

LA CONCURRENCIA DE LOS RETRACTOS DE COMUNEROS, COLINDANTES Y COLONOS ANTE LA ENAJENACION DE FINCAS RUSTICAS ARRENDADAS

Angel Sánchez Hernández
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. PRECEDENTES DE LOS DERECHOS DE TAN-TEO Y RETRACTO RUSTICOS. III. LA CONCURRENCIA DE LOS RETRACTOS DE COMUNEROS, COLINDANTES Y COLONOS ANTE LA ENAJENACION INTERVIVOS DE FINCAS RUSTICAS ARRENDADAS. IV. LA INCIDENCIA DE LA LEY DE MODERNIZACION DE EXPLOTACIONES AGRARIAS EN LA CONCURRENCIA DE LOS RETRACTOS DE COLINDANTE Y DE COLONO.

I. INTRODUCCION.

En los artículos 86 y ss de la LAR de 1980 se contemplan el derecho de tanteo y el derecho de retracto, si bien lejos de ser refundidos en una sola institución, se establecen diferencias entre ellos.

El hecho de que el objeto de este estudio verse sobre los derechos de adquisición preferente en el ámbito arrendaticio rústico no es obstáculo para la validez de los conceptos de tanteo y retracto aptos para todo el Ordenamiento Jurídico. En base al derecho de tanteo, el arrendatario titular del mismo, tiene la facultad de adquirir una finca rústica con preferencia a cualquier otro adquirente hipotético, cuando se proyecte su enajenación, y por el tanto proyectado. El tanteo, es un derecho de preferencia que el arrendatario tiene para adquisición de la finca arrendada, en el caso de que el dueño quiera enajenarla. Contrariamente el derecho de retracto consiste en la facultad adquisitiva del arrendatario sobre la finca ya enajenada a cambio del tanto ya satisfecho por el adquirente.

Mientras el tanteo es un derecho de adquisición preferente que se manifiesta con anterioridad a la enajenación de la finca y por

ello se dirige contra el que pretende vender; el retracto, tiene lugar con posterioridad, una vez que la enajenación está consumada, por eso se dirige contra el comprador y adquirente y hasta contra adquirentes sucesivos.

Si bien no es el objeto de este estudio, no está de más preguntarse si, en el ámbito de la LAR de 1980, los derechos de tanteo y retracto son o no momentos distintos de un mismo derecho de adquisición, así como si entre ellos existe o no una diversidad de estructuras y si participan o no de la misma esencia. Así mismo no es baladí preguntarse sobre la naturaleza jurídica de los derechos de tanteo y retracto ya que si bien como derechos de adquisición preferente son derechos absolutos al ser oponibles frente a cualquier tercero, sin embargo no es claro que puedan calificarse de derechos reales ya que de los mismos no surge un poder directo e inmediato sobre las cosas. El hecho de que solamente sean oponibles frente a futuros adquirentes de la finca rústica, hace más oportuno considerar que la naturaleza no es otra cosa que una facultad de adquisición derivada directamente de la ley¹.

II. PRECEDENTES DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO RUSTICOS.

A lo largo de la evolución histórica se pone de manifiesto que el significado de los derechos de tanteo y retracto son inversamente proporcionales al grado de libre disposición dominical². Así se explica que el Derecho romano ignorase la figura institucional del retracto legal y que éste surgiera y se desarrollara desde el régimen feudal de la propiedad de la tierra hasta nuestros días.

Los derechos de retracto legal encuentran su precedente remoto en la figura jurídica de la propiedad feudal germánica “*Näherrecht*”, mientras que el “*ius prothomiseos*”, figura nacida y desarrollada en el Derecho Intermedio, explica más adecuadamente los derechos de adquisición en su fase preadquisitiva, es decir, como derecho de tanteo ejercitable antes de que la venta se hubiese consumado mediante la tradición de la cosa³.

(1) RODRIGUEZ MORATA, F.A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p.26.

(2) BERCOVITZ,R. *Qué es la propiedad privada*, Barcelona, 1977, pp.10 y ss.

(3) Sobre el particular vide a RODRIGUEZ MORATA, F.A. *Derecho de Tanteo y Retracto en la L.A.U. de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1.996, p. 37 y ss.

Nuestro Código Civil contempla el retracto legal en el artículo 1521 y ss. El artículo 1521 utiliza inadecuadamente el término “retracto” en los de origen legal, dado que retraer significa “volver a traer” y en el retracto legal no se da una facultad de readquisición, sino más bien una pura facultad adquisitiva, siendo más correcto en tal caso la utilización del término tanteo. Además del artículo 1521 Código Civil parece querer explicar el funcionamiento del derecho de retracto legal a través de la subrogación del retrayente en el lugar del comprador, empleando erróneamente un concepto atécnico de subrogación como derecho a subrogarse “en la compra”, no en la posición contractual del comprador. Se alude impropiamente a subrogación como equivalente a “subrogarse en la titularidad de lo comprado”, como “derecho a la transmisión” o un “derecho a adquirir”⁴. Este error en la idea de subrogación como definitoria de los retractos es debido a Pothier⁵, que utiliza un concepto atécnico de subrogación, como equivalente de derecho a ser subrogado “en la compra”, no en la posición contractual del comprador. Al escribirse “derecho a subrogarse” en realidad pretende decirse “derecho a que le sea transmitido” o “derecho a adquirir”⁶.

En realidad, no cabe subrogación en los retractos sino que esa expresión, acuñada por Pothier, ha servido para describir el fenómeno, pero está carente de todo sentido técnico y riguroso.

EL artículo 609, p. 2 “in fine” de nuestro Código Civil establece un sistema transmisivo de corte romano en el que se distingue entre la perfección del contrato y la adquisición de la propiedad, ya que esta exige la “traditio”. Con este sistema transmisivo, se debe distinguir dos momentos en el proceso adquisitivo desde la perspectiva de los derechos de adquisición preferente. En la fase preadquisitiva, el tanteante, titular del derecho de tanteo, se coloca en la

(4) RODRIGUEZ MORATA, F.A. *Derecho de Tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 52.

(5) POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Oeuvres de Pothier, T. III, París, 1861, nº 385, pp. 159 y 160, entiende que la subrogación en los retractos “no tiende a rescindir y destruir el contrato, sino a subrogar en todos los derechos resultantes del mismo a la persona del retrayente en el lugar del comprador sobre el que el retracto es ejercido”. El error radica en que mientras en los retractos voluntarios tiene lugar técnicamente la subrogación, en los retractos legales no puede tener lugar la subrogación por haberse consumado el contrato mediante la prestación del consentimiento contractual, según el sistema transmisivo francés.

(6) COCA PAYERAS, M. *Tanteo y Retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1988, p.421.

misma posición jurídica que tenía el comprador en el contrato de compraventa. La actuación del tanteo se explica mediante el mecanismo de la subrogación: el tanteante se introduce en el contrato convirtiéndose en comprador. En la fase postadquisitiva del derecho de adquisición preferente, se ha consumado el contrato mediante la tradición, por lo que el retracto no afecta tanto al comprador de la cosa cuanto al adquirente de la misma, siendo impropio hablar en este caso de subrogación contractual en sentido técnico. Pudiera entonces pensarse en la resolución contractual como mecanismo propio del retracto. Sin embargo no es así. El retrayente adquiere del adquirente, no del vendedor. No se produce la resolución de la transmisión que sirve de base al ejercicio del retracto. El retrayente cuenta con un derecho absoluto, oponible erga omnes frente a cualquier adquirente posterior del bien retraído. El adquirente actual se ve forzado a la enajenación del bien, a cambio de lo cual, nace a su favor un crédito contra el retrayente, igual al precio pagado en la compraventa, produciéndose una sustitución subjetiva en la posición contractual del adquirente, lo que no puede calificarse como subrogación ni resolución del contrato, sino como una novación⁷.

El retracto legal por título arrendaticio rústico se introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico por el párrafo primero del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, reguladora de los arrendamientos de fincas rústicas. Con él se inició la moderna tendencia social de facilitar el acceso a la pequeña propiedad, posibilitando que los arrendatarios de fincas rústicas puedan pasar a ser propietarios de las que en tal concepto cultivan, cuando su dominio se transmite a título oneroso con la excepción contenida en el último párrafo del artículo 16.

III. LA CONCURRENCIA DE LOS RETRACTOS DE COMUNEROS, COLINDANTES Y COLONOS ANTE LA ENAJENACIÓN INTERVIVOS DE FINCAS RÚSTICAS ARRENDADAS.

No son pocas las situaciones en las que se produce una concurrencia de retractos.

La preferencia entre retrayentes se regula, en algunos casos, en el Código Civil y en otros en leyes especiales.

(7) RODRIGUEZ MORATA, F.A. *Derecho de Tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p.54 y ss.

El interés de estudiar este tema se encuentra, tanto en la resolución de los problemas concretos que pueden presentarse en la práctica, cuanto en encontrar una interpretación sistemática de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Sirva como hipótesis de partida la situación de una finca rústica que pertenece en común y proindiviso a varias personas. La finca está en arrendamiento sujeto a la L.A.R y se encuentra contigua a otros predios rústicos. Tanto aquella como éstos tienen una extensión que no excede de una hectárea.

Es preciso distinguir dos situaciones diferentes que vienen determinadas por el hecho de que al menos uno de los comuneros ejercite, o no, el retracto correspondiente.

1.1. La primera tiene lugar cuando al menos uno de los copropietarios de la finca ejercita el retracto de comuneros al enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de algunos de ellos, produciéndose una *concurrencia del retracto de comuneros con el retracto de colindantes y el retracto del colono*.

Se hace preciso referirse a la posibilidad de que tanto el colindante como el arrendatario concurren respecto de las cuotas o participaciones con sus respectivos retractos.

No deja duda alguna respecto del arrendatario el artículo 86 de la LAR al establecer que el arrendatario tendrá derecho de retracto en toda enajenación intervivos de una participación indivisa de las fincas rústicas arrendadas.

Más discutida ha resultado esa posibilidad para el colindante⁸. Se ha defendido la exclusión del retracto de colindantes en esa situación en base a dos ideas.

(8) Este retracto rige, entre otros casos, cuando la venta recae sólo sobre una cuota en la copropiedad de la finca rústica, siempre que los demás comuneros no ejerciten el retracto que les corresponde. S.T.S. de 20 de enero 1.917, Jurisprudencia Civil, Colección de S.S.T.S. publicadas por Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. 139, núm. 27, p. 124 y ss.

También rige este retracto cuando la enajenación versa sobre la nuda propiedad y el vendedor se reserva el usufructo vitalicio. La razón estriba en que éste no supone una desintegración del dominio, al pasar éste al nudo propietario constituyendo el usufructo reservado un mero gravamen. El usufructuario no es titular de un dominio dividido, sino de un derecho real de goce o gravamen del dominio único y abstracto. S.T.S. de 3 de diciembre de 1946, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1946, p. 1299.

La primera, se fundamenta en que la finalidad del retracto de colindantes, consiste en evitar el minifundio, lo que no se consigue retrayendo una cuota indivisa. Lo único que se conseguiría sería que el colindante retrayente entrara en la comunidad del predio limítrofe. Sin embargo, entiendo que el colindante puede ejercitar el retracto cuando se vende una cuota indivisa, dado que si bien el retracto de comuneros excluye al de colindantes -artículo 1524 del Código Civil-, a sensu contrario, cuando el comunero no ejercita el retracto que le corresponde, no hay exclusión del colindante.

Por otra parte, si el colindante no pudiese ejercitar el retracto cuando se vende una participación indivisa, se abriría una puerta para que un tercero pudiese eludir el retracto de colindantes, una vez dentro de la comunidad, por vía indirecta y sucesiva, bastando para ello transmitirle, una vez que el tercero ya es condómino, sucesivamente, participaciones indivisas de la finca, hasta completar el dominio de la misma.

Una segunda razón para la exclusión del retracto de colindantes cuando se vende una cuota indivisa, estriba en que la naturaleza de la cuota, impide referirse respecto de ella en términos de colindancia física o material, siendo ésta la base del retracto de colindantes. Sin embargo, cuando el colindante retrae una cuota indivisa, ésta no tiene por qué lindar con ninguna finca, ya que la cuota no es el objeto de la propiedad sino la medida del derecho cuando una cosa pertenece a varios titulares⁹. Lo único que importa es la colindancia de la finca que es el objeto de la propiedad y de la enajenación¹⁰.

Una vez que ha quedado claro que tanto el arrendatario como el colindante pueden concurrir respecto de las cuotas con sus respectivos retractos nos ocuparemos de la concurrencia de los mismos con el retracto de comuneros. El hecho de que la propiedad de la finca rústica esté desmembrada en una pluralidad de condueños es fuente de conflictos y también acarrea, frecuentemente, efectos antieconómicos. Precisamente el retracto de comuneros tiene como finalidad evitar ese fraccionamiento de la propiedad en cuotas ideales y lograr, en último término, que la finca rústica pase a manos de un sólo titular.

(9) BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho Español*, 1954, P 157 y ss.

(10) Admiten el retracto de colindantes cuando se vende una participación la sentencia del T.S. de 20 de enero de 1917 que contempla directamente el supuesto y la S.T.S. de 30 de mayo de 1906 que contempla por vía subsidiaria o de hipótesis, el supuesto de retracto ejercitado por uno sólo de los comuneros de la finca colindante cuando se vende la totalidad de ésta.

En el supuesto de partida hallamos dos datos importantes para que pueda ejercitarse el retracto de comuneros (artículo 1522 de Código Civil):

1º El primero, consiste en la preexistencia de una cotitularidad¹¹.

La cotitularidad es exigible dado que el retrayente ha de ser comunero, condición que ha de reunirse no sólo en el momento en que se produce la enajenación de la cuota sino, también en el instante en que se interponga la acción retractual¹².

2º El segundo, en la enajenación de al menos una cuota por alguno de los comuneros.

La enajenación no comprende cualquier tipo de transferencia a un extraño, sino que ha de entenderse circunscrita a la venta o dación en pago en los términos del artículo 1521 del Código Civil que define el retracto legal¹³.

En todo caso, para que esa enajenación dé lugar al retracto de comuneros, no debe comprender la totalidad de las cuotas integrantes de la comunidad, puesto que de lo contrario no quedaría copropietario que pudiese ejercitar el retracto.

La cuota, o cuotas, se enajenan a una *persona extraña al condominio*. La acción para ejercitar el retracto de comuneros nace por la enajenación de la cuota a un extraño a la comunidad, condición que ha de verificarse no sólo en el momento de la adquisición sino también posteriormente cuando se ejercite el retracto¹⁴.

Si se retrae una cuota indivisa, al concurrir el retracto de comunero con el de colindante, el primero excluye al segundo -artículo 1524. 2 del Código Civil -.

(11) Pensemos en una comunidad hereditaria con anterioridad a su partición. Cada heredero puede disponer, aún antes de que se practique la división, de la parte ideal que haya de corresponderle en la herencia.

(12) No se olvide que el derecho de retracto de comuneros es personalísimo, es decir, la acción retractual está atribuida privativamente a todos y cada uno de los copropietarios o condóminos, si bien es transmisible por herencia- art. 661 del Código Civil-.

(13) GARCIA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XIX, dir. por Manuel Albaladejo, EDERSA, Madrid, 1980, t. XIX, p. 653.

(14) S.T.S. de 23 de julio de 1991, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadí 1991, p. 5574.

Ahora bien, entre el comunero y el arrendatario, ¿quien ocupa un puesto jerárquicamente inferior al otro en el ejercicio del retracto?.

Aparentemente del artículo 94 de la L.A. R. se desprende que el arrendatario es “preferente con respecto a cualquier otro”, salvo el retracto del colindante establecido en el artículo 1523 del Código Civil, cuando no exceda de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que la fundamente.

¿ Cabe que el retracto del arrendatario sea preferente al del comunero que a su vez lo era respecto del retracto del colindante?.

No, puesto que ello conduciría a defraudar fácilmente el retracto del colindante, que la propia L.A.R. ha querido que sea preferente al retracto del colono. A quienes pretendiesen vender la finca al arrendatario tratando de eludir el retracto preferente del colindante les bastaría utilizar la vía, indirecta y fraudulenta, de enajenar primeramente alguna participación indivisa y posteriormente las restantes.

Admitir la preferencia del arrendatario sobre el comunero, únicamente ocasionaría, de momento, la entrada del colono en la comunidad, alejándose de la ratio legis del retracto del colono.

Por tanto hay que rechazar una solución que se base en la pura literalidad del artículo 94 de la L.A.R., y buscar otra que sea plenamente respetuosa con el propio Código Civil y con el “todo” que forma nuestro Derecho.

Además sabemos que la enajenación desencadenante del retracto de comuneros ha de realizarse a un extraño - artículo 1522 del Código Civil-. Extraño a la comunidad es el arrendatario de fincas rústicas, sobre el cual tiene preferencia el comunero cuando ejercite el retracto de comuneros.

Si el retracto de comuneros excluye al de colindantes (artículo 1524.2 del Código Civil) y si resulta que éste es preferente al retracto del arrendatario (artículo 94 de L.A.R.), se concluye que el retracto de comuneros es preferente al del colono, consumándose así el indudable propósito de nuestro Código Civil de destacarlo entre todos los retractos por estar dotado de una interna fuerza

expansiva dentro y fuera del propio Código¹⁵. De este modo la concurrencia múltiple de retractos queda resuelta sin incompatibilidad alguna entre la L.A.R. y el Código Civil. La preferencia entre comuneros, colindantes y arrendatarios se resuelve razonando lógicamente: si el colindante es preferido al arrendatario (art. 94 L.A.R.) y el comunero excluye al colindante (art. 1.524 del Código Civil), el comunero es preferido al colono.

Por último, caso de ejercitarse el retracto por dos o más condominos, se resuelve la colisión de retractos mediante prorrateo entre los partícipes de acuerdo con sus derechos en la comunidad - artículo 1522 del Código Civil-. Incluso es posible que los comuneros actúen conjuntamente o uno de ellos en nombre de los demás para lo que sea favorable. Ahora bien, no existe obligación alguna de actuación conjunta. Cada uno de los copropietarios puede actuar por separado en provecho propio.

I.2. La segunda situación a que me he referido, acontece cuando ninguno de los copropietarios ejercita el retracto de comuneros, bien porque no es posible por haberse enajenado la totalidad de la finca, bien porque no existe interés en ejercitarlo en el momento en que alguno o algunos de los condominos enajenen a un extraño la parte que le corresponde de la finca en cuestión, produciéndose únicamente la *conurrencia del retracto de colindantes y el retracto de colonos*.

Nos hallamos ante el ejercicio de un retracto de colindantes, cuyo fundamento, según la exposición de motivos de la edición reformada del Código Civil, es el de constituir un remedio a la división excesiva de la propiedad en casos en que ello obstaculiza el desarrollo de la riqueza. Tiene por finalidad que la finca rústica se integre en otra de su misma especie para constituir otra de mayor cabida con igual destino¹⁶, pasando de ser un predio minifundista de escaso rendimiento a ser un elemento de producción más eficiente.

(15) GARCIA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XIX, dir. por Manuel Albaladejo, EDERSA, Madrid, 1980, t. XIX, p. 664 y ss.

(16) S.T.S. de 19 de octubre de 1981, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1981, p. 3807.

*Se produce la venta por todos los condóminos*¹⁷ a un tercero de una finca rústica arrendada, o bien se ha enajenado a un extraño alguna o algunas de las cuotas indivisas¹⁸.

*Tanto la finca enajenada como la del retrayente reúnen la condición de rústica*¹⁹. Esta condición es imprescindible para la finalidad de la institución. Resulta necesario acreditar que ambas fincas tienen destino agrícola y que el retrayente a tal fin tiene dedicada su actividad²⁰.

La condición de rusticidad se refiere al momento de la enajenación en que surge la posibilidad de ejercitar la acción de retracto²¹.

No ha sido pacífica la cuestión referida a los criterios que han de seguirse para concluir la condición de rústica de una finca. Los más acertados se refieren:

1º A la situación o emplazamiento de la finca en el campo o en la población.

2º Al aprovechamiento o destino de la finca -si se destina a explotación agrícola, pecuaria o forestal o en cambio se destina a vivienda, industria o comercio.

3º Ha de tenerse presente la preponderancia de uno de estos aprovechamientos, si ambos concurren en un mismo predio o la relación de dependencia que entre ellos subsista, como principal el uno y accesorio el otro²².

(17) También cabe en su lugar la dación en pago, según el artículo 1. 521 del Código Civil-

(18) Artículo 1523 del Código Civil

(19) S.T.S. de 8 de abril de 1980, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1980, p. 1370; S.T.S. 20 de mayo de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1993, p. 3808.

(20) S.T.S. de 29 de octubre de 1985, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1985, p. 5090. GARCIA CANTERO, G. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XIX, dir. por Manuel Albaladejo, EDERSA, Madrid, 1980, t. XIX, p. 664.

(21) S.T.S. de 14 de octubre de 1978, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1978, p. 3075. y S.T.S. de 10 de diciembre de 1991, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1991, p. 8925.

(22) S.T.S. de 4 de octubre de 1947, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1947, p. 1226; S.T.S. de 14 de noviembre de 1991, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1991, p. 8114; S.T.S. de 8 de mayo de 1944, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1944, p. 664.

4º Junto a estos criterios, han de aplicarse también aquellos que se desprenden de la legislación urbanística y fiscal, así como la propia L.A.R.²³.

Existe colindancia entre la finca que se transmite y la del retrayente, sin que concurren accidentes físicos entre los predios - arroyos, acequias, barrancos,...- que impiden la existencia de contigüidad, que sólo tienen transcendencia jurídica a efectos del retracto de colindante cuando constituyen una servidumbre en sentido técnico jurídico²⁴.

Por otra parte *la cabida de la finca rústica que se vende no excede de una hectárea*²⁵, sin señalar superficie máxima alguna para la finca del retrayente²⁶.

*Los retrayentes reúnen la condición de propietarios de las tierras colindantes*²⁷ no siendo suficiente como fundamento básico de este retracto el ser titular de otros derechos reales o personales de disfrute sobre la finca. Esa condición ha de reunirse, tanto en el momento del ejercicio del retracto, como en el de la enajenación al tercero.

(23) Vide el artículo 7 de la LAR.

En este sentido S.T.S. de 10 de abril de 1992, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1992, p. 2991; S.T.S. de 1 de junio de 1992, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1992, p. 6509; S.T.S. de 22 de septiembre de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1993, p. 6654.

(24) Artículo 1.523 del Código Civil. S.T.S. de 13 de junio de 1921, Jurisprudencia Civil, Colección de SS.T.S. publicadas por Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. 153 núm. 75 y S.T.S. de 17 de junio de 1947, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1947, p. 774.

(25) Artículo 1523 del Código Civil. Ante la legislación agraria sobre unidades mínimas de cultivo, sería aconsejable sustituir el módulo fijo de la hectárea por el de la unidad mínima de cultivo vigente en el término municipal correspondiente.

(26) Aunque la superficie máxima para la finca del retrayente pudiera parecer irrelevante, no lo es, estando este dato mediatizado por la finalidad del retracto de colindantes, con independencia del estricto cumplimiento de los requisitos formales que exige el Código Civil.

(27) Artículo 1523 del Código Civil.

En los supuestos en que la finca retrayente se halle en comunidad, un comunero no puede ejercitar el retracto de colindantes en nombre propio ni en beneficio de la comunidad sin tener consentimiento de los demás condóminos²⁸, puesto que ningún copropietario puede imponer a los demás la adquisición de la finca colindante. Para retraer a favor de la comunidad, debe contar con el consentimiento del resto de copropietarios, en cuanto que todos ellos tendrían que contribuir al pago del precio y demás gastos²⁹. Caso de que sólo adquiriera un comunero, no se producirá en un principio, la unión de las fincas colindantes si bien el retrayente será copropietario de una finca y propietario único del predio retraído.

Ejercitado el retracto de colindantes *contra el adquirente que* en el momento de ejercitar el retracto figure como propietario, y concurriendo con el retracto del colono, el artículo 94 de la L.A.R. da preferencia al retracto de colindantes- artículo 1523 del Código Civil- al no exceder de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamenta.

Ahora bien, en previsión de la posibilidad de que se produzca un ejercicio simultáneo por varios colindantes del retracto, el apartado tercero del artículo 1523 del Código Civil establece el orden de preferencia.

El concurso simultáneo de dos o mas retráctos de colindantes se produce cuando dos o mas colindantes ejercitan el retracto y lo hacen al mismo tiempo, no en el sentido de que lo soliciten en el mismo instante, sino dentro del plazo establecido por el artículo 1524 del Código Civil. En este caso, se aplican las reglas del párrafo tercero del artículo 1523 que se limitan a dar preferencia al que sea dueño de la tierra colindante de menor cabida .

(28) S.T.S. de 13 de febrero de 1987, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1987, p. 709.

(29) S.T.S. de 13 de febrero de 1987, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1987, p. 709.

Se ha defendido este criterio diciendo que la finca de menor cabida es la más necesitada de aumento. También ha sido objeto de crítica dado que cuando las tierras colindantes son inferiores a la hectárea, lo lógico hubiera sido preferir al retrayente que uniendo su finca a la del objeto del retracto se aproxime más a dicha extensión³⁰.

En realidad, cuando son dos o más los retrayentes, entonces no sólo ha de tenerse en cuenta la cabida de la finca del retrayente en consideración a la cual se ejercitó el retracto, sino también las demás fincas rústicas propias colindantes entre sí, que forman una unidad fáctica. Si se permite que el retrayente que poseyendo una gran superficie de tierra de cultivo constituida por varias fincas rústicas colindantes entre sí, consiga retraer en consideración sólo a una de ellas, de cabida inferior a la de otros colindantes que también reclaman su derecho, se llegaría a lo contrario de la finalidad propia de la institución del retracto de colindantes³¹.

Cuando tuviesen igual cabida las fincas colindantes, será preferido el dueño de la tierra colindante que primero lo solicite -artículo 1523. 3. del Código Civil. -Se sigue una prioridad cronológica de ejercicio. Será preferente el que utilizó antes el plazo de nueve días durante el cual puede ejercitarse el retracto de colindantes -artículo 1524 del Código Civil-.

IV. LA INCIDENCIA DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DE EXPLOTACIONES AGRARIAS EN LA CONCURRENCIA DE LOS RETRACTOS DE COLINDANTE Y DE COLONO.

La Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, en su artículo 27, contempla un derecho de retracto en favor de colindantes titulares de explotaciones agrarias prioritarias³². Este precepto es de aplicación general en toda España puesto que así lo establece la disposición adicional segunda del citado cuerpo legal³³.

(30) Así se ha establecido en el caso del artículo 27 de la Ley 19/95, en caso de ser varios los colindantes titulares de explotaciones prioritarias, será preferido el dueño de la finca que con la adquisición iguale o supere la extensión de la unidad mínima de cultivo.

(31) S.T.S. de 26 de diciembre de 1950, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1951, p. 71.

(32) Sobre este precepto vide a CABALLERO LOZANO, J.M., *El retracto de colindantes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, enero-febrero, nº 632, pp. 65 a 94.

(33) Disposición adicional segunda de la L.M.E.A. de 4 de julio de 1995 establece: "Son de aplicación plena, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8º de la Constitución, los siguientes preceptos: 24, 25, 26, 27 y 28 y las disposiciones finales primera y segunda y se aplicarán en defecto de las normas civiles, forales o especiales, allí donde existan, dictadas por las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias estatutarias en materia de Derecho Civil."

Ese retracto permite al titular de una explotación agraria prioritaria “subrogarse” en lugar del comprador que no sea colindante, cuando se venda una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo.

La legitimación activa para ejercer el retracto requiere ser propietario de una explotación agraria prioritaria. Se excluye a otros titulares de derechos reales o personales sobre la finca.

Con este retracto se viene a complicar más el ya enmarañado panorama cuando se produce concurrencia de retractos.

El retracto de colindantes introducido por la Ley 19/95, no afecta al retracto de comuneros puesto que éste excluye el de colindantes- artículo 1524 del Código Civil-.

Para reflejar la influencia de la Ley 19/95 en otros retractos preexistentes, contemplo la hipótesis consistente en la venta de una finca rústica que se encuentra en arrendamiento sujeto a la L.A.R. de 1980, concurriendo únicamente el retracto de colindantes y el retracto del colono.

Ha de tenerse presente la dimensión de la fincas implicadas en la hipótesis de partida.

1.º *En primer lugar, tanto la finca rústica objeto de retracto como la colindante que lo fundamenta no exceden de una hectárea, superficie establecida en el artículo 94 de la L.A.R. para que el retracto del colindante prevalezca sobre el del colono regulado en el artículo 86 y ss. de la L.A.R.*

Dentro de este supuesto caben dos opciones.

1.1.º *Que la finca rústica retraída, aún no excediendo de una hectárea, tenga una superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo, superficie establecida en el artículo 27 de la Ley 19/95 para que los colindantes que sean titulares de explotaciones prioritarias puedan ejercitar el derecho de retracto colindantes*³⁴.

Si se origina una concurrencia de retractos al ejercitar el retracto el propietario de la finca rústica colindante que es titular de una explotación agraria prioritaria- artículo 27 Ley 19/95-, el colindante que no es titular de una explotación agraria prioritaria - artículo 1. 523 del Código Civil- y el colono artículo 88 de la L.A.R., será preciso establecer el orden de preferencia entre los retractos.

(34) El artículo 23 de la Ley 19/95, se define la U.M.C. como “la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socio - económicas de la agricultura”.

Se introduce en este momento de la exposición el concepto de unidad mínima de cultivo. Conviene hacer una referencia, aunque sólo sea brevemente, a su régimen jurídico establecido en el título II de la Ley 19/ 1.995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias. La pretensión legal es, fundamentalmente, impedir el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas. Se busca crear unidades agrarias suficientes que comportan la productividad y la rentabilidad necesarias para que su titular alcance un nivel de vida equiparable a los demás ciudadanos. La noción de “unidad mínima de cultivo” como extensión mínima que debe tener una finca para que el trabajo realizado sobre la misma sea rentable -sobre el particular SANZ JARQUE, J. J., *Derecho Agrario*, Compendios Río Duero, Fundación Juan March, Madrid, 1.975, p. 327.- necesariamente ha de ser imprecisa, mudable, variable en el tiempo y en el espacio, al estar condicionada por diversos factores, entre los cuales destaca el hecho de que se encuentren en secano o en regadío, o que se encuentren en una u otra comarca - sobre estos aspectos SOLDEVILLA Y VILLAR, A. de , *Derecho Agrario. Lecciones para un curso*. Vol.II, Parte Especial, Valladolid, 1.992, pp. 327 y ss.-Precisamente por ello, corresponde a las Comunidades Autónomas determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial.

El artículo 94 de la L.A.R., establece la preferencia del retracto de colindantes sobre el del colono, cuando no excedan, de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente. Es cierto que el artículo 94 de la L.A.R. viene referido expresamente al retracto de colindantes del artículo 1523 del Código Civil. Sin embargo, nada impide y mucho aconseja, hacer extensivo tal preferencia al retracto de colindantes regulado en el artículo 27 de la Ley 19/95, dado que ambos retractos lo son de colindantes y tienen la misma naturaleza y finalidad ³⁵.

Queda por dilucidar la preferencia entre el retracto del colindante que es titular de una explotación agraria prioritaria - artículo 27 Ley 19/95 - y el colindante que no es titular de una explotación agraria prioritaria - artículo 1. 523 del Código Civil-. Prima el primero sobre el segundo, puesto que el retracto del colindante, titular de una explotación agraria prioritaria, es un régimen especial respecto del retracto de colindantes no contemplado en la Ley 19/95, por ser ésta una norma especial y posterior al Código Civil ³⁶.

Caso de ser varios los colindantes titulares de explotaciones prioritarias que ejerciten simultáneamente su derecho de retracto, es preferido “el dueño de la finca que con la adquisición iguale o supere la extensión de la unidad mínima de cultivo. Si más de un colindante cumple esta condición tendrá preferencia el dueño de la finca de menor extensión”- artículo 27. 2 de la Ley 19/95-.

“Cuando ninguna de las fincas colindantes iguale o supere, como consecuencia de la adquisición, la unidad mínima de cultivo, será preferido el dueño de la finca de mayor extensión” -artículo 27. 3 de la Ley 19/95-.

(35) Vide artículo 4.2 del Código Civil.

En el supuesto de que concurren el retracto de colindantes del artículo 27 de la LMEA con el retracto del arrendatario rústico- artículo 84 y ss. de la LAR-, entiendo que es preferente el retracto del arrendatario sobre el del colindante dado que únicamente el retracto de colindantes establecido por el artículo 1523 del Código Civil es preferente cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente (artículo 94 de la L.A.R.), pero no en otro caso. En este sentido MILLAN SALAS, F. “*El retracto de colindantes en la Ley de 4 de julio de 1995, de modernización de explotaciones Agrarias*”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 28, de enero-junio 1996, p. 18.

(36) Vide artículo 4.3 del Código Civil.

1. 2°. *Si la finca retraída tiene una superficie que aún no excediendo de una hectárea, no es inferior al doble de la unidad mínima de cultivo, no es posible el retracto contemplado en el artículo 27 de la Ley 19/95, solamente cabe la concurrencia del retracto del colindante sea o no titular de una explotación prioritaria -artículo 1523 del Código Civil-, con el retracto del colono.*

Producida esa concurrencia, el artículo 94 de la L.A.R., señala la preferencia del retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil, sobre el del colono, cuando no excedan, de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamenta.

2°. En segundo lugar, *si la finca objeto de retracto o la colindante que lo fundamenta excedan de una hectárea.*

En este supuesto y en base a lo dispuesto artículo 94 “a sensu contrario”, como la finca rústica objeto de retracto o la colindante que lo fundamenta, tienen una superficie que excede de una hectárea, será preferido el retracto del colono sobre el del colindante establecido por el artículo 1523 del Código Civil.