

a) *Primer supuesto: venta de finca entera o de parte material segregada de ella.*—En este caso, la cuestión de la preferencia entre comuneros, colindantes y arrendatarios en el ejercicio del retracto, quedaría reducida al problema de la concurrencia entre colindantes y arrendatarios, interpretando que el comunero no puede ser nunca retrayente de finca entera, dado que el artículo 1.522 del Código civil sólo prevé el retracto de comuneros «en el caso de enajenarse a un extraño *la parte* de todos los demás condueños o de alguno de ellos», y resulta que en el caso de

dantes en tal caso) presenta caracteres tan anormales, tan desviados del tipo original, que no cabe reputarlo como una variedad del mismo?» Y PUIG BRUTAU también destaca la distinta valoración de uno y otro supuesto cuando dice que «el resultado que se obtendría con el ejercicio del derecho de retracto por parte del dueño de esta última (de la finca colindante de la que se vende en cuanto a una participación indivisa) sólo daría lugar, de momento, a que la comunidad se mantuviese en iguales términos, con la única diferencia de haber quedado sustituido uno de los comuneros», y que en el artículo 1.524 se trata «de una valoración hecha a base de tener en cuenta el momento en que ambos pueden tener efectividad». Véanse *obras citadas* en las notas 25 y 26.

enajenación de la totalidad de una finca o de parte segregada, tienen que vender todos los comuneros, cada uno su participación respectiva, por lo que no es posible que ejerciten el retracto de comuneros los propios vendedores. Por tanto, en este supuesto quedan frente a frente el colindante y el arrendatario, siendo preferente el primero por resultar así del número 5.º del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos (recogida en el vigente Reglamento de Arrendamientos rústicos). Habría que añadir que el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil no es ningún obstáculo, pues se parte de que su ámbito de aplicación va referido únicamente al supuesto de enajenación de participación indivisa de finca, ya que contempla la concurrencia entre comunero y colindante y ésta sólo es posible cuando se enajena una cuota indivisa, dado que, según se dijo, es el único caso en que el Código contempla el retracto de comuneros.

b) *Segundo supuesto: venta de participación indivisa.*—Aquí sí se daría la concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatario en el ejercicio del retracto, pero a diferencia del caso anterior, el colindante sólo va a retraer una cuota indivisa, por lo que se estaría en el ámbito del párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código, es decir, tendría que ocupar un puesto jerárquicamente inferior al comunero, cualquiera que sea la antigüedad de éste. Habría que partir de que el Reglamento de Arrendamientos rústicos no se refiere a este colindante retrayente de cuota indivisa, cuyo puesto ya resulta señalado en el Código civil, por lo que el orden de prelación sería el siguiente:

- 1.º El comunero que lleve más de tres años en la comunidad.
- 2.º El arrendatario.
- 3.º El comunero que lleve en la comunidad tres o menos años.
- 4.º El colindante.

Pero para aceptar esta solución habría que demostrar que la legislación arrendaticia sólo ha querido referirse al colindante retrayente de finca entera. Y esto es muy problemático ya que el número 5.º del artículo 16 *no distingue* y, encima, rodea al colindante con la expresión «en todo caso», que parece ser generalizadora. Claro que, actuando a la defensiva de esta solución, podría decirse que dicha expresión no es ningún obstáculo, pues aparece en el número 5.º como contrapuesta a la indicación de la antigüedad de más de tres años que se señala al comunero (*«en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años»*), por lo que hay que interpretar que la expresión «en todo caso» hace referencia únicamente al aspecto temporal, en el sentido de que tratándose del colindante, da igual el tiempo que lleve como propietario de su finca. Resulta más lógico interpretar así dicha expresión—se diría, aceptando este

punto de vista—, que no referirla a todos los casos del apartado primero del artículo 16, dado que estamos dentro del contexto del apartado 5.º, del que no haría falta salir para interpretar una frase del mismo, si aparece contrapuesta a la expresión que acaba de emplear en el propio apartado.

Vamos a suponer que la observación es aceptable; pero con ello no se ha dado ningún argumento positivo en pro de que la legislación de arrendamientos sólo se refiere al colindante retrayente de finca entera o parte material de ella. Es más, hemos visto que no distingue supuestos, aun prescindiendo de la expresión «en todo caso».

Claro que todavía se podría decir que el aforismo «donde la ley no distingue, no debemos distinguir» es una regla jurídica cuyo valor no es absoluto, sino simplemente indiciario, careciendo de valor en el caso de existir indicios en pro de la distinción de supuestos, aunque la ley no distinga. Pero ¿qué indicios existen en favor de la distinción entre retrayente de finca y retrayente de cuota en la legislación de Arrendamientos rústicos? Supongamos que alguien sacara a relucir estos tres argumentos en pro de la distinción, que ahora expondremos; nosotros iríamos rechazando tales argumentos, del modo siguiente:

Primera alegación posible: argumento sistemático.—«Debemos distinguir y entender que la legislación arrendaticia sólo puede referirse al colindante retrayente de finca entera o de parte segregada, porque si no fuera así, se produciría una contradicción entre el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código y el número 5.º del artículo 16 de la ley, según se vio antes. Y como hay que evitar una interpretación que lleve a la contradicción entre textos legales, la unidad del sistema impone entender que la Ley de Arrendamientos, al regular la prelación del retracto de colindantes de modo distinto al Código, sólo se refiere al caso no previsto en dicho Código, que, además, *es el normal*, es decir, se refiere al colindante retrayente de finca entera y no al de cuota indivisa, que es el previsto en el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil».

Pero este argumento no nos convence, pues es meramente defensivo. No se da ninguna razón positiva, sino que se trata de una actitud meramente defensiva frente a quien dijera que *no es sistemática la solución* que estamos exponiendo. Pero resulta que nosotros no decimos que *no sea* sistemática, sino, simplemente, que va contra la letra de la ley especial en la que no hay rastro alguno de la distinción que se pretende.

Segunda alegación posible: argumento lógico.—«Debemos distinguir porque se trata de dos supuestos muy diferentes y no es lógico que reciban el mismo tratamiento jurídico. Ciertamente que desde el punto de vista del «objeto retraído», ambos supuestos son cualitativamente idénticos según

se dijo antes; pero desde el punto de vista del resultado y de la finalidad del retracto de colindantes, también se ha dicho que se cumple mucho mejor y de modo más directo esa finalidad en el caso de retraerse la totalidad de una finca o parte segregada de ella, pues en tal supuesto se funden ambas fincas en una unidad jurídica, por pertenecer a un solo propietario dos fincas colindantes; y esto no ocurre cuando el colindante retrae una participación indivisa. Por ello, habría que señalar distinta jerarquía a dos supuestos de retracto que cumplen de modo muy diferente la finalidad de la institución.»

Pero con esta alegación tampoco se argumenta nada, sino que se explica o defiende una tesis obtenida *a priori*, exponiendo una serie de indicios que, aunque interesantes, no resultan concluyentes, pues falta el argumento clave consistente en deducir lo que resulta del tenor y sentido de la ley, que no es lo que se propone, ya que la ley no distingue. Y aunque haya algunas diferencias en uno y otro supuesto, no por ello se puede concluir que tales diferencias han de concretarse en un puesto distinto en la jerarquía de retractos, máxime teniendo en cuenta que, desde el punto de vista del objeto retraído, hay identidad de situaciones. A lo sumo, si la ley estableciera la distinción o resultara la misma de algún texto o de su sentido, podría apoyarse la idea aludiendo a todas esas explicaciones, pero éstas no cabe utilizarlas como razones de primer grado, sin soporte legal alguno.

Tercera alegación posible: el sentido del número 5.º del artículo 16.— A pesar de todo, podría seguir esta otra alegación: «Debemos distinguir porque de la propia regulación del número 5.º del artículo 16 resulta esa idea de establecer un distinto puesto jerárquico para el colindante en uno y otro caso. En la venta de una participación indivisa, el colindante retrayente lo único que va a adquirir, de momento, es la condición de comunero; ahora bien, se trataría de un comunero que acababa de ser comunero, es decir, de un comunero muy reciente. Y con este planteamiento, se podría utilizar el argumento *de maiore ad minus*, dentro del esquema del número 5.º del artículo 16: si el comunero que lleva un cierto tiempo en el condominio (aunque no superior a tres años) *no es preferente* al arrendatario en el ejercicio del retracto, no lo va a ser quien, como el colindante, lo único que va a conseguir al ejercitar el retracto es hacerse comunero, siendo, por tanto, su antigüedad en el condominio «inferior a cero» (si se permitiera emplear esta expresión), ya que cuando ejercita el retracto sólo tiene una expectativa de ser comunero. Concluyéndose que la interpretación del propio número 5.º del artículo 16 exige diferenciar los dos supuestos retrayentes, a efectos del orden jerárquico de retractos.»

- El párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código civil. He aquí otro precepto de nuestro ordenamiento que puede revelar la inoperancia de la distinción entre comuneros de diferente antigüedad, pues dice que «cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común». En este artículo no aparece ningún rastro de la distinción a efectos de retracto, entre comuneros de tres o más años de antigüedad, de donde se desprende que en ese aspecto, el Reglamento de Arrendamientos rústicos no es conforme con el sentido general del ordenamiento.
- El artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos prescinde igualmente de la distinción entre comuneros, según su antigüedad, pues se limita a decir que «el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de retracto reconocido al condeño de la vivienda o local del negocio transmitido».

Crítica de esta solución.—A pesar de todos estos indicios, se reconocerá que es exagerado no admitir la vigencia de la legislación arrendaticia rústica en un aspecto tan clara y tajantemente establecido como es el de la distinción entre comuneros de antigüedad superior o no a tres años.

Y es que, a no ser que aparecieran abrumadores pruebas en contra, lo lógico y normal es pensar que la ley posterior deroga a la anterior, y no viceversa, como resultaría de esta solución. Concretamente, el artículo 1.524 del Código civil no puede impedir la vigencia de un precepto posterior al mismo que es de igual rango, como es el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 (hoy recogido en el Reglamento) que establece la distinción entre comuneros de antigüedad superior o no a tres años en relación con la preferencia entre retrayentes de FINCAS RÚSTICAS.

Por otro lado, el párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código lo único que revela es que *entre comuneros* (relación interna) no existe ninguna preferencia, quedando a salvo el problema del orden de preferencia respecto a otros retrayentes y siendo posible dar una solución coordinadora de ese aspecto interno a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.522 con el aspecto externo (relación con otros retrayentes) a que se refiere el número 5.º del artículo 16 del Reglamento según veremos después (43).

En fin, el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no tiene

(43) Más adelante, cuando expongamos la última alternativa (rectificación del párrafo segundo del artículo 1.524 del Código) y el orden de prelación que resulta de dicha solución, desarrollaremos esta distinción entre el aspecto interno y el aspecto externo del retracto de comuneros.

que ver con la legislación de Arrendamientos Rústicos, pues se refiere al inquilino, que ofrece distinta problemática que el colono. Además, el argumento podría ser reversible: también cabe pensar que un aspecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos de imposible vigencia es la NO DISTINCION entre condueños de antigüedad superior o no a tres años, después de haberla establecido la ley de Arrendamientos Rústicos. Pero no hay necesidad de llegar a esta conclusión dentro de nuestro ordenamiento vigente, pues es perfectamente compatible, dado el distinto ámbito (lo urbano y lo rústico) de una y otra ley, mantener la distinción de comuneros según la antigüedad, en una y no en la otra. Sin perjuicio de defender la equiparación a efectos de la legislación futura.

Además, la distinción entre comuneros de antigüedad superior o no a tres años es interesante para evitar que se defraude fácilmente el retracto del arrendatario o del colindante, por lo cual no es convincente hacer desaparecer una distinción tan claramente establecida por una ley posterior al Código civil como es la Ley de Arrendamientos Rústicos.

b) *Segunda hipótesis: el aspecto de imposible vigencia de la legislación arrendaticia es la referencia al colindante.*—Situándonos en la misma orientación consistente en encontrar algún punto de la Ley de Arrendamientos que no ha podido entrar en vigor por oponerse al resto del ordenamiento no derogado, cabría pensar que no es la distinción entre comuneros de una u otra antigüedad el aspecto que debe ser excluido del contenido de la ley, sino la idea de que el colindante es prefrente, en materia de retractos, al arrendatario y al comunero de tres o menos años de antigüedad.

La argumentación podría ser la siguiente: como según el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil, el colindante es excluido por el comunero, sin distinguir la antigüedad de éste en el condominio, y es el Código civil y no la Ley de Arrendamientos Rústicos la normativa aplicable al retracto de colindantes, hay que prescindir de la referencia que dicha ley hace del colindante, por oponerse a lo que resulta del Código civil. Por tanto, el colindante ha de ocupar el último puesto, detrás del comunero de tres o menos años de antigüedad. Téngase en cuenta que la Ley de Arrendamientos Rústicos puede perfectamente situar al arrendatario entre comuneros de una u otra antigüedad, pues con ello no se opone al Código civil, dado que éste no regula el retracto del colono; pero se dirá que lo que no puede hacer es regular el retracto del colindante de un modo diferente al Código civil, que es el Cuerpo legal adecuado para ocuparse de un retracto que no es objeto de específica atención por la Ley de Arrendamientos Rústicos, que sólo se ocupa, por definición de la misma, del colono o arrendatario rústico.

Crítica de esta solución.—Tampoco nos convence esta solución, porque tropieza con el sentido y con la letra de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Si el problema de la preferencia del retracto de colindantes no tuviera ninguna conexión con el retracto del colono, sería válida esa idea de que la legislación arrendaticia no tiene por qué ocuparse de aquél. Pero es que resulta que está en juego la regulación de la prelación del retracto del colono, ya que la ley considera que éste debe quedar por debajo del colindante en esta materia. Y no se diga que el Código civil se opone a esta conclusión, pues no se ocupa del retracto del colono.

Por tanto, esta solución tiene el mismo fallo que la anterior al saltar por encima de la letra y sentido del artículo 16, apartado 5.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. Téngase en cuenta que en la reforma del año 1949, el legislador tuvo en la mano dejar inoperante esa preferencia del colindante sobre el arrendatario ordinario, y sin embargo, la mantuvo, ya que relegó al colindante a un puesto jerárquicamente inferior SOLAMENTE en relación con el arrendatario «protegido». Y con la solución que hipotéticamente estamos exponiendo, quedan equiparados los supuestos de arrendatario protegido y arrendatario ordinario respecto a la prelación de retractos, a pesar de que el legislador de 1949 estableció expresamente la diferencia en relación con el retracto de colindantes.

Además, si se admitiera dicha solución, el retracto del colindante podría quedar defraudado con toda facilidad, pues bastaría que quien pretendiera comprar una finca eludiendo a los colindantes, firmara previamente un contrato de arrendamiento, obteniendo preferencia por este medio tan sencillo. Y no cabe pensar que una solución que se preste a eludir tan fácilmente el retracto del colindante, sea la querida por la ley, que precisamente para evitar esto coloca al colindante por encima del arrendatario (44).

En conclusión: no somos partidarios de aplicar ninguna de estas soluciones al presente caso, tan claramente regulado por la Ley de Arrendamientos Rústicos.

(44) Sin embargo, tratándose de arrendatario protegido, el párrafo 5.º del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos coloca al colono en lugar preferente al del colindante. En tal caso, también se presta al fraude, pero no tanto como en el caso del arrendamiento ordinario, pues en el arrendamiento protegido se exigen algunas condiciones para serlo, y, en cambio, respecto al arrendamiento ordinario basta la firma del contrato. A pesar de todo, nosotros somos partidarios de poner el límite de tres años al arrendatario tanto ordinario como protegido para que pueda ejercitar su derecho de retracto con preferencia al colindante. Pero esto es un problema *de iure condendo*.

9. LA SOLUCION QUE CONSISTE EN ENTENDER
RECTIFICADO EL PARRAFO 2.º DEL ARTICULO 1.524
DEL CODIGO CIVIL POR EL ARTICULO 16 DE LA LEY
DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS AL DISTINGUIR ENTRE
COMUNEROS SEGUN SU ANTIGÜEDAD: VENTAJAS
DE ESTA SOLUCION

Sólo nos queda examinar la última solución de las que expusimos anteriormente como alternativas posibles. Consiste en interpretar que la Ley de Arrendamientos Rústicos, por ser posterior al Código civil y de igual rango normativo que él, lo ha derogado en todo aquello en que sea incompatible con la misma. Ya vimos que ALBALADEJO indicaba esta solución como una de las dos posibles para resolver el conflicto entre el Código y las leyes especiales en materia de retractos, pero no desarrollaba esta alternativa dado el carácter general de su obra (45).

Por nuestra parte, entendemos que hay base para interpretar que la Ley de Arrendamientos Rústicos (recogida hoy en el Reglamento) ha derogado en un concreto aspecto el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil, o mejor dicho, dado el aspecto parcial de la derogación, que el citado párrafo ha sido rectificado por la ley. Donde el Código civil no distingue (pues no alude a la antigüedad de los comuneros), la ley especial de Arrendamientos Rústicos ha distinguido, y su distinción entre comuneros de más de tres años de antigüedad y de tres o menos años debe ser incrustada en el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código. En consecuencia, según esta idea, el párrafo segundo de dicho precepto del Código ha quedado tácitamente rectificado por el número 5.º del artículo 16 de la ley, en el siguiente sentido: «El retracto de comunero excluye al del colindante *cuando lleve en el condominio más de tres años, pero no en otro caso.*»

Decimos que se trata de una rectificación y no de una derogación del contenido total de dicho artículo, pues no se puede prescindir del artículo 1.524 del Código totalmente, ya que la ley especial no acaba de concretar cuál es preferente entre el comunero de más de tres años de antigüedad y el colindante, y para evitar la laguna hay que seguir recurriendo al Código civil, entendiendo que es preferente el comunero de tal antigüedad y que la ley especial lo único que ha rectificado es la prelación indiscriminada del Código, precisando que sólo puede admitirse la pre-

(45) Obra repetidamente citada. Véase nota 9.

lación del comunero cuando lleve en el condominio más de tres años de antigüedad.

Ventaja de esta solución.—Se comprenderá en seguida la conveniencia de llegar a esta solución, pues en materia de retractos siempre está acechando la figura del fraude de ley, al objeto de eludir el orden de prelación marcado por la misma, por la cual, cualquier prevención para evitar el fraude resulta interesante. Y la distinción entre esos dos tipos de comuneros, según su antigüedad, dificulta el propósito de hacerse comunero por el mero afán de adquirir una preferencia que de otro modo no se tendría. La exigencia de permanecer en la comunidad durante más de tres años para ejercitar con preferencia el retracto, dificultará la floración de comuneros «espontáneos», sin vocación alguna de comuneros. Precisamente, la *ratio* de la introducción de la distinción en la Ley de Arrendamientos Rústicos responde a esta idea, y así la explica RODRÍGUEZ SOLANO diciendo que «la preferencia antes indicada tiene la modalidad de que sólo goza de ella el comunero que lleve en la comunidad más de tres años, sin duda para evitar que de esta forma pudieran hacerse ilusorios los derechos del arrendatario sin más que constituir previamente a la transmisión del inmueble arrendado una copropiedad integrada por el propietario con un tercero que pudiera ser el propio adquirente» (46). La misma protección necesita el colindante, y con la presente solución queda debidamente protegido. No basta permitir el retracto del colindante cuando se venda una participación indivisa para hacer entrar en la comunidad al que va a adquirir posteriormente la finca (con fines de fraude, por tanto), pues puede pasar inadvertido para el colindante tal propósito fraudulento, no teniendo ya remedio en la segunda fase, cuando se venda al mismo que adquirió la participación indivisa la cuota restante.

Argumentación de esta tesis. Dificultades.—Una vez resaltada la conveniencia de llegar a esta solución, veamos la argumentación en favor de la misma.

Hay que partir del artículo 5.º del Código civil cuando dice que «las leyes sólo se derogan por otras posteriores». En el presente caso, la Ley de Arrendamientos Rústicos ha derogado el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código en el aspecto concreto que acabamos de indicar, pero no de una forma expresa, sino tácitamente, por incompatibilidad de preceptos. Efectivamente, si el artículo 1.524 del Código establece la preferencia del retracto de comuneros sobre el de colindantes, sin distinguir el tiempo que el comunero lleve en el condominio; si la Ley de Arrendamientos Rústicos, con posterioridad al Código estableció la distinción entre comu-

(46) *Ob. cit.* en la nota 19, pág. 28.

ros de antigüedad superior a tres años—preferentes al retracto del colono—y comuneros de tres o menos años de antigüedad—de rango inferior al retracto del colono—; y si dicha ley señala la preferencia del colindante sobre el arrendatario; partiendo de todo esto, no habrá más remedio que admitir que la distinción establecida por la ley arrendaticia es incompatible con la preferencia indiscriminada del comunero sobre el colindante, tal como se recoge en el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código; y como no caben soluciones intermedias o diferenciadoras de los ámbitos de aplicación de la ley y del Código (tesis del doble orden de prelación) por las razones expuestas al principio de este estudio, la conclusión ha de ser que la Ley de Arrendamientos Rústicos, por ser posterior al Código, lo ha rectificado introduciendo la distinción de comuneros en el párrafo 2.º del artículo 1.524.

Reconocemos que esta argumentación ofrece inconvenientes, pues es sabido que hay que proceder con mucha cautela en materia de derogación tácita (47). Debe existir identidad de supuestos y una verdadera incompatibilidad de preceptos reguladores. Y en el presente caso, cabe preguntar: ¿existe tal identidad de supuestos e incompatibilidad de leyes?

Para contestar a esta pregunta, distinguiremos dos casos de concurrencia: el de concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios y el de simple concurrencia de comuneros y colindantes. En principio, el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código contiene una regulación referida a comuneros y colindantes que es aplicable en ambos supuestos, pues la presencia del arrendatario no cambia el problema de la relación de comuneros y colindantes en esencia, pues no se ve qué tipo de influencia puede producir ese elemento extraño en orden a la prelación entre comuneros y colindantes. Queremos decir que desde el punto de vista del Código civil, el tratamiento de la prelación entre comuneros y colindantes es idéntico, tanto si existen arrendatarios como si no, pues ni distingue ni lógicamente puede afectar a aquéllos.

Para concretar la derogación tácita acabamos de partir de una regulación unitaria del Código civil, que tiene el carácter de indivisible, pues

(47) Dice FEDERICO DE CASTRO, al hablar de la derogación tácita, que «se impone entonces una delicada tarea interpretativa, en la que se han de tener en cuenta las distintas disposiciones en cuestión, examinando sus preceptos, sistema y criterio informadores (sentencia del T. S. de 30 de agosto de 1924)». «Se puede señalar, como indicación orientadora, que para admitir la *voluntas abrogandi* de la nueva disposición respecto a otra anterior se precisan los siguientes requisitos: 1.º Igualdad de materia en ambas leyes; 2.º Identidad de los destinatarios de sus mandatos, y 3.º Contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos.» «No cabe inducir fácilmente la derogación de preceptos legales. Las leyes, como base de seguridad social, cuya desaparición dejaría en la incertidumbre tantas situaciones jurídicas, tienen una notable *vis inertiae*» (*Derecho Civil de España*, Parte General, I, 1955, págs. 701 y 702).

no hay razón para admitir un distinto trato en uno y otro supuesto de concurrencia. Retengamos, pues, esta identidad de regulación de supuestos de concurrencia, pues es la clave de la cuestión, frente a la tesis del doble orden de prelación.

Ahora entremos en la legislación de arrendamientos rústicos. No cabe duda de que ésta regula el supuesto de concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios en el número 5.º del artículo 16, estableciendo un régimen que es incompatible con el del Código civil, pues mientras en éste el comunero es preferente siempre al colindante, en la ley especial el colindante, concurriendo con colonos y comuneros, es preferente a ellos si el tiempo de antigüedad de los comuneros en la comunidad es de tres o menos años. Por tanto, el resultado de este análisis es que, tratándose del primer supuesto de los dos que apuntábamos (concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios) existe una incompatibilidad de regulación entre el Código y la ley y que ésta lo ha derogado tácitamente en aquello que se le opone.

Pero recordemos que hemos partido de la identidad esencial entre el supuesto citado de concurrencia múltiple y el supuesto de concurrencia simple de comuneros y colindantes, por la sencilla razón de que el arrendatario es un elemento totalmente extraño y ajeno para el problema de la prelación entre comuneros y colindantes, no habiendo ninguna razón para que su presencia afecte a la prelación entre dichos retrayentes. Podrá quedar afectado el comunero en su relación con el arrendatario, o el colindante en relación con el mismo, pero no la relación entre comuneros y colindantes.

Partiendo de dicha identidad, y aunque a primera vista pudiera parecer que en el supuesto de concurrencia simple de comuneros y colindantes (sin arrendatario) no hay derogación tácita por entender que mal puede la legislación de arrendamientos rústicos derogar una materia ajena al arrendamiento, sin embargo, hay que llegar a la conclusión contraria: que por ser idéntico el supuesto de concurrencia simple de comuneros y colindantes al supuesto de concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios, en lo relativo a la prelación existente entre comuneros y colindantes, por esa identidad, si admitimos la derogación tácita de la regulación de la prelación entre ambos retrayentes en el caso de concurrencia múltiple, hay que admitir la derogación tácita en el caso de concurrencia simple.

En definitiva, la derogación en este segundo supuesto de concurrencia simple no se produce por oposición directa de leyes, sino por vía de consecuencia, al partir de la identidad entre ese supuesto y el regulado de forma opuesta por la ley especial.

La crítica que antes hicimos de la tesis del doble orden de prelación está en línea con lo que venimos exponiendo y nos ayuda a concluir que, dados los absurdos a que llegamos con la admisión de una derogación parcial del Código civil (sólo respecto a la concurrencia múltiple), no hay más remedio que admitir una derogación *total* del Código respecto a la prelación del comunero de tres o menos años de antigüedad sobre el colindante, exista o no arrendatario. ¿Qué más da a efectos de la prelación entre comuneros y colindantes que exista arrendatario o que ejercite el retracto? Como no sabemos dar una respuesta diferenciadora entre el supuesto de concurrencia y el de no concurrencia del arrendatario, tenemos que ser unificadores a efectos de la derogación en bloque del párrafo segundo del artículo 1.524 del Código en lo relativo al comunero de tres o menos años de antigüedad. En otro caso, llegaríamos al callejón sin salida, al retruécano o círculo vicioso de la tesis del doble orden de prelación.

Por tanto, a pesar de las cautelas y restricciones con que hay que admitir la derogación tácita, admitimos aquí francamente dicha derogación en el sentido indicado.

El orden de prelación de retractos según esta tesis.—¿Cómo queda, pues, el orden de prelación de los retractos de comuneros, colindantes y arrendatarios?

Del modo siguiente:

- 1.º Comuneros de más de tres años de antigüedad (párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código y núm. 5.º art. 16 R. A. R.).
- 2.º Colindante (conforme a los dos preceptos últimamente citados).
- 3.º Arrendatario (núm. 5.º art. 16 R. A. R.).
- 4.º Comuneros de tres o menos años de antigüedad (núm. 5.º artículo 16 R. A. R.).

Hay que advertir, a diferencia de lo que señala la tesis del doble orden de prelación, que la escala que acabamos de exponer tiene aplicación no sólo a los casos de concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios, sino también respecto a la concurrencia de comuneros y arrendatario, o comuneros y colindantes o colindantes y arrendatario. Bastará, según los casos, prescindir del retrayente correspondiente y mantener en lo demás el orden jerárquico de dicha escala.

Pero la misma no la consideramos aplicable a la prelación de los comuneros entre sí, ya que no hay que entender que los comuneros de más de tres años de antigüedad tienen preferencia sobre los de menor antigüedad, debido a que el párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código civil sienta

la conclusión contraria diciendo que «cuando dos o más copropietarios quieran usar el retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común». Claro que se nos podría decir que frente a dicho precepto del Código está el número 5.º del artículo 16 de la legislación especial de arrendamientos, que coloca al comunero de tres o menos años de antigüedad en el último puesto, por debajo del retracto arrendaticio, y si el comunero de más de tres años de antigüedad es preferente al arrendatario, ha de serlo también al comunero de menor antigüedad, por deducción lógica. Pero contestaríamos diciendo que en este caso no hay que proceder con la misma argumentación que en el caso del párrafo segundo del artículo 1.524, pues estamos en presencia de un problema distinto. En relación con el párrafo segundo del artículo 1.522 está todo el problema del régimen interno de la comunidad y, concretamente, el artículo 393 del Código civil que dice que «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas». Y todo esto puede compatibilizarse en esta ocasión con la regulación del número 5.º del artículo 16 de la ley de Arrendamientos, sin necesidad de llegar a la derogación tácita del párrafo segundo del artículo 1.522. Este último es aplicable a la relación interna entre comuneros (distribución del objeto retraído «a prorrata»). En cambio, el número 5.º del artículo 16 del Reglamento de los comuneros con otros retrayentes (aspecto externo) distinguido, a esos únicos efectos, entre comuneros según su antigüedad.

Concretaremos nuestro punto de vista en esta materia, distinguiendo todos estos supuestos: *a)* si concurren en el ejercicio del retracto comuneros de más de tres años de antigüedad con otros de tres o menos años de antigüedad, debe aplicarse el párrafo segundo del artículo 1.522 del Código civil (distribución «a prorrata»); *b)* si concurren comuneros de más de tres años de antigüedad con colindantes o arrendatarios, debe aplicarse el número 5.º del artículo 16 R. A. R., y el párrafo 2.º del artículo 1.524 Código civil, de los que resulta la preferencia del comunero sobre dichos retrayentes; *c)* si concurren comuneros de tres o menos años de antigüedad con colindantes o arrendatarios, los comuneros ocuparán el último puesto, según resulta del número 5.º del artículo 16 R. A. R.; *d)* y por último, si concurren comuneros de más de tres años de antigüedad con otros de tres o menos años de antigüedad y con colindantes y arrendatarios, la preferencia de los comuneros de más de tres años sobre colindantes y arrendatarios (aspecto externo) aprovecha a los comuneros de menor antigüedad, según se desprende del párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código civil (aspecto interno).

Tampoco consideramos aplicable la escala jerárquica reseñada ante-

riormente en materia de arrendamientos urbanos, pues, aparte de que en ese campo no cabe hablar de retracto de colindantes, ha de tenerse en cuenta que el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos urbanos prescinde de la diferenciación entre comuneros de más o menos de tres años de antigüedad, pues dice que «el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de retracto reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido».

Conviene aclarar que esta diferencia de regulación de la legislación de arrendamientos urbanos no es ningún obstáculo para la tesis que hemos mantenido, referida sólo al ámbito de lo rústico, ya que la propiedad rústica y la urbana responden a distintas orientaciones y, aunque *de iure condendo* consideramos preferible establecer una regulación uniforme de esta cuestión de retractos, diferenciando la preferencia del comunero según su antigüedad, lo cierto es que *de iure conditio* no es así, sin que pueda verse un contrasentido legal, dada la diferente *ratio* de la legislación urbana y rústica. Baste señalar, a título de orientación, que el inquilino goza de la facultad de prórroga indefinida, a diferencia del colono, lo cual podría explicar (aunque no justificar) que el legislador no se haya preocupado de ponerlo a cubierto del retracto de un comunero cuya antigüedad en el condominio sea de tres o menos años.

10. CONCLUSION

Por tanto, una vez analizadas todas las alternativas, consideramos preferible la última solución expuesta, a pesar de los inconvenientes apuntados. Pero patrocinamos que en un futuro próximo se regule el orden de prelación de retractos con la debida claridad y uniformidad. Aparte de otras precisiones, adelantamos que debería extenderse la diferenciación de jerarquía por la antigüedad, con objeto de que pudiera aplicarse no sólo al caso de los comuneros de fincas rústicas como ya resulta actualmente del número 5 del artículo 16 del R. A. R., según la tesis que hemos defendido), sino también a los condueños de fincas urbanas (rectificándose el artículo 50 de la L. A. U.) y a los propios arrendatarios (tanto inquilinos como colonos), pues existe la misma *ratio* para establecer la distinción de jerarquía según su antigüedad como arrendatarios, que en el caso de los comuneros. De esta forma, se evitaría la proliferación de arrendatarios que sólo tienen de tales el nombre, pues su único propósito es aparecer con dicha condición para obtener una preferencia en una posterior enajenación.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad