

II. DICTAMENES

¿Procede el retracto de un copartícipe contra otro adquirente del buque común en pública subasta?

ANTECEDENTES

Los Sociedades anónimas A y B vinieron explotando en régimen de copropiedad el buque N, teniendo en él la primera de dichas Sociedades una participación del 75 por 100, y la segunda, el 25 por 100 restante.

El copartícipe mayoritario decidió, en uso de su derecho, poner fin al régimen de copropiedad disolviendo el condominio; mas ante la oposición del partícipe minoritario, fué necesario sacar el buque a pública subasta, promoviendo al efecto el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria con arreglo a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento civil.

En el pliego de condiciones acompañado al escrito en que el partícipe mayoritario solicitó la celebración de la subasta judicial se estableció literalmente lo siguiente: "Los licitadores habrán de tener en cuenta que los partícipes en la propiedad del buque tienen los derechos de tanteo y retracto previstos en el Código de Comercio."

Celebrada la subasta acudió a ella juntamente con otros licitadores el partícipe mayoritario Sociedad A, que habiendo hecho la mejor postura consiguió que se le adjudicara el remate.

Posteriormente la Sociedad A, como promotora del expediente, aprobó la adjudicación dentro del término legal de terceró día.

El partícipe minoritario Sociedad B, estimando que no procedía la celebración de la subasta pública, interpuso contra el partícipe mayoritario una demanda de juicio declarativo ordinario en la que solicitó se declarase la nulidad de las actuaciones practicadas en el expediente de jurisdicción voluntaria pendiente de tramitación ante los Tribunales competentes. Además, la Sociedad A tiene noticias de que el partícipe minoritario pretende retraer el buque subastado amparándose, al parecer, en la cláusula del pliego de condiciones antes transcrita.

CONSULTA

Con esos antecedentes, la Sociedad A se dirige al Letrado que suscribe deseando conocer su opinión sobre los siguientes extremos:

Primero. Si la Sociedad A, como partícipe mayoritario y promotor de la subasta del buque N, realizada para poner fin a la copropiedad, podía acudir a la subasta y pujar, sin perjuicio de su facultad de aprobar el remate.

Segundo. Si el hecho de acudir a la subasta la Sociedad A y aprobar el remate por el que se le adjudicó el buque hace surgir en el partícipe minoritario el derecho de retracto, teniendo en cuenta especialmente que en el pliego de condiciones se estableció que los partícipes en la propiedad tendrían los derechos de tanteo y de retracto previstos en el Código de Comercio.

Tercero. Postura a adoptar por la Sociedad A en el supuesto de que la Sociedad B entable demanda de retracto.

I

D I C T A M E N

El primer extremo de la consulta debe ser tratado muy brevemente, pues en realidad no plantea ningún problema grave. No se ve que pueda existir razón alguna para impedir que la Sociedad A, como partícipe mayoritario del buque N, pueda acudir a la subasta del mismo en concurrencia con otros licitadores. Si no hay ningún precepto legal en que se establezca una prohibición y si tampoco existe un uso, costumbre o principio de derecho en que ésta pueda apoyarse, huelga decir que no habrá razón para negar a los partícipes en la propiedad de un buque el derecho de acudir como licitadores a la subasta pública en que aquél haya de ser vendido. El carácter público de la subasta dice bastante a este respecto. Cualquier persona con capacidad de obrar que reúna los eventuales requisitos exigidos por el pliego de condiciones de la subasta, deberá reputarse legitimada para tomar parte en la puja y obtener en su caso la adjudicación del remate.

Esta conclusión, que quizás por ser elemental tiene una fuerza lógica indiscutible, no puede ser perturbada, a juicio de este Letrado, por el hecho de que la Sociedad consultante haya sido en su condición de partícipe mayoritario del buque N quien precisamente haya promovido en acto de jurisdicción voluntaria el expediente de subasta. No hay que olvidar que el actuar así la Sociedad procedió sencillamente como órgano de la Empresa naviera explotada en común o, si se quiere, como soporte o expresión de la voluntad de la mayoría, que al decidir la disolución de la comunidad ante la oposición del partícipe minoritario hubo de dar cumplimiento al mandato del Código de Comercio que ordena para tal supuesto la venta del buque en pública subasta con sujeción a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 592). Era, pues, forzoso para la Sociedad consultante, como partícipe mayoritario del buque N, promover la subasta pública del mismo. Pero, naturalmente, ese acto, en modo alguno puede privarle de la facultad o derecho de acudir como licitador a la subasta, porque al actuar así interviene como simple copartícipe, mayoritario o no, que desea adquirir el buque en el precio que resulte de la puja con otros partícipes o con personas extrañas a la comunidad, es decir, en competencia con los demás licitadores que concurren a la subasta. Si no se admitiese esto se llegaría a la conclusión totalmente injusta y carente de equidad, de que los partícipes mayoritarios en la copropiedad de un buque, por el hecho de verse obligados, como encarnadores de la mayoría, a promover la subasta judicial que ordena el Código de Comercio, se encontrarían después frente a los demás

comuneros en la desventajosa situación de no poder concurrir a la subasta, quedando privados así de la posibilidad de adquirir la propiedad del buque, sin razón alguna que justifique una pérdida de derechos que puede afectarles gravemente.

II

El segundo extremo de la consulta plantea la cuestión capital del presente dictamen. Se trata, en esencia, de esclarecer una pura cuestión de derecho: si el partícipe minoritario en la propiedad de un buque puede, ejercitando al efecto la correspondiente acción de retracto, subrogarse en el lugar del partícipe mayoritario que adquirió dicho buque en pública subasta promovida a consecuencia de la oposición del primero a la disolución de la comunidad. Esta índole estrictamente jurídica del problema aconseja iniciar su estudio con unas rápidas consideraciones acerca de la fisonomía y del régimen legal de la copropiedad de buques en el Derecho español, que han de servir como punto de apoyo inicial a nuestros ulteriores razonamientos.

El condominio naval, institución conocida desde la época romana en que ya se admitía que la nave pudiera pertenecer a dos o más personas, no se difundió, sin embargo, en el tráfico marítimo hasta la Edad Media. En las colecciones de Leyes y costumbres del mar de la época medieval se va perfilando con trazos firmes que pasan después a los modernos Códigos de comercio el carácter genuino del condominio naval, como institución en la que destacan estos tres caracteres: 1.º La división de la propiedad del buque en cuotas ideales de igual o diferente medida, pertenecientes a los distintos copartícipes. 2.º El reconocimiento a los copropietarios de un derecho de preferencia para adquirir las cuotas de los demás partícipes en el supuesto de enajenación de las mismas; y 3.º La afirmación clara y neta del principio mayoritario, no sólo para regir la copropiedad en los asuntos relativos a la explotación del buque, sino incluso para deliberar la enajenación de la nave y, por consiguiente, la disolución del condominio. Esta fisonomía de la copropiedad naval, distinta de la que ofrece el condominio romano, es la que perdura en definitiva en los modernos Códigos, sin exceptuar el español. Nuestro Código de comercio de 1829, recogiendo esos caracteres peculiares de la copropiedad naval, sentó el principio mayoritario en el artículo 607 y reguló el antiguo derecho de preferencia (*ius protomiseos*) en el artículo 612. Y el vigente Código de comercio no sólo conserva esos principios, sino que los refuerza en la formulación que ha dado a los mismos en los artículos 575, 589 y 592. La vigorización de esos principios quizá haya venido como consecuencia de haber sustituido el vigente Código la primitiva concepción de la copropiedad naval como puro supuesto especial de condominio (que aún perduraba en el Código de 1829) por una concepción nueva y distinta, que al ver en el condominio un forma de explotación en común de una empresa raviereña aproxima el régimen jurídico del mismo al de las sociedades mercantiles llegando incluso con evidente error sin duda, a calificar de compañía a la comunidad de partícipes. Bastará echar una rápida ojeada por el articulado del Código para observar que el principio mayoritario queda considerablemente reforzado al sustituir el régimen de mayoría absoluta que exigía el artículo 609 del Código anterior (difícil, si no imposible, de conseguir en muchos casos) por un régimen

de mayoría relativa, bastante para tomar cualquier acuerdo según el artículo 589 del Código vigente. Pero el libre juego de la simple mayoría relativa como árbitro del régimen de explotación y, en último extremo, del destino del buque, entrañaría grave peligro para los partícipes minoritarios si paralelamente no atendiese la Ley a reforzar también las cautelas y prevenciones desde antiguo establecidas en su favor. De ahí la razón de que, por un lado, se conceda a cada partícipe por mínimo que sea su interés en el buque la facultad de vetar el acuerdo de la mayoría sobre enajenación del buque en condiciones que aquél no reputa aceptables o convenientes, estableciéndose, como garantía de los intereses del partícipe disconforme, la obligación de realizar la venta del buque en pública subasta (art. 592, párrafo final). Y de ahí también que, por otro lado, se obligue a la mayoría a tomar las participaciones que renuncien o abandonen los partícipes que no estén conformes con los acuerdos de aquélla en punto a reparación, equipaje y avituallamiento del buque en el puerto de salida, previa tasación judicial del valor de la parte o partes cedidas (art. 592, párrafo 1.º). Pero, sobre todo, y eso es lo que conviene examinar con detenimiento a los efectos de este dictamen, se refuerza el antiguo derecho de preferencia del partícipe para la adquisición de las cuotas de propiedad de los demás comuneros.

En efecto: mientras el artículo 612 de nuestro primer Código de comercio formulaba ese derecho como simple derecho de tanteo de los copartícipes en la venta que alguno de ellos pretendiese hacer de su porción respectiva, en cambio el vigente Código completa la institución estableciendo al lado del tanteo el derecho de retracto, y ambos, lo mismo en la venta de simples cuotas o participaciones que en la venta total del buque (arts. 575 y 592). De esta forma el antiguo "ius protomiseos" se amplía de manera considerable al recoger el legislador de 1885 el parecer general de la doctrina anterior que venía interpretando ya el antiguo artículo 612 del Código de 1829 en el sentido de que la palabra tanteo utilizada imprecisamente por la Ley, abarcaba tanto el verdadero tanteo como el retracto. Pero conviene destacar desde ahora por la gran importancia que esto tiene, que al mismo tiempo que el Código vigente amplía de modo explícito el ámbito del derecho de preferencia de los copartícipes, POR OTRO LADO RESTRINGE EXPLICITAMENTE TAMBIEN EL USO DE ESE DERECHO, PUNTUALIZANDO DE MODO INCONTRVERTIBLE QUE EL TANTEO Y EL RETRACTO SOLO PUEDEN SER EJERCITADOS EN LAS VENTAS REALIZADAS A FAVOR DE PERSONAS EXTRAÑAS A LA COMUNIDAD.

También ésta ha sido una innovación del vigente Código frente al anterior. El artículo 612 del Código de 1829 se limitaba a referirse a la venta de las respectivas porciones de los partícipes sin distinguir entre ventas hechas a personas extrañas o a otro comunero. Al amparo, pues, de ese precepto bien podía sostenerse la tesis de que el tanteo y el retracto de los comuneros podrían ejercitarse en cualquier supuesto de venta: pero la doctrina de la época, dándose cuenta del peligro que eso supondría, acudió solícita a cegar esa laguna legal con materiales extraídos de la cantera del Derecho común, llegando a la conclusión de que el citado artículo 612 había de ser interpretado rectamente en el sentido de que para el caso de que la parte de la nave fuese vendida a condueños, no habría lugar al tanteo ni al retracto. En este estado de cosas, cuando

se redactó el vigente Código de 1885 fué fácil recoger expresamente en él ese principio (artículo 575) que años más tarde pasa también al Código civil a través del artículo 1.522 regulador del retracto de comuneros y del artículo 1.067, que reconoce el llamado retracto de coherederos. Y cuando posteriormente la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ve en el trance de interpretar y completar los preceptos reguladores del retracto de colindantes o asuncanos, nuevamente sale a la superficie esa exigencia (venta hecha a extraños) que en el supuesto concreto de ese retracto no había aflorado a la superficie de la Ley, dictándose pronto una serie de sentencias en las que se declara explícitamente que el retracto de colindantes sólo se da en las ventas hechas a extraños y no cuando el adquirente es a su vez propietario colindante de la finca adquirida (sentencias de 26 de noviembre de 1895, 4 de diciembre de 1896, 8 de marzo de 1901 y 1 de diciembre de 1902).

Todo esto demuestra que en el sistema español de retractos, tanto civiles como mercantiles, el requisito de que la venta se haga a personas extrañas es fundamental e insoslayable. La exigencia es, por otra parte, perfectamente lógica: si la persona que adquiere la cosa enajenada es a su vez copartícipe, coheredero o colindante y tiene, por tanto, un interés en su adquisición idéntico al del retrayente, ninguna razón existiría para que la ley autorizase a éste a subrogarse en la posición adquirida por aquel otro. En presencia de dos intereses del mismo rango es lógico que la Ley, negando el retracto, proteja a quien tiene prioridad en la adquisición. Esta es, en definitiva, la doctrina que sentó ya la vieja sentencia de 4 de diciembre de 1896, que dibuja con carácter general, y de modo realmente claro, la finalidad de los retractos legales, diciendo así: "Considerando que el retracto legal se ha establecido para lograr, según su naturaleza, la consolidación de los dominios que se encuentran desmembrados o indivisos, o para que desaparezcan las unidades pequeñas de la propiedad, dándose en favor de quien haya de conseguir este resultado, y por consiguiente procede sólo contra los extraños que adquieren derechos sujetos al retracto, pero no contra los que tienen igual interés en la consolidación, salvo las preferencias establecidas por la Ley en casos determinados." Tesis que se reitera en las sentencias anteriormente citadas y en otras posteriores.

Si aplicamos ahora estos principios al supuesto concreto de la consulta llegaremos directa y rápidamente a la conclusión de que la adquisición del buque N por la Sociedad A copartícipe en la propiedad del mismo, no podrá ser perturbada por el deseo del otro copartícipe de subrogarse en la posición de la Sociedad consultante mediante el ejercicio de una acción de retracto amparada en el artículo 575 del Código de Comercio, por la razón sencilla, de que la Sociedad compradora del buque en pública subasta, lejos de ser persona extraña a la comunidad, era nada menos que el partícipe mayoritario. Cualquier intérprete objetivo que colocado frente a los artículos 575 del Código de Comercio y 1.522 del Código civil se pregunte qué debe entenderse por "persona extraña", a los efectos de lo prevenido en ambos preceptos legales, habrá de concluir inexcusablemente que nuestros Códigos han querido aludir con ese término a las personas que no sean comuneros, y que, en consecuencia, las ventas realizadas a un copartícipe caerán fuera del ámbito del retracto.

Ahora bien: ¿habrá adquirido la Sociedad consultante la condición de "ex-

traño" por el hecho de haber promovido el expediente de subasta y haber licitado luego en la misma como mejor postor? Fácilmente se comprenderá que la contestación a esta interrogante ha de ser rotundamente negativa. Apuntábamos ya en el primer apartado de este dictamen que el hecho de haber promovido la subasta no tiene relación ni conexión alguna con las posturas que posteriormente se hayan hecho en ella. La Sociedad A promovió la subasta en su condición de partícipe mayoritario que como tal decide y ordena los destinos de la comunidad naval; pero el hecho de concurrir posteriormente como licitador a la subasta nada tiene que ver con su condición de copartícipe mayoritario. La Sociedad consultante tomó parte en la puja investida, sí, de su condición de comunero, de la que ni quería ni en último extremo podía desprenderse aunque quisiera; pero no como mayoritario, porque a efectos de la subasta y adjudicación subsiguiente del buque es absolutamente indiferente que el copartícipe adjudicatario tuviese una u otra cuota en la propiedad del buque. Es decir: la Sociedad A concurre a la subasta exactamente igual que pudo haber concurrido a ella el otro copartícipe, y al adquirir, por haber hecho la mejor postura, la adjudicación del remate, adquirió como copropietario o comunero que al concurrir a la licitación pública perseguía adquirir plenamente el dominio que antes venía compartiendo con la Sociedad B. Nadie podrá poner en duda que los buques pueden ser adjudicados en subasta pública tanto a personas extrañas a la comunidad sobre ellos constituida como a un partícipe de ésta, y en realidad, en este último supuesto, mejor que en presencia de una verdadera compra-venta del buque estaremos ante la simple adquisición por un condómino de las participaciones de los otros comuneros, y, por consecuencia, ante la consolidación del dominio pleno en el comunero licitador y adjudicatario del remate. Esto es concretamente lo que, a juicio del Letrado que suscribe, ha ocurrido en el caso del presente dictamen.

Esta tesis que venimos sosteniendo no sufre la menor alteración por la circunstancia de que el pliego de condiciones haya hecho la advertencia expresa de que los comuneros tenían los derechos de tanteo y de retracto previstos en el Código de Comercio. Es esa una mera advertencia formulada o dirigida con carácter general a todo posible y eventual licitador, que no pudo tener más alcance ni más trascendencia que la puramente informativa de dar a conocer a los licitadores que pudieran ignorarlo el derecho de los partícipes o comuneros a retraer el buque vendido en las condiciones previstas en el artículo 575 del Código de Comercio. Ahora bien: si según ese precepto legal la condición precisa y de todo punto indispensable para el ejercicio válido de la acción de retracto que el precepto ampara, es que la venta se haya realizado a persona extraña a la comunidad, huelga insistir en demostrar que el alcance de la advertencia en cuestión no puede ir más lejos que el propio artículo 575 regulador del derecho de retracto de los partícipes en la propiedad de un buque.

Con esto terminamos este apartado del dictamen destacando, además, que la materia del retracto legal es, por la índole o naturaleza misma de la institución, una de aquellas en la que no es admisible la más mínima alegría en la interpretación de los textos legales. El Tribunal Supremo salió al paso, hace tiempo ya de cualquier intento de interpretación amplia o extensiva en la sentencia de 13 de junio de 1903 que sentó la doctrina siguiente: "Tanto por la

naturaleza del retracto, limitativo en cierto respecto de la libre contratación, como por las condiciones especiales que han de concurrir para que pueda ejercitarse la acción correspondiente, es obligado a restringir más bien que a ampliar tal derecho a los términos estrictamente legales que le condicionan." En aplicación de esta doctrina, y ante el texto explícito y terminante del artículo 575 del Código de Comercio, no sería lícito ensayar interpretaciones más o menos amplias, dirigidas a abrir paso a la acción de retracto de un comunero contra otro copartícipe que adquiriera en pública subasta la propiedad total del buque anteriormente poseído en común. Cualquier intento en ese sentido, además de tropezar con textos legales explícitos y concluyentes, vulneraría la finalidad misma del retracto de comuneros, que no es otra que la de procurar la consolidación de los dominios indivisos en una sola persona. Cuando al fin de la indivisión se ha conseguido o logrado mediante la consolidación del dominio en el comunero adquirente de la totalidad del buque, ¿qué razón habría para abrir la puerta del retracto en favor de otro comunero y con perjuicio evidente del primer adquirente? ¿Qué justificación podría alegarse para dar preferencia al interés del comunero no licitador frente al de aquel otro comunero que acude a la subasta y consigue, haciendo la mejor postura, la adjudicación del remate? Ninguna, sin duda. Por eso nuestro Tribunal Supremo, en las sentencias recogidas en otro lugar de este dictamen, ha declarado que no procedía al retracto de un colindante contra otro colindante adquirente de la finca, en razón a que ambos tienen un interés análogo en la adquisición.

III

Las consideraciones precedentes permiten contestar en muy pocas palabras al tercer punto de la consulta. La postura que debe adoptar la Sociedad consultante en el supuesto de que el otro copartícipe, la Sociedad B, se decida a ejercitar la acción de retracto, deberá ser de oposición rotunda y firme. En el pleito que al efecto se promoviera la Sociedad consultante podría utilizar argumentos tan sólidos y fundados que le permitirían esperar confiadamente el resultado de la litis.

CONCLUSIONES

Primera. La Sociedad A, partícipe mayoritario en la propiedad del buque N, y promotora de la subasta pública del mismo, pudo concurrir lícitamente a dicha subasta.

Segunda. El copartícipe minoritario en la propiedad del buque N carece de derecho para retraer a su favor el buque adquirido en la subasta por el copartícipe mayoritario Sociedad A.

Tercera. En el supuesto de que la Sociedad B se decida a ejercer una acción de retracto, la Sociedad A debe oponerse utilizando los argumentos expuestos en el cuerpo del presente dictamen.

Rodrigo URÍA

Catedrático de Derecho mercantil.