

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

13512 *Resolución de 27 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Miranda de Ebro a inscribir una escritura de extinción de comunidad.*

En el recurso interpuesto por doña María del Camino López de Heredia San Julián, notaria de Vitoria, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Miranda de Ebro, doña Alba Erostarbe Fernández, a inscribir una escritura de extinción de comunidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 20 de septiembre de 2021 por la notaria de Vitoria, doña María del Camino López de Heredia San Julián, con el número 1.108 de protocolo, tres hermanas, copropietarias por terceras partes indivisas y por herencia de su padre, de cuatro fincas rústicas arrendadas, extinguieron el condominio sobre éstas, formando tres lotes iguales, y adjudicándose cada una de ellas un lote, declarando no proceder ninguna compensación en metálico por ser las adjudicaciones de idéntico valor.

II

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro, fue objeto de la siguiente nota de calificación negativa:

«Datos del documento:

Autorizante: María del Camino López de Heredia San Ju.

Fecha: 20/09/2021.

Protocolo: 1108/2021.

Presentante: Zaldívar Asesores, S.L.

Datos de presentación:

Entrada: 216.

Fecha: 21/01/2022.

Asiento: 988.

Diario: 90.

Previa calificación, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, del documento arriba relacionado, y a la vista de los siguientes:

Hechos y Fundamentos:

No consta haberse practicado la notificación al arrendatario prevista en el artículo 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos.

De conformidad con dicho artículo:

2. En toda transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación aportación a sociedad permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación

indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2, tendrá derecho de tanteo y retracto. Al efecto, el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato y a falta de precio, una estimación del que se considere justo, de acuerdo con el apartado I del artículo 11 y teniendo en cuenta los criterios establecidos en la disposición adicional segunda de esta ley.

El arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles desde que hubiera recibido la notificación para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones, y lo notificará al enajenante de modo fehaciente. A falta de notificación del arrendador, el arrendatario tendrá derecho de retracto durante 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

Si el contrato no tuviera precio y el arrendatario no estuviera conforme con la estimación hecha por el arrendador, se determinará por un perito independiente nombrado de común acuerdo por las partes, y, en defecto de acuerdo entre ellas, por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

3. En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario, al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa. El mismo derecho tendrá si no se hubiese cumplido en forma el requisito de la notificación previa. En este caso, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de sesenta días hábiles a partir de la notificación.

4. Para inscribir en el Registro de la propiedad los títulos de adquisición ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, deberá justificarse la práctica de la notificación que establece el apartado anterior.

Dicho requisito es aplicable al presente caso, por tratarse de una transmisión intervivos de fincas rústicas arrendadas, sin que el artículo incluya la extinción de comunidad dentro de los supuestos de excepción.

La ley no establece una excepción para este caso sino que parece claramente incluirlo al establecer el derecho de tanteo y retracto incluso en los casos de transmisión de cuotas y al establecer la preferencia de derecho arrendaticio con respecto a cualquier otro derecho de adquisición, salvo el derecho de colindantes, y por lo tanto su presencia sobre el retracto de comuneros.

Así se entendió en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 19 de diciembre de 2016 en la que se señaló que la circunstancia de que el negocio en cuya existencia basa la demandante su acción sea una compraventa de una mitad indivisa de las fincas a quienes ya eran titulares de la otra mitad indivisa (eso es lo que se indica en la escritura de 30 de marzo de 2015) o bien un contrato de extinción de condominio de fincas rústicas (así figura en el contrato privado de 13 de febrero de 2015), no impide la efectividad del retracto, siendo ello así porque la Ley de Arrendamientos Rústicos prevé el retracto para toda enajenación ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de las mismas, y porque la misma ley establece la preferencia del retracto arrendaticio con respecto a cualquier otro derecho de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1523 del Código Civil en determinadas circunstancias.

He resuelto suspender la inscripción por las causas anteriormente señaladas.

Esta (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Alba Erostarbe Fernández registrador/a de Registro Propiedad de Miranda de Ebro a día veinticuatro de marzo del dos mil veintidós».

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma a la registradora de la Propiedad de Lerma, doña Amalia Burgos Sanz, quien confirmó, el día 11 de abril de 2022, la calificación de la registradora sustituida, conforme a los mismos fundamentos de Derecho y, en concreto, «la falta de notificación al arrendatario para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto (artículo 22 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 26 de noviembre de 2003)».

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña María del Camino López de Heredia San Julián, notaria de Vitoria, interpuso recurso el día 19 de mayo de 2022 mediante escrito con los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. La Señora Registradora funda su calificación en la consideración de que el negocio jurídico realizado es un acto traslativo o dispositivo y no particional y por tanto de especificación de unos derechos preexistentes.

Nuestro Código Civil define la comunidad de bienes en el artículo 392, con referencia a la comunidad romana o por cuotas señalando que “hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas” y la forma de poner fin a esa comunidad lo será bien a través de un negocio particional o liquidatorio que tendrá naturaleza puramente especificativa, como afirman las RDGRN de 19 de julio y 2 de noviembre de 2018 y 16 de diciembre de 2021, o bien por cualquier negocio traslativo que produzca el mismo resultado pero con consecuencias civiles y tributarias diferentes, como veremos y ello aunque ambos produzcan el mismo efecto.

El artículo 450 del Código Civil establece que cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión, precepto que según la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2019, da respuesta al problema de si la división de la cosa común tiene carácter declarativo o traslativo de la propiedad. La división de la cosa común no es, por tanto, una transmisión patrimonial; es simplemente una especificación de un derecho preexistente, según la citada Sentencia.

Segundo. La conceptualización de la extinción de condominio como un acto de carácter dispositivo, no resulta en modo alguno apoyado por la opinión mayoritaria de la doctrina ni por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Como resulta de las resoluciones de 19 de mayo 2011 y 17 de septiembre de 2012, existen básicamente tres posturas doctrinales y jurisprudenciales acerca del debate sobre la naturaleza jurídica de la extinción de condominio o disolución de comunidad o cosa común:

a) Un sector doctrinal defiende el carácter meramente especificativo de derechos de la disolución de comunidad y afirma que la característica esencial del título público de adquisición es contener un acto de adquisición derivativa, por lo que, por no implicar un título de transferencia inmobiliaria, la división de cosa común no es título público inmatriculable. Por tanto, con la disolución se produce una concreción de un derecho preexistente, no teniendo lugar transmisión alguna.

b) Otro sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución sobre la base de que con la cesación en el condominio tiene lugar una transmisión de derechos desde el grupo de comuneros hacia el que, tras la división, resulta propietario exclusivo.

c) Y un tercer sector considera que el negocio causante de una inmatriculación puede ser un título atributivo o determinativo, excluyéndose solamente los títulos meramente declarativos o los que recojan una mera modificación física de la finca, como declaraciones de obra nueva, división horizontal sin disolución de comunidad, división material, agrupación o segregación. Es una tesis intermedia de las dos primeras, para la

cual la extinción de condominio no es un acto puramente declarativo, pues mediante ella se altera sustancialmente la situación jurídica anterior y cesa el régimen de comunidad, de forma que el derecho que recibe cada comunero es distinto del que tenía, pero no se produce una verdadera transmisión de un derecho preexistente de una persona a otra.

Tercero. La Dirección General ha analizado esta cuestión en numerosas resoluciones, sobre todo en sede de inmatriculación de fincas señalando que “la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo, pero en todo caso, tiene como consecuencia una mutación jurídico real de carácter esencial pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero... su posición de poder respecto del bien... lo que explica que deba considerarse título inmatriculador”. Así, y aun reconociendo a este negocio su virtualidad inmatriculadora al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, afirma el Centro Directivo en su resolución de 17 de septiembre de 2012: “...la disolución y extinción de la comunidad, que requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (artículo 400 y siguientes del Código Civil), termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero o comuneros, a quien o quienes se adjudica el bien entero... En todo caso, y dejando a salvo supuestos especiales, lo cierto es que la ley facilita la extinción de comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola mano, lo que puede verificarse a través de cualquier negocio traslativo de dichas cuotas a favor del que queda como titular, y también, cuando se trate de bienes indivisibles, en virtud de la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico, o mediante otros bienes o servicios sin que por ello deba considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito”. Este mismo criterio es reiterado, entre otras, en las resoluciones de 13 de noviembre de 2017, 19 de julio de 2018, 2 de noviembre de 2018 y 16 de diciembre de 2021.

Como pone de manifiesto la última Resolución citada, “debe tenerse en cuenta, sin necesidad de detenerse en la cuestión de la naturaleza jurídica de la extinción de comunidad, que se considera mayoritariamente que se trata de un negocio de naturaleza meramente especificativa y no traslativa. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007, afirma lo siguiente: ‘Esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos meramente determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio Código... Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia...’ (se aplican a la extinción de comunidad las reglas de la partición de herencia, artículo 406 del Código Civil). Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que solo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa.”

Cuarto. Y es que las consecuencias de calificar un contrato de dispositivo, por ejemplo compraventa de cuota, o particional o de disolución de condominio, son importantes:

Así será necesaria autorización judicial para disponer de los bienes de un menor y no lo será en el caso de extinción de comunidad; la rescisión no cabe en los actos dispositivos y sí en los particionales; el adjudicatario de la cosa o de la porción material correspondiente no puede invocar el título de esta adjudicación como adquisición susceptible del amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que dicho título lo será el mismo que dio origen a la propia situación de comunidad (contrato, legado, usucapión etc.), amparo que sí se da en el negocio dispositivo; tampoco la división es título apto

para ganar la usucapión ordinaria; el carácter ganancial o privativo de la atribución patrimonial que resulta del contrato será diferente, ya que si es dispositivo y el adquirente ha satisfecho la contraprestación con fondos gananciales la adquisición será ganancial salvo que de ser la cuota previa privativa invoque que compra en ejercicio del derecho de retracto conforme al artículo 1346-4.º del Código Civil (resoluciones de 29 de enero de 2013 y 30 de junio de 2017), mientras que en el caso de negocio particional la cuota o cuotas del que ahora se hace propietario serán siempre privativas si la previa tenía esa consideración sin necesidad de ninguna invocación y sin perjuicio del derecho de reembolso a favor de la sociedad ganancial conforme al artículo 1358 del Código Civil.

Tras la división subsisten las consecuencias y efectos jurídicos que se deriven de la relación jurídica originaria que dio nacimiento al derecho de cuota, como pueden ser las eventuales restituciones derivadas de la anulación, resolución o rescisión del contrato por el que se adquirió dicha cuota, la reversión o revocación de donaciones, etc. (Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 29 de diciembre de 2021).

Quinto. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha analizado la cuestión decantándose su Sala de lo Civil, en un principio, por la tesis de acto de naturaleza declarativa (Sentencia de 4 de julio de 1989) para atribuir posteriormente (sentencia de 12 de abril de 2007), efectos determinativos o especificativos a la partición, pero sin afirmar en ningún momento la llamada tesis de la naturaleza traslativa.

Y más recientemente, en lo que respecta a la jurisdicción contencioso-administrativa, también dicha Sala del Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma decidida a favor del carácter declarativo de la extinción de condominio. Así la Sentencia de 9 de octubre de 2018 dice en sus fundamentos de derecho: "...Esta Sala, aun en supuestos no estrictamente similares al que ahora se enjuicia y como recuerda la Sentencia de 23 de Mayo de 1998, con cita de otras de la Sala Primera y de la Sala Tercera de este Tribunal, tiene reconocida, con vocación de generalidad, la doctrina consistente en que la división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en los que no hay traslación del dominio, de modo que, en consecuencia, por primera transmisión solo puede entenderse la que tiene como destinatario un tercero... La división de la cosa común debe ser contemplada como la transformación del derecho de un comunero, reflejado en su cuota de condominio, en la propiedad exclusiva sobre la parte de la cosa que la división hubiere individualizado. Con otras palabras: la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Lo que ocurre es que, en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho por su división, la única forma de división, en el sentido de extinción de comunidad, es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, o a los otros, el exceso en dinero. Esta obligación de compensar a los demás, o al otro, en metálico no es un exceso de adjudicación, sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y de la necesidad en que se ha encontrado el legislador de arbitrar procedimientos para no perpetuar la indivisión, que ninguno de los comuneros se obliga a soportar –artículo 400 del Código Civil–. Tampoco, por eso mismo, esa compensación en dinero puede calificarse de ‘compra’ de la otra cuota, sino, simplemente, de respeto a la obligada equivalencia que ha de guardarse en la división de la cosa común por fuerza de lo dispuesto en los artículos 402 y 1.061 del Código Civil. En puridad de conceptos, cuando la cosa común es indivisible, bien materialmente o bien por desmerecimiento excesivo si se llevara a cabo la división, cada comunero, aun cuando tenga derecho solo a una parte de la cosa, tiene realmente un derecho abstracto a que, en su día, se le adjudique aquélla en su totalidad, dada su naturaleza de indivisible, con la obligación de compensar a los demás en metálico. Esta forma, pues, de salir de la comunidad es también, por tanto, concreción o materialización

de un derecho abstracto en otro concreto, que no impide el efecto de posesión civilísima reconocido en el artículo 450 del Código Civil y no constituye, conforme ya se ha dicho, transmisión, ni a efectos civiles ni a efectos fiscales...”

Por el contrario, en las sentencias de 26 de junio de 2019, 26 de noviembre de 2020 y 17 de diciembre de 2020 confirma que en la llamada extinción parcial de condominio, en la que se produce no la disolución de la comunidad sino la transmisión de una participación a favor, ya sea de un tercero, ya sea de otro comunero, estamos en presencia de un negocio jurídico traslativo de dominio.

Sexto. La Señora registradora esgrime como argumento para denegar la inscripción de la escritura calificada, que el negocio documentado en la misma es “una transmisión intervivos de fincas rústicas arrendadas sin que el artículo (22 de la ley 49/2003 de 26 de noviembre de arrendamientos rústicos) incluya la extinción de comunidad dentro de los supuestos de excepción” para añadir a continuación que “La ley no establece una excepción para este caso sino que parece claramente incluirlo al establecer el derecho de tanteo y retracto incluso en los casos de transmisión de cuotas y al establecer la preferencia de derecho arrendaticio con respecto a cualquier otro derecho de adquisición...” remitiéndose a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 19 de diciembre de 2016.

En efecto, dicha sentencia en su fundamento de derecho quinto, dice: “La circunstancia de que el negocio en cuya existencia basa la demandante su acción sea una compraventa de una mitad indivisa de las fincas a quienes ya eran titulares de la otra mitad indivisa (eso es lo que se indica en la escritura de 30 de marzo de 2015) o bien un contrato de extinción de condominio de fincas rústicas (así figura en el contrato privado de 13 de febrero de 2015), no impide la efectividad del retracto, siendo ello así porque el artículo 86 de la LAR de 1980 lo prevé para toda enajenación íter vivos de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de las mismas y porque el artículo 94 del mismo cuerpo legal revela la opción del legislador al dar prioridad al acceso a la propiedad de los arrendatarios sobre la erradicación de las situaciones de copropiedad, ya que establece la preferencia del retracto arrendaticio con respecto a cualquier otro derecho de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1523 del Código Civil en determinadas circunstancias”.

Séptimo. Ninguna duda ofrecería a esta Notario la calificación realizada si el negocio jurídico otorgado hubiera sido una extinción parcial de condominio o una compraventa de participaciones indivisas o cualquier otro de carácter dispositivo como lo es el que es objeto de la citada sentencia pero es que, en este caso, el negocio formalizado es el de extinción de condominio con adjudicación de lotes de igual naturaleza y valor que se produce sobre la totalidad de los bienes y respecto de todos los sujetos por lo que al no tratarse, de conformidad a todo lo anteriormente argumentado, de una transmisión inter vivos de fincas rústicas, no procede la aplicación del artículo 22 de la Ley 49/2003 de 26 de noviembre y en consecuencia la notificación al arrendatario».

V

Mediante escrito, de fecha 24 de mayo de 2022, la registradora de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 392, 395, 399, 400, 401, 404, 406, 1052, 1058, 1061, 1062, 1261, 1274, 1281 y 1285 del Código Civil; 18 y 34 de la Ley Hipotecaria; 89 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos; 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos; 51 y 98 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1905, 24 de

enero de 1964, 3 de febrero de 1982, 28 de mayo de 1986, 27 de mayo de 1988, 27 de febrero de 1995, 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011 y de, Sala Tercera, 9 de octubre de 2018 y 20 de marzo de 2019; las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de julio de 2006 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de septiembre de 2006; las Consultas de la Dirección General de Tributos de 23 de marzo y 4 de abril de 2006 y 4 de mayo de 2007; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 1960, 6 de abril de 1962, 26 de enero de 1998, 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005, 28 de junio de 2007, 19 de mayo, 26 de julio y 11 de noviembre de 2011, 11 de junio de 2014, 4 de abril y 1 de julio de 2016, 2 de noviembre de 2018 y 30 de abril y 25 de julio de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de febrero y 5 de marzo de 2020 y 16 de diciembre de 2021.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, se extingue la comunidad existente sobre cuatro fincas rústicas arrendadas que habían adquirido tres hermanas por terceras partes indivisas y por herencia de su padre, adjudicándose cada una de ellas un lote, de los tres formados, y declarando no proceder ninguna compensación en metálico por ser las adjudicaciones de idéntico valor.

La registradora de la Propiedad suspende la inscripción solicitada porque considera necesaria la práctica de la notificación que establece el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por entender que se trata de una transmisión «inter vivos» de fincas rústicas arrendadas, sin que el artículo incluya la extinción de comunidad dentro de los supuestos de excepción, sino que parece claramente incluirlo al establecer el derecho de tanteo y retracto incluso en los casos de transmisión de cuotas y al establecer la preferencia de derecho arrendaticio respecto a cualquier otro derecho de adquisición, salvo el derecho de colindantes.

La notaria recurrente alega, además de la naturaleza declarativa de la extinción de comunidad:

– Que la llamada extinción parcial de condominio, en la que se produce no la disolución de la comunidad sino la transmisión de una participación a favor, ya sea de un tercero, ya sea de otro comunero, sí que sería un negocio jurídico traslativo de dominio.

– Que la registradora esgrime como argumento que el negocio documentado en la escritura es «una transmisión intervivos de fincas rústicas arrendadas sin que el artículo (22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos) incluya la extinción de comunidad dentro de los supuestos de excepción», para añadir a continuación que «la ley no establece una excepción para este caso sino que parece claramente incluirlo al establecer el derecho de tanteo y retracto incluso en los casos de transmisión de cuotas y al establecer la preferencia de derecho arrendaticio con respecto a cualquier otro derecho de adquisición (...)», remitiéndose a la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 19 de diciembre de 2016, que no considera aplicable, pues la misma, en su fundamento de Derecho quinto, afirma: «La circunstancia de que el negocio en cuya existencia basa la demandante su acción sea una compraventa de una mitad indivisa de las fincas a quienes ya eran titulares de la otra mitad indivisa (eso es lo que se indica en la escritura de 30 de marzo de 2015) o bien un contrato de extinción de condominio de fincas rústicas (así figura en el contrato privado de 13 de febrero de 2015), no impide la efectividad del retracto, siendo ello así porque el artículo 86 de la LAR de 1980 lo prevé para toda enajenación inter vivos de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de las mismas y porque el artículo 94 del mismo cuerpo legal revela la opción del legislador al dar prioridad al acceso a la propiedad de los arrendatarios sobre la erradicación de las situaciones de copropiedad, ya que establece la preferencia del retracto arrendaticio con respecto a cualquier otro derecho de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1523 del Código Civil en determinadas circunstancias».

– Que no ofrecería duda alguna la calificación realizada si el negocio jurídico otorgado hubiera sido una extinción parcial de condominio o una compraventa de participaciones indivisas o cualquier otro de carácter dispositivo como lo es el que es objeto de la citada sentencia pero es que, en este caso, el negocio formalizado es el de extinción de condominio con adjudicación de lotes de igual naturaleza y valor que se produce sobre la totalidad de los bienes y respecto de todos los sujetos, por lo que, al no tratarse de una transmisión «inter vivos» de fincas rústicas, no procede la aplicación del artículo 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre y, en consecuencia, la notificación al arrendatario.

2. El debate sobre la naturaleza jurídica de la extinción de la comunidad ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales.

Hay comunidad cuando el derecho, o conjunto de derechos, está atribuido a los comuneros por cuotas (cfr. artículo 392 del Código Civil).

Cualquiera que sea la teoría que sobre su naturaleza jurídica se pretenda acoger entre las varias formuladas, bien la de considerar que en la comunidad hay una concurrencia de varias propiedades separadas recayente cada una de las cuales sobre una cuota o porción ideal de la cosa –artículo 399 del Código Civil–, bien la de entender que hay una sola propiedad o derecho que manteniéndose único se atribuye por cuotas ideales a los distintos comuneros –artículos 392 y 395 del Código Civil–; bien, en fin, la de estimar que en la comunidad se produce la concurrencia de varias propiedades totales sobre toda la cosa, recíprocamente limitadas por su concurso –artículo 394 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986–, es necesario que exista una situación de titularidad plural recayente sobre uno o varios bienes o derechos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995 afirma que la extinción de comunidad requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (cfr. artículo 400 y siguientes del Código Civil).

La extinción de la comunidad «stricto sensu» termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división.

Tradicionalmente nuestro Derecho ha mirado con disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor), y constituir fuente de litigiosidad («mater rixarum»), aunque más propiamente podría afirmarse que este disfavor sólo tiene lugar cuando la situación de comunidad no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute «en común» es más eficiente que si este se dividiese. Por ello, y dejando a salvo supuestos especiales, lo cierto es que la ley facilita su extinción y permite cuando se trate de bienes indivisibles la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico, sin que por ello pueda considerarse que se trate de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005 y 16 de diciembre de 2021, entre otras).

El Código Civil sólo regula en rigor la extinción total de la comunidad.

El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad (que la recurrente niega existir en la escritura calificada), no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de ésta.

Sólo se podría invocar una especialidad legal para los supuestos de reducción del número de comuneros en el supuesto de que uno de ellos no quiera contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, renunciando a la participación que le corresponde (cfr. artículo 395 del Código Civil), especialidad que sin embargo no autoriza a hablar con propiedad de extinción parcial de la comunidad.

La terminología de «extinción parcial» de comunidad o condominio ha sido recogida por la literatura jurídica fiscal, en orden a determinar la posible apreciación o no de la no

sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por el exceso de adjudicación, pero referida a un supuesto distinto del ahora contemplado, en concreto, en relación con los casos de salida de uno de los cotitulares de la comunidad compensando todos los demás al saliente en dinero (cfr. sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de julio de 2006 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de septiembre de 2006, y Consultas de la Dirección General de Tributos de 23 de marzo y 4 de abril de 2006 y 4 de mayo de 2007).

3. La extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no) en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de los demás comuneros que dé lugar al acrecimiento de la porción del cotitular beneficiario (cfr. Resolución de 2 de febrero de 1960), y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás. Y en este sentido la extinción de la comunidad o es total o no es tal.

Sin embargo, esta última afirmación, a su vez, ha sido matizada, o aclarada en cuanto a su alcance, posteriormente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones de 4 de abril de 2016 y 2 de noviembre de 2018, afirmando lo siguiente: «A la vista de esta doctrina, si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución.

Así pues, entre los supuestos de disolución, podemos considerar como ejemplos los siguientes:

a) En una comunidad que comprende varios bienes, los partícipes adjudican uno o varios bienes a alguno de ellos, en propiedad exclusiva, en pago de sus derechos en la comunidad, subsistiendo la comunidad entre los restantes partícipes no adjudicatarios sobre el resto de los bienes no adjudicados, con reajuste de las cuotas entre estos últimos. Sería un caso similar al que en el ámbito de la partición hereditaria recoge el artículo 80.1.c del Reglamento Hipotecario;

b) En una comunidad de bienes integrada por varias fincas, se forman lotes que se adjudican a grupos de partícipes diferenciados, recibiendo dichos grupos de adjudicatarios los lotes en comunidad proindiviso;

c) En una comunidad sobre un bien indivisible, material o económicamente, los copropietarios acuerdan adjudicarlo en proindiviso a varios de ellos, que compensan en metálico a los no adjudicatarios, y

d) En una comunidad sobre un solo bien, los titulares de algunas de las cuotas, pero no de todas, entre ellos se adjudican las cuotas de que son titulares, recibéndolas uno o varios de ellos que compensan en metálico a los demás».

En el caso de la división de la cosa común, y en virtud del ejercicio de la facultad de pedir la división, por uno o varios comuneros, «todos» los demás, sin exclusión, quedan compelidos a pasar por la división –como acto obligado–, sea ésta acordada de forma convencional, arbitral o judicial (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988). Todos los comuneros están legitimados pasivamente ante el ejercicio de la acción de división. Por ello, así como para pedir la partición o división se exige capacidad y poder de disposición (cfr. artículos 406 y 1052 del Código Civil), por el contrario es suficiente la mera capacidad de administrar para consentir la división instada por otro comunero [cfr. artículos 406 y 1058 del Código Civil; si bien, desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o incapacitados implicados en la disolución de comunidad, este Centro Directivo ha exigido la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en

comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil (cfr. Resolución de 26 de enero de 1998). Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007)].

4. En orden a la polémica sobre si la división de la cosa común constituye o no un acto traslativo o dispositivo, o de mero desenvolvimiento del propio derecho originario del comunero que permite la concreción de la cuota sobre un bien individual o una porción material de un bien concreto (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011, y Resoluciones de 14 de diciembre de 2000, 26 de abril de 2003 y 19 de mayo y 26 de julio de 2011), sin duda hoy se considera mayoritariamente que se trata de un negocio de naturaleza especificativa y no traslativa. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007, afirma lo siguiente: «Esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio Código (...) Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia (...)» (advértase que, a la extinción de comunidad se aplican las reglas de la partición de la herencia –cfr. artículo 406 del Código Civil–). Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa.

Y no altera la conclusión anterior el que, como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 19 de mayo de 2011, 1 de julio de 2016 y 5 de marzo de 2020), se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real (concepto no equivalente a transmisión) de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial). En definitiva, por la disolución de comunidad se causa en el Registro un asiento de inscripción sobre la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada.

Por lo demás, esta naturaleza no traslativa del acto de disolución de la comunidad es la acogida por recientes codificaciones civiles en el ordenamiento español, de lo que es claro ejemplo el Código Civil Catalán que en su artículo 552-11.5 dispone que «el objeto de la comunidad, si es indivisible, o desmerece notablemente al dividirse, o es una colección que integra el patrimonio artístico, bibliográfico o documental, se adjudica al cotitular o la cotitular que tenga interés en el mismo. Si existen más de uno, al que tenga la participación mayor. En caso de interés y participación iguales, decide la suerte. El adjudicatario o adjudicataria debe pagar a los demás el valor pericial de su participación, que en ningún caso tiene la consideración de precio ni de exceso de adjudicación. Si ningún cotitular tiene interés, se vende y se reparte el precio».

5. En el supuesto de este expediente no se trata de una transmisión de cuotas entre partícipes ni de una mal llamada disolución parcial de comunidad, sino que se ha procedido a una extinción total mediante la formación de lotes homogéneos que son adjudicados a cada comunero (una de las formas posibles antes reseñadas); sin que exista una transmisión, pues de la situación inicial de tres comuneros, dueños por iguales partes indivisas de cada una de las fincas (por herencia), se pasa como consecuencia del negocio realizado a un único dueño de cada finca (dos en uno de los casos) al tratarse de lotes formados homogéneamente; pero no en virtud de una inexistente transmisión de cuotas por parte de los demás, y sin olvidar que aquí no han mediado compensaciones por eventuales excesos de adjudicación (que no han existido).

En esa línea tiene razón la recurrente cuando pone de relieve que no ofrecería duda alguna la calificación realizada si el negocio jurídico otorgado hubiera sido una extinción parcial de condominio o una compraventa de participaciones indivisas o cualquier otro de carácter dispositivo (como lo es el que es objeto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 19 de diciembre de 2016 que se cita en la calificación); poniendo énfasis en que, en el presente supuesto, el negocio formalizado es el de extinción de condominio con adjudicación de lotes de igual naturaleza y valor que se produce sobre la totalidad de los bienes y respecto de todos los sujetos. Por ello –añade– al no tratarse de una transmisión inter vivos de fincas rústicas, no procede la aplicación del artículo 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, y en consecuencia la notificación al arrendatario.

6. Respecto de la cuestión relativa a los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en caso de enajenación de fincas rústicas arrendadas (y aunque en este expediente no hay datos sobre la fecha del arrendamiento) cabe contraponer tres momentos legislativos, pues su alcance sobre los derechos de adquisición preferente difiere en cada uno de ellos.

Así el art. 89 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos, establecía: «En los contratos de donación, aportación a Sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa el arrendatario podrá ejercitar su derecho de adquisición preferente en la misma forma establecida para el tanteo y el retracto. Si del contrato no resultase el valor de la finca transmitida, el arrendatario deberá pagar el precio justo de la finca, determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa».

A su vez, y para los arrendamientos concertados al amparo de la Ley de 26 de diciembre de 2003 (en la redacción que rigió desde el 27 de mayo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2005), no había tanteo ni retracto.

Por contra, para los concertados después del 31 de diciembre de 2005, la vigente Ley 49/2003 (reformada en este punto por Ley 26/2005, de 30 de noviembre), establece, en su artículo 22: «Enajenación de la finca arrendada. Derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente (...) 2 En toda transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas, el arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2, tendrá derecho de tanteo y retracto (...)».

Así, en la vigente legislación no se alude a «cualquiera contratos distintos de la compraventa», sino que exige una verdadera transmisión; y, como se ha concluido en párrafos anteriores, la extinción de comunidad no lo es, por lo que se excluiría el derecho de adquisición preferente en favor del arrendatario. Idea ésta con claro reflejo, por ejemplo, en el artículo 623-27 del Código Civil de Cataluña, cuando determina: «1. El arrendatario tiene el derecho de tanteo y retracto de la finca arrendada en caso de enajenación onerosa, dación en pago o aportación a sociedad por el propietario, excepto en los siguientes casos: a) Si la enajenación se efectúa a favor del copropietario de la finca o de su cónyuge, conviviente en pareja estable, ascendientes, descendientes o parientes consanguíneos o por adopción hasta el segundo grado (...)».

Por lo demás, cabe recordar otra idea básica y reiterada por este Centro Directivo, cual es la interpretación y aplicación restrictiva de los derechos de adquisición preferente. Así, según la Resolución de 25 de julio de 2019 (que es citada expresamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020):

«3. Los tanteos y retractos legales, como ha señalado la doctrina científica, son limitativos del derecho de dominio en tanto condicionan la facultad de libre disposición del titular dominical de la cosa, pues si bien mantiene la libertad de enajenarla o no y de fijar las condiciones concretas de la transmisión, tal facultad se ve restringida en cuanto a la determinación de la persona del adquirente por la exigencia de enajenarla precisamente al titular del derecho de retracto, quien ostenta una preferencia legal frente a terceros adquirentes. Por ello los tanteos y retractos legales son derechos

taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social, existiendo desde antiguo una jurisprudencia que se inclina a favor de su interpretación restrictiva (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre 1921, 9 de julio de 1958 y 3 de julio de 1959) (...), y en todo caso sometidos a unos estrictos requisitos no solo sustantivos sino también de ejercicio procesal, tanto en cuanto al plazo (cfr. artículo 1524 del Código Civil) como al procedimiento (artículo 266.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

Como puso de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 21 de febrero de 2018 “de no concurrir tales presupuestos y requisitos la propiedad afectada se libera de la constricción que tales derechos de adquisición preferente representan (...)”».

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 27 de julio de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.