

4. EL CONDOMINIO

RECEPCIÓN DEL RETRACTO DE COMUNEROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

ALFONSO MURILLO VILLAR
Facultad de Derecho de Burgos

1. Observando el contenido de las fuentes se infiere que cada copropietario puede celebrar libremente negocios de enajenación con su cuota. Ello consta expresamente tanto en el art. 399 del Código Civil¹ como en diversos textos romanos². La cuestión que ahora presentamos es si el comunero puede libremente elegir a su comprador o si por el contrario su derecho está sometido a ciertas restricciones; es decir, si la enajenación de la cuota está sometida al llamado derecho de prelación o de adquisición preferente: retracto.

En términos generales, *nihil obstat* para decir que los derechos en régimen de cotitularidad, desde el momento en que son libremente transmisibles, se asemejan a los de titularidad individual. Ahora bien, la ley introduce una restricción, el retracto, y, qué deba entenderse por retracto, viene establecido en el art. 1521 del Código Civil: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.»

Aquí únicamente estudiaremos el retracto de comuneros y el de coherederos, este último por fundarse en los mismos principios que el de comuneros, y que se halla recogido en el art. 1067³ del C.C. La enajenación de la cuota a un extraño determina un de-

¹ Art. 399. «Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir a otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.»

² Vid. D.4.7.12 (*Marc. 14 inst.*); D.19.1.13.17 (*Ulp. 32 ad ed.*); D.10.3.7.13 (*Ulp. 20 ad ed.*); D.10.2.54 (*Nex. 3 memb.*); C.3.37.1 *pr*-1, y 3.

³ Art. 1067. «Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber.»

Alfonso Murillo Villar

recho de retracto en favor de los demás comuneros. Así, pues, el art. 1522 del C.C. prescribe el retracto de comuneros para retraer la participación enajenada⁴: «El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás conductos o de algunos de ellos»; pero «cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común». Parece, según este artículo, que el retracto de comuneros únicamente puede tener lugar cuando la enajenación se ha realizado en beneficio de un extraño a la comunidad, nunca si se ha dispuesto en favor de otro comunero. Además, se precisa que el extraño lo sea al ejercitar la acción, no siendo suficiente que lo fuera al verificarse la enajenación⁵. Esta negativa responde, por un lado, al interés en extinguir cuanto antes el estado de copropiedad⁶, lo cual se consigue concentrando participaciones, y, por otro, a evitar el cambio más o menos frecuente de comuneros, lo que, sin duda, dificulta la gestión de la propia comunidad.

La presente regulación no dista mucho de aquella romana, en la que aunque aparentemente se permitía la libre disposición del derecho de copropiedad, sin embargo, también se conoció la adquisición preferente, como seguidamente tendremos ocasión de comentar. Nuestro derecho histórico otorga un derecho de adquisición preferente al socio comunero frente al extraño, si bien fue sufriendo distintas matizaciones; en unos casos se trataba del beneficio de tanteo y en otros de un verdadero derecho de retracto, hasta consolidarse en la prescripción vigente⁷.

2. Nuestros civilistas patrios han tomado como antecedente más remoto del retracto de comuneros lo prescrito en la P.5, tít. V, ley LV, pero como tendremos ocasión de demostrar no puede hablarse en absoluto de que estemos ante una institución casi original de nuestro derecho castellano.

P. 5, tít. V, ley LV: «Dos omes, o mas, auiendo alguna cosa comunalmente de so vno, dezimos, que qualquier dellos puede vender la su parte, maguer la cosa non sea partida. E

⁴ Por cierto, «El retracto de comuneros excluye el de colindantes», artículo 1524 del C.C.

⁵ BADENES, R., *La preferencia adquisitiva en el derecho español (Tanteo, retracto, opción)*, Barcelona, 1958, p. 84.

⁶ Esta razón invalida cualquier pacto de renuncia a ejercitarlo si el supuesto de hecho llegara a producirse. Vid. abundante bibliografía en ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Pamplona, 1998, p. 164, n. 12.

⁷ Fundamentalmente, P.5, tít. V, ley LV; Fuero Viejo de Castilla, lib. 4, tít. I, ley VIII; y Leyes 74 y 75 de Toro. Vid. GUTIÉRREZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español, t. II*, Madrid, 1863, pp. 433 y ss.; SERRANO, E., s.v. *retracto de comuneros*, en Enc. Jur. Esp., XXVII, p. 523; BADENES, *La preferencia adquisitiva, op. cit.*, pp. 8 y ss.; MUZOS, J. L. DE LOS, «Retracto de comuneros», *Rev. Der. Priv.*, 46, 1962, pp. 938 y ss.; GÓMEZ CALERO, J., «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español», *Rev. Der. Priv.*, 47, 1963, pp. 774 y ss.; GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XIX (dirigidos por M. ALBALADEJO, EDERSA), Madrid, 1980, pp. 596 y ss.; BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, Pamplona, 1995, y, recientemente, con importante aparato bibliográfico, ESTRUCH, *Venta de cuota, op. cit.*

Recepción del retracto de comuneros en el Ordenamiento Jurídico español

puede vender a qualquier de los que han en ella parte, o a otro estraño. Pero si alguno de los que han parte de la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el estraño, esse la deve auer ante que el estraño. E la vendida del estraño se deve entender que puede ser fecha, ante que sean entrados en pleyto, de la parte.»

De conformidad con la presente Partida el copropietario se comporta como un propietario individual ya que puede enajenar su porción a quien quiera retribuir el precio que se acuerde. Pero esta afirmación se ha de matizar, pues el derecho a vender no se reconoce como una posibilidad en sí, sino que se establece una preferencia a la hora de la adquisición: «Puede vender a qualquier de los que han en ella parte, o a otro estraño. Pero si alguno de los que han parte de la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el estraño, esse la deve auer ante que el estraño.»

Pues bien, esta disposición, frente a lo establecido en el Fuero Viejo de Castilla (lib. IV, tít. I, ley VIII⁸), que ordenaba que la enajenación efectuada antes de la partición exclusivamente pudiera hacerse a un hermano, y no a un pariente comunero, excepto que fuera hermano, es bastante más acorde con la regulación romana⁹, al carecer de trascendencia la relación de parentesco en favor de una mayor primacía de la indivisibilidad del objeto común; su explicación reside en que se otorga una preferencia de adquisición

⁸ Lib. IV, tít. I, ley VIII. «Esto es Fuero de Castilla: Que ninguna eredit que eredan parientes, ninguno puede vender la sua suerte a ningund pariente, nin a otro ome fasta que la aya partida, sino ermano a ermano; e quando la vendier un ermano a otro, devel luego dar poder a que la pueda partir, ansi como el mesmo partirie con suos ermanos aquella suerte, que vendiò en esta guisa. Vale lo que es vendido a ermano, ante que sea partido, mas non le puede vender a otros parientes a menos de ser partido, e si de otra guisa lo vendier la venta non vale por el fuero.»

Dice el Fuero de Castilla que nadie puede vender su cuota (*suerte*), excepto a un hermano, hasta que la comunidad haya sido disuelta (*partida*). Por tanto, la facultad de enajenar se circunscribe al grado de parentesco más próximo en línea colateral, sólo al hermano.

Dos detalles muy significativos presenta esta ley. Por un lado, se prohíbe enajenar la cuota al pariente con el que se cohereda, por ejemplo, tíos, primos, etc., a no ser que entre dichos parientes exista algún hermano; asimismo, tampoco puede enajenarse a un extraño (*a otro ome*) hasta tanto el patrimonio haya sido partido. Vendida la porción indivisa por un hermano a otro, dícese que debe darle poder para que la pueda partir. Ello significa que el comprador se incorpora a la *communio* con todas sus consecuencias; a saber, deberá someterse a la partición y consiguiente adjudicación de parte material. Termina la ley VIII con un *modo de resumen que resulta a todas luces inexacto*. Antes de la partición —dice— es válido lo que se vende a un hermano, pero carecerá de efecto si la cuota es vendida a otros parientes. Sin embargo, se omite la imposibilidad de enajenar a un extraño al grupo familiar como en el primer párrafo se prescribe y expresamente se prohíbe. En consecuencia, una vez efectuada la división o partición de la copropiedad cada comunero puede vender su parte o fracción a quien desee, y mientras no se realice queda expresamente vetado. No obstante, debía tenerse en cuenta que el Fuero de Castilla, lib. IV, tít. I, ley IV, contemplaba el retracto gentilicio ejercitable en el plazo de nueve días desde que se entregaba al comprador la cosa vendida. Este régimen del Fuero castellano difiere de aquel romano, C.4.52.3, en donde se permitía a cada copropietario enajenar libremente su cuota, bien al socio bien al extraño.

⁹ C.4.52.3 (*Impm. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Eusebio*).

Alfonso Murillo Villar

en favor de los condóminos. Por tanto, se supera la mentalidad reduccionista del grupo familiar en beneficio de la consolidación de derechos en una misma persona titular *pro indiviso* de la cosa común¹⁰.

Por consiguiente, en la Ley de Partidas se establece una prelación en favor de los condóminos, ya que si alguno de ellos quisiere dar tanto como el extraño, tendrá un derecho preferente: «la deue auer ante que el extraño»¹¹. Además, la enajenación al extraño conlleva una restricción que no vincula en caso de realizarse a un socio, pues debe ser efectuada antes de haberse comenzado el juicio de división¹². Comenzado éste no podrá venderse la parte hasta que no haya sido definitivamente dividida la cosa común, en cuyo caso se transmitirá no la cuota ideal sino la concreta porción material adjudicada, salvo —dice el código alfonsino— que medie el unánime consentimiento de los demás copropietarios en favor de la venta de la parte aún indivisa, ello, entiéndase comenzado el pleito.

3. De las 83 leyes que se promulgaron en las Cortes de Toro de 1505, se refieren al derecho de retracto y tanteo la 74 y la 75.

Ley LXXIV: «Quando concurrieren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinquo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, con el que tiene parte en ella, porque era comun, prefierasc en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propinquo.»

Ley LXXV: «Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro, en caso que segun la ley de la Partida, la pudiera el comunero sacar, por el tanto sea obligado el que la quisiere sacar, á consignar el precio en el tiempo y termino, y con las diligencias, y solemnidades de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinquo, quando fuere de su patrimonio y abolengo, de suerte que lo contenido en dicha ley del fuero, y ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes aya lugar, y se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida, por el tanto.»

En la Ley 74 se concede preferencia al dueño directo, al superficiario y al comunero sobre el pariente más cercano del vendedor, y la Ley 75, obliga al comunero para retraer

¹⁰ Por el anónimo autor de *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, t. III, Madrid, 1847, p. 623 a) se indica claramente: «Es muy conveniente que se reunan ó consoliden en una persona los derechos a una finca, porque se evitan cuestiones o pleitos.»

¹¹ Es opinión generalizada de los autores que no se trata de un derecho de retracto propiamente dicho sino del beneficio de tanteo, pues la prelación en beneficio del condómino es antes, no después de verificada la venta. *Vid.* GUTIÉRREZ, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo II, *op. cit.*, p. 434; MANRESA, J. M.^a, *Comentarios al Código civil español*, 5.^ª ed., tomo III, Madrid, 1920, p. 493; BARDENES, *La preferencia adquisitiva*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.; ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A., *La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del Título 5 de la Quinta Partida*, en Centenario de la Ley del Notariado, sec. 1.^ª, Estudios históricos, vol. II, Madrid, 1965, p. 418.

¹² Esta limitación presenta ciertas semejanzas con lo preceptuado en el Derecho romano; obsérvese D.4.7.12 y C.4.52.3.

Recepción del retracto de comuneros en el Ordenamiento Jurídico español

a consignar el precio y cumplir cuantos requisitos habría de cumplir el propincuo¹³; además, esta ley al aludir, sin mencionarla, a la P. V, tít. V, ley LV, vista *supra*, que resulta ser el referente más elocuente de todo el derecho histórico español en orden al reconocimiento del ejercicio por parte de los derechos inherentes a todo condómino, está reafirmando el principio allí establecido.

La «Recopilación de las leyes de estos reinos», que tras larga gestación se acabó promulgando por Felipe II en 1567, conocida vulgarmente como Nueva Recopilación, refunde disposiciones de Cortes y de los reyes y las Leyes de Toro. En su lib. V, tít. XI: «De las ventas, compras y retratos del tanto por tanto, de patrimonio, ò abolengo», recoge *ad literam* aquello preceptuado en las Leyes 74 y 75 de Toro. En consecuencia, continúa perpetuándose lo preceptuado en el código alfonsino.

En ediciones posteriores de la Nueva Recopilación en nada se modificó, parece, la materia que nos ocupa. De este modo llegamos al siglo XIX, período de grandes codificaciones, y encontramos la Novísima Recopilación de las Leyes de España, que fue promulgada por Carlos IV, en Real Cédula de 15 de julio de 1805. La Novísima reproduce la Nueva Recopilación y leyes posteriores, eso sí, incurriendo en numerosos errores al decir de los historiadores, pero que no afectan a nuestra cuestión.

En ella no se aporta nada nuevo, pues se limita a reproducir lo ya establecido en las Leyes de Toro. En su lib. X, tít. XIII, en el epígrafe «De los retratos y derecho de tanto», se recogen tal cual las transcritas Leyes 74 y 75 de Toro. De este modo, la Ley 74 viene reproducida al pie de la letra en la Ley VIII, tít. XIII del lib. X de la Novísima y la ley 75 se recoge en la Ley IX del mismo tít. y lib. En consecuencia, puede afirmarse que en esta época, y a todos los efectos de la materia, sigue vigente aquello dispuesto en la P.V, tít. V, Ley LV por cuanto ya constaba recogida en la Ley 75 de Toro, la cual, como ya tuvimos ocasión a apuntar, recoge lo establecido por Alfonso X a finales del siglo XIII. Todo este devenir histórico desembocó en el art. 1451 del Proyecto de Código Civil de 1851¹⁴ que se ha conservado sustancialmente en el actual art. 1522.

4. A continuación abordaremos la realidad de la cuestión en derecho romano, pues, como ya hemos apuntado, normalmente se ha ignorado por los civilistas este ordenamiento como antecedente, siquiera remoto, del derecho de adquisición preferente, cuando, como seguidamente demostraremos, al menos en la práctica se tuvo en cuenta en reiteradas ocasiones¹⁵.

¹³ Para ello *vid.* BADENUS, *La preferencia adquisitiva*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

¹⁴ Art. 1451 del Proyecto de 1851. «El copropietario de una cosa común que no puede dividirse cómodamente o sin menoscabo, puede usar el retracto, en el caso de venderse a un extraño la parte de alguno o de todos los demás condueños. En el caso que dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.» GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852 (reimpresión, Zaragoza, 1974), pp. 767 y ss.

¹⁵ ARIAS RAMOS, *La compraventa en las Partidas*, *op. cit.*, pp. 418 y ss.

Alfonso Murillo Villar

Se ha señalado que resulta difícil realizar un estudio completo del derecho de prelación entre los siglos I y IV d. de C., tanto por la carencia de fuentes como por la ausencia de una definición jurídica del citado derecho¹⁶. No pretendemos abordar aquí un estudio del derecho de prelación *in genere*¹⁷. Es sabido que la jurisprudencia utilizó distintos medios negociales (*emptio-venditio, stipulationes, pacta*) para tutelar el mencionado derecho de prelación, pero aquí interesa exclusivamente lo referido a la comunidad de bienes. Si en materia de *communio* es difícil encontrar textos que ratifiquen el derecho de prelación como norma jurídica, no es menos cierto que en algunos casos se tutelaron determinados actos de prelación a través de otros medios negociales ordinarios.

D.45.1.122.3 Scaev. 28 Dig.: «Coheredes cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut, si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel eius successori venderet centum viginti quinque: quod si quis aliter fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt: quaero, cum coheres mulier coheredis liberorum tutores saepius testato convenerit et desideraverit, ut secundum conventionem aut emant aut vendant, hique nihil tale fecerint, an, si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit. Respondit secundum ea quae proponerentur obstaturam doli mali exceptionem.»

Dice el texto de Escévola que unos coherederos, probablemente dos, dividieron unos predios hereditarios y dejaron en común uno de ellos con el pacto de que si alguno quería enajenar su parte debía venderla al otro o a su sucesor, por ciento veinticinco mil sextercios, y por si vendía a un extraño estipularon una pena de cien mil sextercios. Uno de los dos coherederos, que era una mujer, queriendo vender su parte, solicitó a los tutores de los hijos de su coheredero que compraran o vendieran su parte conforme a lo convenido, pero ellos ni compraron ni vendieron¹⁸. La cuestión que se plantea es si a la mujer, en caso de vender a un extraño, puede exigírsele la pena. Escévola respondió que conforme a los términos del caso propuesto se podría oponer la *exceptio doli mali*.

Los coherederos presumiblemente dividieron parte de la herencia de forma convencional¹⁹, y como nada les obligaba a realizar una división de todo el acervo patrimonial²⁰, dejaron uno de los fundos indiviso. Sobre este terreno seguían manteniendo cada

¹⁶ PENTA, M., *Sul diritto di prelazione tra il I e il IV secolo*, Index 12, 1983-84, p. 526.

¹⁷ Para ello *vid.* BELLOMO, M., «Il diritto di prelazione nel basso impero», en *Annali di Storia del diritto*, II, 1958, pp. 187 y ss. con abundante bibliografía.

¹⁸ El apostillamiento [*aut emant* [*aut fecerint*] e [*hique fecerint*] apuntados por GUARNERI CITATI y EISELE, respectivamente (*lt. Ind. Intp.*), puede admitirse su alteración. El pacto de prelación no conllevaba la obligación de venta en favor de quien quería desprenderse de su *pars*.

¹⁹ Modo de *divisio* bastante practicado; *vid.* MURILLO, A., «La división convencional de la comunidad de bienes en Derecho Romano», *Revista Jurídica del Notariado*, 17, 1996, pp. 61 y ss.

²⁰ La subsistencia de la *communio* puede darse, bien porque se efectúa una *divisio*, procesal o convencional, excluyendo bienes, o bien porque alguno de los copropietarios decide abandonarla unilateralmente en algunos objetos por medios negociales a su alcance, por ejemplo, enajenando la cuota: C.3.37.3 *pr.*

Recepción del retracto de comuneros en el Ordenamiento Jurídico español

uno su *pars quota*, a priori enajenable libremente, pero por mutuo acuerdo, *pactum*, decidieron que quien quisiera ejercitar su derecho de venta debía ponerlo en conocimiento del otro o de sus sucesores, por si fuere de su interés adquirirlo. El mencionado pacto venía fortalecido por medio de una *stipulatio poenae*²¹, para el caso de que se pretendiese burlar el acuerdo. Evidentemente, nos encontramos ante un caso de adquisición preferente establecido por las propias partes y no por régimen legal alguno²².

La mujer coheredera intentó poner fin a la *communio*, no a través del ejercicio de la *actio familiae erciscundae*, sino cumpliendo el pacto; es decir, ofreciendo vender su parte. Cumplido el trámite pactado, pues muchas veces citó ante testigos a los tutores de los descendientes de su coheredero, la mujer no recibió respuesta. Ante la posibilidad de que vendiese su cuota a un extraño, la otra parte (los tutores) preguntan al jurista si podrían ejercitar en tal caso la *actio ex stipulatu*, que si bien no equivale al precio acordado por el fundo (*centum viginti quinque*) sí se aproximaba (*centum*). Pues bien, como la mujer había realizado ya la oferta pactada no empece para que pueda vender a un extraño y gozar además de la *exceptio doli mali* como defensa.

Este tipo de pactos protegidos por medio de una *stipulatio poenae* no son extraños entre comuneros, pues se pretende fortalecer su validez²³. Para Penta el derecho de prelación de este supuesto puede responder a un uso constante entre comuneros parientes, con la intención de no desperdigar el patrimonio familiar, sobre todo tratándose de fundos²⁴. Esta práctica viene ratificada, lo decimos con gran cautela, pues no existen muchas fuentes que lo confirmen, por lo expuesto en C.4.52.3, que inmediatamente analizaremos, lo que coincide además con la finalidad del art. 1522²⁵.

5. «C.4.52.3 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Eusebio.—Falso tibi persuasum est communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividendo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.»

Para los augustos emperadores no existe absolutamente ningún impedimento para que cada uno de los copropietarios pueda vender su porción en un predio común indiviso²⁶ a quien quiera, bien al socio bien a un extraño. El régimen clásico continúa vi-

²¹ Vid. KNITTEL, R., *Stipulatio poenae*, Köln, 1976, pp. 255 y ss.

²² Otros supuestos de prelación de naturaleza convencional, al margen de la *communio*, pueden verse en D.18.1.75 (*Hermog. 2 iur. epit.*) y D.19.1.21.5 (*Paul 33 ad. ed.*). Vid. también C.4.54.2 Imp. Alexander A. Charisio (a. 222).

²³ El propio ESCIVOLA lo recuerda en D.45.1,122,6.

²⁴ PENTA, *Sul diritto di prelazione*, op. cit., pp. 528 y ss.

²⁵ Sin embargo, esta idea no concuerda con los antecedentes de la cuestión: *coheredes cum praedia hereditaria dividerant*, ya que nada induce a pensar que se pretendiese mantener el patrimonio familiar cuando no se puede intuir que los coherederos fueran parientes. Verosíblemente la razón residiese en las propias características físicas del fundo.

²⁶ En parecidos términos lo manifiestan también en C.4.49.8 (a. 293-304): «Si pater tuus venundedit portionem suam, nec induxit in vacuam possessionem praedii, ius omne penes se eum retinuisse certum est.»

Alfonso Murillo Villar

gente²⁷, y Diocleciano se presenta como defensor de la clasicidad²⁸. La libre capacidad de enajenación alcanza hasta el instante mismo en que se dicta sentencia: *antequam communi dividundo iudicium dictetur*²⁹. Pero habrá que recordar que si la enajenación pretende realizarse durante el proceso divisorio será permitido siempre que no sea para alterar los resultados del juicio; así se prescribía desde finales de la época republicana o comienzos del período clásico, conforme a D.4.7.12.

El tema central de esta constitución es el del derecho de prelación entre copropietarios en aquellos supuestos de enajenación de la cuota. El rescripto diocleciano pretende aclarar una duda de Aurelio Eusebio, a quien *falsum persuasum* de que no puede vender a un extraño su parte en el fundo común indiviso. Dice Penta que este «falso» inicial remacha que tal posición es errónea, pero seguramente esto no vale para excluir la práctica de la prelación³⁰. Efectivamente, Aurelio Eusebio³¹ estaba equivocado, le habían inducido a equívoco al asesorarle falsamente que puede vender *tantum socio, non etiam extraneo*. A diferencia del caso propuesto a Escévola³² no había existido pacto alguno que obligara a vender al socio.

Es verosímil que estuviese muy enraizada en la tradición la compraventa entre los socios, lo cual puede interpretarse que se generó, o bien de una prohibición de vender a extraños, o bien de una práctica de prelación constantemente observada³³. Lo que sí es cierto —seguimos a Bellomo— es que el rescripto prueba tanto la existencia de la prelación como su radicación en la costumbre, pero inferir de ello que fuese una regla jurídica pretérita, creemos, resulta aventurado³⁴.

En definitiva, nada se opone a que el *pater* venda su parte (cuota) de un predio (común), pero entre tanto no transfiera la vacua posesión retendrá todo su derecho, debiendo entenderse que nada se transfirió.

²⁷ La constitución es de fecha incierta, pero su datación puede oscilar entre finales del s.III y primeros años del siglo IV d. de C. 293-305 apunta GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del derecho civil romano. Código*, t. I, Barcelona, 1892, p. 522, n. 10.

²⁸ DE ROBERTIS, F., *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, Bari, 1971, p. 375, n. 327.

²⁹ No obstante, C.3.37.1 (a. 213): «Post litis contestationem nemo nec partem suam, ceteris eiusdem rei dominis non consentientibus, alienare possit.» BERGER, A., *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912, p. 203, n. 2 y 3.

³⁰ PENTA, *Sul diritto di prelazione. op. cit.*, p. 531.

³¹ Ciudadano romano de provincias por el edicto de Caracalla, pero griego de nacionalidad, BISCARDI, A., «*Mitées maîtresses du régime de l'indivision en droit grec*», *RHD*, 36, 1958, p. 342. SEGRE, G., *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, p. 89.

³² D.45.1.122.3.

³³ BELLOMO, *Il diritto di prelazione, op. cit.*, p. 196. Vid. crítica de otras interpretaciones en n. 27.

³⁴ Es verosímil que se trate de una influencia de la práctica oriental del derecho de prelación o retracto en Occidente, la cual contrariaba la libre disposición reconocida a cada copropietario sobre su *pars quota*. Vid. bibliografía en KASER, *Das Römische Privatrecht*, II, 2.º Auf., München, 1971, p. 269, n. 68; y RUPPRECHT, H. A., «Zu Voraussetzungen, Umfang und Herkunft des Vorkaufrechts des Gemeinschafters nach den Papyri», en *Symposium*, 1979, Athènes, 1981, pp. 287 y ss.; «Zum Vorkaufrecht der Gemeinschafters nach den Papyri», en *Scritti Montevicchi*, Bologna, 1981, pp. 335 y ss.

Recepción del retracto de comuneros en el Ordenamiento Jurídico español

Diocleciano resuelve un falso asesoramiento pero no deroga ningún principio jurídico, al que ni tan siquiera hace alusión; sin embargo, un siglo después, en C.4,38,14 = C.Th. 3,1,6³⁵, se alude a un anterior reconocimiento del derecho de prelación para su expresa prohibición. Ciertamente, en C.4.38.14 se revela como en otro tiempo (*dudum*) los *proximi* y los *consortes* podían excluir de una venta a los extraños impidiendo que los hombres enajenasen a su arbitrio. Mas como esto parece grave —dicen los emperadores— pueda cada cual *superiore lege cessata* buscar o aceptar a su arbitrio comprador. Por tanto, el derecho de prelación queda claramente invalidado, resultando, no obstante, dudoso que esa regulación se refiriese a los copropietarios, pues la misma no hace referencia a ello³⁶.

En definitiva, cada condómino, según el texto, puede libremente enajenar la cuota que le corresponde en la *communio*; es más, no será necesario que el *socius* esté informado de dicho acto y será intranscendente que lo ignore o se halle ausente, pues siempre podrá enajenarse la parte indivisa incluso contra su voluntad: D.50.17.26 (Ulp. 30 *ad Sab.*): «Qui potest invitis alienare, multo magis et ignorantibus et absentibus potest»³⁷. Ello induce a pensar que esta pudiera ser una más de las múltiples causas que originaban tanta discordia en las relaciones entre comuneros³⁸.

Sin embargo, y termino, también puede afirmarse que en época postclásica el derecho romano reconoció y permitió la práctica, al menos durante algún tiempo, del derecho de prelación, y probablemente a través de la costumbre pervivió en época justiniana, lo que por medio de la tradición romanística ha llegado hasta la actualidad. Por poner un pequeño ejemplo, tanto en C.4.52.3 como en los arts. 1522 y 1067 del Código Civil español se contraponen a los comuneros con los extraños, utilizando el mismo término, entonces y ahora, *extraneus*. Extraño en este contexto no es sino toda persona que no forma parte de la comunidad. Por lo tanto, no resulta verosímil que los legisladores castellanos se inventaran *ex novo* el retracto de comuneros, siendo preciso retrotraer la institución a épocas romanas.

³⁵ C.4.38.14 «Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Flaviano pp. Illyrici. Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent neque homines suo arbitratu vendenda distraherent. Sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit (a. 391).»

C.Th.3.1.6 no recoge «nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit».

³⁶ Quienes sean los *proximi* y los *consortes* ha sido muy discutido; se ha entendido que el término *consortes* se refiere a «contributari» y no a los copropietarios. Vid. por todos, BELLOMO, *Il diritto di prelazione*, op. cit., pp. 196 y ss., quien cree verosímil que entre C.4.52.3 y C.4.38.14 (C.Th.3.1.6) debió existir una constitución, probablemente de Constantino, en la que se reconocía el derecho de prelación.

³⁷ Vid. BRETONE, M., «Consortium e communio», *Labeo*, 6, 1960, pp. 195 y ss., quien atribuye el texto a Ulpiano antes que a Sabino y su relación con la enajenación *pro parte* del *socius* contra el *pactum ne dividatur*.

³⁸ Así queda ratificado por D.8,2,26: «itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit», y también por D.31,77,20: «[...] discordiis [...] quas materia communionis solet excitare.»

