



FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS DE LA NATURALEZA REAL
DE LOS DERECHOS
DE ADQUISICIÓN PREFERENTE**

Autor: Pablo Bernal Barroso

5º E3 A

Derecho Civil

Director: Carlos de Miguel Perales

Madrid
Abril 2017

Resumen: En el presente trabajo se estudia la naturaleza real de los derechos de adquisición preferente. En concreto, se busca analizar, con base en los caracteres que los conforman así como su publicidad registral, si los derechos que conforman este grupo heterogéneo revisten un carácter personal o real. Del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina registral se extraerán los puntos claves que permitirán resumir la evolución de pensamiento además de establecer bajo un mismo trabajo las tendencias actuales en cuanto a la creación de derechos reales atípicos.

Palabras clave: Derecho real, derecho real de adquisición preferente, naturaleza real, derecho de opción, derecho de tanteo, derecho de retracto, derecho de opción, inmediatividad, absolutividad, publicidad registral, derecho de retracto convencional, artículo 14 RH.

Abstract: In this paper we study the real nature of the preferential acquisition rights. Specifically, it is sought to analyze, based on the characters that make them as well as their registration publicity, if the rights that make up this heterogeneous group are personal or real. From the analysis of the jurisprudence and the registry doctrine will be extracted the key points that will allow to summarize the evolution of thought besides to establish under a same work the current tendencies in the creation of atypical real rights.

Key words: Real right, real right of preferential acquisition, real nature, right of option, right of trial, right of withdrawal, right of option, immediacy, absolutivity, registry publicity, conventional right of withdrawal, article 14 HR.

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. EL DERECHOS REAL. CONCEPTO Y CARACTERES	5
2.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN.....	5
2.2. CARACTERES DEL DERECHO REAL	6
2.2.1. INMEDIATIVIDAD	6
2.2.2. ABSOLUTIVIDAD	7
2.2.3. PROTECCIÓN REGISTRAL. PUBLICIDAD INMOBILIARIA DE LOS DERECHOS REALES.....	9
2.3. TEORÍAS EN TORNO A LA CONCEPCIÓN DE DERECHO REALES	10
2.4. DERECHOS REALES LIMITADOS.....	12
3. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE. CONCEPTO Y NATURALEZA.....	14
3.1. TANTEO Y RETRACTO	15
3.1.1. TANTEO Y RETRACTO LEGAL.....	17
3.1.1.1. CONCEPTO	17
3.1.1.2. NATURALEZA DEL TANTEO Y RETRACTO LEGAL.....	19
3.1.2. TANTEO Y RETRACTO VOLUNTARIO.....	20
3.1.2.1. CONCEPTO.....	20
3.1.2.2. RETRACTO CONVENCIONAL	21
3.1.2.3. NATURALEZA DEL TANTEO Y RETRACTO VOLUNTARIO.....	23
3.1.2.4. NATURALEZA DEL RETRACTO CONVENCIONAL.....	27
3.1. DERECHO DE OPCIÓN	21
3.1.1. CONCEPTO	29
3.1.2. NATURALEZA DE LA OPCIÓN	31
3.1.2.1. LA OPCIÓN COMO DERECHO PERSONAL.	32
3.1.2.2. LA OPCIÓN COMO DERECHO REAL	33
3.1.2.3. OPINIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.....	35
4. CONCLUSIÓN.....	36
5. BIBLIOGRAFÍA	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.

Listado de abreviaturas:

Código Civil	CC
Ley Hipotecaria	LH
Reglamento Hipotecario	RH
Dirección General de los Registros y los Notariados	DGRN
Resolución de la Dirección General de los Registros y los Notariados	RDGRN
Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos	LAU
Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos.	LAR
Número	núm.
Artículo	Art.
Artículos	Arts.
Siguientes	Ss.

1. Introducción.

Los derechos de adquisición preferente confieren a su titular la facultad para conseguir la transmisión a su favor de la cosa o derechos por quien fuera su dueño, pagando su precio. El fundamento de estos derechos que limitan la facultad de disposición del propietario se encuentra en la existencia de determinados intereses que han de ser protegidos, al tener que primar sobre la libertad de disposición del presupuesto. Los derechos de adquisición preferente, por tanto, poseen una importancia tanto práctica como económica por las facultades que se conceden a su titular.

Hay que comenzar recordando las dificultades señaladas por nuestra doctrina en relación con la caracterización de los derechos reales, tanto por la falta de una enumeración cerrada de los mismos, como por las dudas que con cierta frecuencia se plantean a la hora de aclarar sus características propias, como la inmediatividad o su carácter absoluto o eficacia *erga omnes*, lo que en la práctica ha derivado en dudas y debates en torno a ciertos derechos sobre su condición de verdaderos y propios derechos reales. En este ámbito o zona de derechos de naturaleza real discutida se sitúan los derechos de adquisición preferente.

Este trabajo tiene por objetivo una aproximación a la naturaleza de estas figuras jurídicas. El interés de este trabajo se justifica por razones de análisis jurídico, al buscar condensar bajo un mismo título las distintas opiniones que actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia poseen en torno a los derechos de adquisición preferente, además de aportar una visión personal al respecto.

La metodología a seguir será la deductiva, comenzando con un análisis general de la concepción y caracteres de los derechos reales para posteriormente profundizar en el estudio de la naturaleza de los derechos de adquisición preferente. Por todo ello, en el presente trabajo se estudiarán, con la estructura que sigue, el concepto y caracteres de los derechos reales, para, una vez mostrados los conocimientos necesarios, estudiar en profundidad los derechos de adquisición preferente más relevantes en el panorama jurídico actual, buscando dar solución a si nos encontramos ante derechos personales, o por el contrario, ante derechos reales.

2. El derechos Real. Concepto y Caracteres

2.1. Origen y Evolución

La ciudad-estado de Roma comenzó siendo un pequeño poblado falto de un desarrollo intelectual elaborado, para luego establecer las bases que sirvieron como cimiento para el futuro desarrollo de las culturas occidentales. Más en detalle, durante su primer periodo, no fueron capaces de alcanzar un elevado desarrollo intelectual, contando su ordenamiento con una pobre diferenciación entre los conceptos de derecho, moral y religión.

Sin embargo, la transformación política que trajo consigo el final del periodo monárquico vino acompañada de un creciente interés en el estudio del derecho, si bien no fue hasta la época clásica del derecho romano donde autores como GAYO se encargaron de realizar la que sería la primera distinción sobre los derechos patrimoniales. Primitivamente, una acción podía ser clasificada como *actio in personam*, en caso de que ésta estuviese dirigida hacia una persona, o bien como *actio in rem*, en caso de que se encontrase dirigida hacia una cosa. GAYO entendía que la acción podía ser considerada personal si al realizar su declaración ésta estuviese realizada frente a quién se encontrase obligado con nosotros mismos, a consecuencia de la existencia de un contrato vinculante. En contraposición, la acción revestía un carácter real cuando ésta pretendiese que un objeto corporal era de nuestra propiedad o bien ese mismo derecho nos competía.

Con base en el concepto de *causa actionis*, se comienza un nuevo progreso jurídico que ha permitido extraer de los conceptos básicos una consideración independiente de los derechos reales. A comienzos del siglo XIX, el término derecho real comienza adquirir una viabilidad favorable en el panorama jurídico europeo. Es SAVIGNY (Savigny, 1878, pág. 34) quien ejecuta una triple distinción entre las tres posibles clases de objetos sobre las que un individuo pudiese llevar su acción, constituyendo los tres géneros esenciales de las relaciones jurídicas, a saber: derechos que recaen sobre la propia persona, lo que actualmente se conoce como derecho de familia, derechos que recaen sobre la naturaleza no libre, es decir, derecho de cosas o reales y por último derechos sobre las personas extrañas, actualmente conocidos como los derechos de obligación.

Si bien esta triple concepción ha servido como base al ordenamiento jurídico para poder desarrollar una teoría en torno al genero real de los derechos, como única corrección hay que decir SAVIGNY (Savigny, 1878, pág. 34) no acierta a la hora de determinar cual la verdadera razón que otorga justificación a tal separación en tres compartimentos estancos. Se limita a diferenciar la idea de que el derecho tiene por objeto directo e inmediato o bien una cosa como tal considerada, con independencia de terceras personas, o bien una cosa considerada como un simple acto consistente en dar hacer o no hacer algo. No se puede considerar que estos juristas erran al realizar la distinción con base en ello, sin embargo, se vislumbra una mayor claridad en la comprensión de la idea de derecho real al versar únicamente sobre la cosa en sí misma.

2.2. Caracteres del derecho real

2.2.1. Inmediatividad

Los derechos reales o *ius ad rem*, considerados una subdivisión del conjunto de derechos patrimoniales, fueron creados por el ordenamiento de manera antónima en fundamentos a la creación de los derechos obligacionales o de crédito, el *ius in personam*. Para proceder a comprender de una mejor manera los elementos que conforman la estructura de los derechos reales, resulta conveniente aproximar el conocimiento a través de un análisis comparativo entre los derechos reales y los derechos obligacionales.

Con base en la distinción clásica entre el *ius in personam* y del *ius in rem*, la característica principal de consistir en un derecho en la cosa y no a la cosa, permite profundizar en la idea de que los derechos reales cuentan con una inmediatividad, oponible a la mediatividad con la que cuentan los derechos obligacionales. Este rasgo común de los derechos reales constituye su elemento interno y subyace en él la posibilidad de establecer un señorío inmediato e independiente que permite eliminar la necesidad de mediación o colaboración de tercera persona para su ejercicio. Tiene un contenido siempre diverso y característico de cada derecho real.

También conocido como inherencia, este carácter establece dos figuras intervinientes en los derechos reales, persona activa y teniendo como pasivo una colectividad indeterminada. En los derechos obligacionales, por el contrario, se precisa de, además del activo determinado un pasivo individualmente determinado, puesto que su ejercicio

requiere de un acto ajeno para que satisfaga su interés. Por ello, podemos concluir junto con LACRUZ (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 2) que la idea según la cual el derecho real no necesita, para ejercitarse, de intermediario alguno, es simulada para la mayor parte de los derechos reales, y debe ser reemplazada por aquella que establece que no es necesario, para ejercer el derecho real, ningún intermediario personalmente obligado. Aun cuando en el derecho real exista un sujeto pasivo determinado, el mismo no está obligado personalmente sino solo por su relación con la cosa, quedando desligado de su obligación en el momento en que cesa su vinculación con aquella.

Con base en la relación jurídica que existe entre una persona y la cosa en los derechos reales, ésta queda sometida al poder y voluntad de aquella. Con tal sometimiento, asiste al titular una facultad de persecución, o reipersecutoriedad. *Ubi rem meam invenio, ibi vindico*. La traducción de esta frase latina de autor anónimo recoge la idea de reipersecutoriedad al decir que, sin importar donde se encuentre la cosa objeto del derecho, el titular del derecho tiene la posibilidad de ejercer influencia sobre ella, sin necesidad, en la generalidad de los casos, de precisar de autorización por tercero. (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 3).

La consideración de derecho real frente a los derechos obligaciones otorga la posibilidad, legalmente protegida, de perseguir a la cosa donde quiera que esté e independientemente de la persona que la posea. Contra este principio de persecución, se ha objetado que existen múltiples casos en los que el titular del mismo no tiene la posibilidad de reivindicar la cosa o ejercitar su derecho contra cualquier poseedor. Esto sucede por ejemplo cuando el titular poseedor de un derecho real sobre bienes inmuebles no ha procedido a su inscripción, ante lo que ha perdido la posibilidad de oponerlo frente a tercero que cumpliera con todos los requisitos establecidos, entre ellos la inscripción. Sin embargo, estas autorizaciones a *non dominio* tienen explicación por suponer una colisión entre derechos reales en la que, como solución más lógica, triunfa el derecho real que posea mayor fortaleza, el inscrito. (Díez-Picazo, 2005, págs. 31-39)

2.2.2. Absolutividad

El elemento externo de los derechos reales se encuentra en la figura de la absolutividad, carácter opuesto a la relatividad característica de los derechos obligacionales. Los derechos reales otorgan un poder directo e inmediato sobre la cosa que permite proteger

contra todo tercero su intención de perturbar, ya sea de una manera lícita o ilícita, la relación existente entre el sujeto y la cosa, conllevando un deber general de abstención que posibilita el ejercicio del derecho sin constreñir la figura de un sujeto pasivo determinado. Esta protección contra la perturbación que cualquier tercero realice sobre nuestro derecho es lo que se conoce como oponibilidad *erga omnes*. (Lasarte, 2010, pág. 24)

La absolutividad viene a resumir lo expuesto anteriormente al considerar que el titular de cualquier derecho real tiene la posibilidad de impedir la influencia sobre la cosa que cualquier tercero pueda llevar a cabo en perjuicio de su derecho. Este elemento encuentra su figura antagónica en la relatividad que caracteriza a los derechos obligacionales ya que, como se apreció anteriormente, la necesidad de una figura pasiva determinada hace que se únicamente exista posibilidad de exigir el cumplimiento del derecho a quien contrajo semejante contrato, quedando la oponibilidad reducida a *erga personam*. (Díez-Picazo, 2005, págs. 31-39)

La reipersecutoriedad no es la única facultad conexa a los derechos reales, ya que de los dos caracteres principales es posible derivar la existencia de otras que se presentan como inherentes a la existencia de un derecho real. Es por ello que al titular le asiste la posibilidad de enajenar, ceder o transferir su derecho a terceros, acciones no admitidas para los derechos obligacionales debido a la necesidad de contar con una autorización del sujeto pasivo. Además, la titularidad de un derecho real otorga la posibilidad de auto limitarlo a través de la constitución de nuevos derechos menores que pondrán límite a alguna de las facultades que estos conceden llegando incluso a tener potestad de extinción de forma unilateral mediante la figura de la renuncia. Ésta es la que en la doctrina se conoce como la facultad de disposición. Por último se perfila a partir de ambos elementos la facultad de exclusión, por la cual el titular del derecho tiene la posibilidad por un lado, en su aspecto preventivo, de poner los medios necesarios para evitar la intromisión de terceros, o bien en su aspecto represivo, con alusión a las acciones antes mencionadas que el titular tiene en su poder para poner fin a posibles perturbaciones. Únicamente mencionar que en el caso de que los derechos reales contengan un contenido incompatible entre sí y hayan sido a su vez emitidos por el mismo titular estarán sujetos al principio *prior tempore potior iure*, siendo preferente el adquirido con anterioridad. (Díez-Picazo, 2005, págs. 31-39)

2.2.3. Protección Registral. Publicidad Inmobiliaria de los Derechos Reales.

En relación con la absolutividad y la eficacia *erga omnes* que asiste y diferencia a los derechos reales del resto de derechos, la publicidad registral juega un papel determinante debido a que busca presentar la situación jurídica que revisten los bienes a través de su descripción en los libros oficiales.

La absolutividad característica de estos derechos conlleva la necesidad de poder contar con una protección y una seguridad jurídica en el tráfico de la que se encarga la figura de la fe pública registral. Debido a su importancia jurídica, es claro de ver que cuando realmente se presenta necesario contar tal seguridad jurídica es durante transmisión de los bienes inmuebles. El adquirente solo encuentra la tranquilidad de haber realizado una adquisición segura cuando exista la posibilidad de contrastar en el registro que dicho bien no viene seguido de ninguna carga que le pueda perturbar en el disfrute de su propiedad. Es a través de esta publicidad registral como el sistema ha ideado la forma para poder agilizar transacciones, casi en su totalidad inmobiliarias, puesto que se adquiere un inmueble tal y como viene recogido en el registro, sin existencia de gravámenes ni perturbaciones por situaciones anteriores a su adquisición. (Díez-Picazo, 2005, pág. 225). Añadir que si bien la mayor importancia queda concretada en los bienes inmuebles, algunos casos particulares de derechos reales que recaen sobre bienes muebles tienen acceso al Registro de Bienes Muebles de acuerdo con lo establecido en la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión. Dicha menor protección ha venido motivada por su irrelevancia en cuanto a volumen para el tráfico jurídico, además de tener en la práctica un uso mínimo por parte de los usuarios.

Con base en el principio de la fe pública registral, quien decida llevar a cabo un negocio adquisitivo confiando y acogiéndose en lo estipulado en el Registro posee la seguridad de tener una situación registral invulnerable con base legal en los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 (BOE 27 de febrero de 1946). (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 341)

A diferencia de los derechos reales, los derechos obligacionales no cuentan con la necesidad de tal publicidad. Es por la mayor vulnerabilidad y su necesidad de identificación a la que están sometidos los derechos reales la que justifica la posibilidad de contar con un sistema que proteja, en primera instancia, a los titulares de los mismos frente a ataques que pueda sufrir de terceros sin tener que recurrir a difíciles sistemas de demostración de propiedad, así como salvaguardar en segunda instancia al tercero que obtenga un bien inmueble que no contase con gravámenes ocultos y que su disfrute sea interrumpido por viejos titulares no conocidos. (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 341)

Sin embargo, cabe la posibilidad de que, habiendo querido las partes inscribir, dicha inscripción no haya sido completamente practicada y por tanto exista un derecho real en vías de inscripción, que encuentra protección provisional mediante la anotación preventiva. Según DIEZ-PICAZO (2005, págs. 289-291), el derecho real aún no goza de la publicidad que otorga el registro, pero hay una vocación al derecho real publicada por la anotación preventiva. Sin embargo, a pesar de haberse admitido tanto en la jurisprudencia¹ en la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 986/2003, del 23 Octubre [RJ 2003/7765], como en la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) en la resolución del 9 de Agosto 1943 , la teoría del *ius ad rem* como categoría dogmática intermedia entre el derecho real y el personal no goza apenas de aceptación.

2.3. Teorías en torno a la concepción de Derecho Reales

En torno al concepto teórico de derecho real ha existido una discusión prolongada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Existe la tendencia de dividir los derechos reales en tres grandes teorías que ofrecen, en función de cada una de estas ramas de pensamiento, una aproximación diferente al concepto de derecho real. Del tal forma, nos encontramos con la teoría clásica o dualista, la teoría obligacionista y las teorías armonizadoras.

¹ En el Código Civil español, a diferencia de lo que sucede en otras muchas legislaciones donde la propiedad se transmite por el solo hecho del contrato, debido a su inspiración en el sistema romano, la propiedad requiere de tradición para su perfección, lo que se desprende del contenido de los arts. 609 y 1095. Solo a través de la conjunción de los elementos, el título y el modo de adquirir, se determina la transformación del “*ius ad rem*” en *ius in re*” (Díez-Picazo, 2005)

Desarrollada principalmente por juristas del siglo XIX y XX entre los que destacar a RUGGIERO, la teoría clásica defiende que el titular del derecho real ostenta un poder directo e inmediato sobre la cosa, habiendo un especial énfasis en el elemento interno. De esta forma los derechos patrimoniales quedan divididos en derechos reales, que son aquellos que el titular ostenta en la cosa, y en derechos personales u obligacionales, otorgando a su titular un derecho a la cosa. De esta distinción se resalta que si bien en los derechos obligacionales se necesita que la figura del deudor juegue un papel de intermediario en el tráfico, en los derechos reales el poder es ejercitado con independencia de intermediario. Este punto de vista de marcado carácter teórico ha sido criticado por su pensamiento de inmediatez, al ser entendida como una inmediatez física que otorga un poder efectivo sobre la cosa, no teniendo cabida la inmediatez jurídica como sucede, por ejemplo, en el caso de la hipoteca. (Albaladejo, 1964, pág. 13)

En contraposición a la teoría clásica nace la teoría obligacionista o personalista, cuyos partidarios parten de la premisa de que todo derecho conlleva un sucesivo deber. Por tanto, no es posible establecer una relación jurídica con una cosa puesto que solo es posible establecerlas entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, negándose toda distinción esencial entre derecho real y derecho obligacional. Partiendo de esa base, es posible encontrar autores que, como FERRARA, basan su argumento en la existencia de un poder jurídico originado por la relación entre sujetos cuya finalidad es proteger el desenvolvimiento de la actividad que el primero realice, en su plenitud o en singulares direcciones, sobre la cosa determinada. Esta concepción de derecho real defiende una consideración del derecho real como poder que asiste al titular, permitiendo exceptuar a todo tercero del disfrute del mismo, además de otorgar la posibilidad de dirigir acciones contra aquél que tenga el objetivo de perturbar la esfera propia del titular. Se asienta por tanto en el elemento externo, es decir, en la absolutividad, para diferenciar los derechos reales de los obligacionales. Sin embargo, esta teoría ha basado la creación y existencia del propio derecho real al momento en el que un tercero o el propio sujeto pasivo hubiese perturbado la relación creada entre ambos sujetos, quedando por tanto el origen relegado a un momento tardío de la relación. (Díez-Picazo, 2005, págs. 31-39)

La doctrina ha desarrollado de forma simultánea una teoría armonizadora que busca compatibilizar las diferentes teorías anteriormente expuestas. La teoría dualista basa su análisis en la existencia de una relación mediata y directa entre el sujeto activo y la cosa,

mientras que la teoría unitaria obligacionista, en contraposición le es relevante el carácter absoluto y la oponibilidad *erga omnes* que asiste a tales derechos. Armonizadores como BARASSI (Barassi, 1955, pág. 58) consideran que cualquier derecho real lo forman dos elementos constitutivos. Por un lado, el poder que el sujeto ostenta sobre la cosa, que le permite disfrutar las utilidades que le sean susceptibles, mientras que por otro está la relación del sujeto con un pasivo indeterminado, es decir, el deber que el resto de la población tiene de no invadir la relación de poder entre el sujeto y la cosa. El primero de estos elementos es el interno y fue desconocido o ignorado por la teoría obligacionista; el segundo es el elemento externo y este, por el contrario, no fue destacado lo suficiente por la teoría clásica. Por ello, la teoría armonizadora considera que ambos poseen importancia y no se debe prescindir de ninguno de ellos en la definición de derecho real.

Si bien ha existido una discusión en torno a la teoría de los derechos reales, parece que la doctrina mayoritaria ha aceptado la concepción intermedia o armónica tiene una posición dominante en la doctrina española. De esta forma, ROCA SASTRE (Roca Sastre, 1948, pág. 182) simpatizante de la teoría armonizadora, considera los derechos reales como “el derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder que entraña un señorío, completo o menor, sobre una cosa, de carácter directo y excluyente protegido frente a todos, sin necesidad de intermediario alguno individualmente obligado.”. Ésta definición se presenta como válida y ajustada a la realidad, al otorgar igual importancia a ambos elementos, inmediatividad y absolutividad, a la hora de definir la naturaleza real que revisten los derechos reales. Solo matizar que tal inmediatividad debe ser entendida como mediatizada, siendo ésta entendida como un poder ejercible contra una cosa sin necesidad de mediación de tercero más que un poder directo e inmediato como tal.

2.4. Derechos Reales Limitados

El señorío que recae sobre una cosa adquiere forma plena cuando una persona posee la legitimidad para ejercer todas aquellas facultades que le son inherentes a la dominación de una cosa. Por el contrario, cabe la posibilidad de que dichas facultades se den de forma parcial. Esta parcialidad está presente en todos aquellos casos en los que diversas personas pueden ejercer facultades o tienen atribuidos derechos reales, de forma simultánea y compatible, sobre una misma cosa o bien. La posibilidad de hacer concurrir en una misma cosa facultades correspondientes a diversas personas exige distinguir entre la propiedad

en sí misma considerada, caracterizada como derecho real pleno, y los demás derechos reales que, de forma voluntaria o por imposición legal, el propietario se encuentra obligado a reconocer y a respetar su realización por terceros. (Lasarte, 2010, págs. 25-26)

Estos derechos son conocidos como derechos reales sobre cosa ajena o derechos reales limitados. En cuanto a su creación, si bien hoy en día encontramos una mayor unanimidad en torno que sistema se encuentra adscrito el ordenamiento español, la disyuntiva existente entre la elección de un sistema *Numerus Clausus* o *Numerus Apertus* ha sido tema de debate doctrinal a lo largo de los años, pues resultaba necesario esclarecer si sobre estos derechos reales limitados, caracterizados por su fuerte repercusión sobre el bien, podrían ser creados por el albedrío de las partes o por el contrario se presentaría al legislador como el único que cuenta con la potestad para desarrollar los mismos.

En favor del *numerus clausus*, este sistema ofrece una mayor claridad y seguridad jurídica en el tráfico al sortear una concentración cuasi-infinita de fenómenos. Sin embargo, el uso de un sistema *numerus apertus* cuenta con ventajas que han supuesto que muchos otros ordenamientos lo prefirieran. Y es que la espontaneidad social desarrolla para cada situación instrumentos resolutivos más afines y ajustados que los ofrecidos por la ley. Ésta sigue el rastro dejado por la vida y las necesidades de sus habitantes, siendo ésta la razón por que ha decidido renunciar a facilitar a los sujetos el dar eficacia *erga omnes* a obligaciones derivadas de su voluntad, debido a las indefensiones múltiples que tales obligaciones podrían resultar.

Analizando la redacción de diferentes textos legales españoles, el sistema español ha decidido acogerse al *numerus apertus* en detrimento del *numerus clausus*. Tal sistema tiene viabilidad a través Código Civil (en adelante CC) en el art. 1255, que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que consideren convenientes, aceptando la creación de derechos atípicos como sucede en el caso de los contratos. Dado que en este artículo se consagra la autonomía privada, ésta debe ser entendida como extensiva a la creación de derecho reales.

En el art. 2.2 de la LH se permite la inscripción en el Registro de los derechos reconocidos, si bien incluye al final una cláusula general que permite “otros cualquiera reales”. Esto da pie a pensar que la intención del legislador no es otra que querer incluir aquellos derechos creados por el arbitrio privado. Para aclarar lo anteriormente dicho por

la LH, aun en sede reglamentaria, el art. 7 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (en adelante RH) hace una mención genérica que permite la inscripción no solo de los derechos reales mencionados en los párrafos de los propios reglamentos, si no:

[C]ualesquiera otros relativos a los derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

De todo lo anterior se entiende que el sistema español se encuentra sometido al sistema de *numerus apertus*, permitiendo la creación por las partes de nuevos derechos reales limitados que no se encuentran reconocidos como tal en los textos legales.

3. Los Derechos de Adquisición Preferente. Concepto y Naturaleza

Los derechos de adquisición preferentes, o simplemente derechos de adquisición, forman una de las categorías de los derechos reales limitados que, a diferencia del resto, confieren a su titular la facultad de adquirir de forma prioritaria una cosa determinada cuando el concedente hubiese decidido enajenarla en el caso de los tanteos, o incluso cuando ésta hubiese sido enajenada a un tercero, en el caso de los retractos. Se entiende que forman parte de los derechos reales de goce y garantía por conferir a su titular la facultad de convertirse en propietario del bien objeto del derecho. En palabras de LACRUZ BERDEJO, (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 341) los derechos de adquisición preferente son “derechos reales limitados que facultan al titular para conseguir la transmisión a su favor de la cosa o trecho por quien fuera su dueño, pagando su precio”.

Estos derechos presentan un problema al englobar bajo su nombre fenómenos muy dispares. Debido a la falta de una regulación unitaria en el CC, se ha creado con la clasificación de derechos de adquisición un cajón de sastre para amparar bajo dicho nombre a la opción, al tanteo y al retracto en sus múltiples vertientes. La relación de interdependencia que conlleva la facultad de los titulares con los derechos de adquisición con los derechos del propietario del bien afectado se presenta con un carácter excepcional.

Lejos de ser pacífica, la discusión en torno a la naturaleza de los derechos reales de adquisición preferente ha sido un tema que ha ocupado la mente de la doctrina desde que se le dotó al concepto de importancia. De tal forma, podemos encontrar juristas que como ALBALADEJO (Albaladejo, 1964, pág. 570) han decidido dotar a los derechos de

adquisición preferente de un indiscutible carácter real, mientras que para otro sector de la doctrina, encabezado por la figura de DIEZ-PICAZO (Díez-Picazo, 2005, pág. 510) han considerado que en los mismos existe una falta del elemento interno que los conforma, es decir, una falta de inmediatividad sobre la cosa. En la jurisprudencia el proceso a lo largo de los años ha seguido un camino similar. A la hora de dictar sentencias, el Tribunal Supremo ha tenido múltiples acercamientos a la naturaleza de esta clase de derechos de adquisición, si bien la mayoría de sus pronunciamientos reconocen el carácter real de los derechos de adquisición preferente².

DIEZ-PICAZO (Díez-Picazo, 2005, pág. 511) transmite la idea de que la consideración en torno a la naturaleza real dependerá del concepto que se tenga de los derechos reales. Aportando un poco de subjetividad al actual trabajo, considero que la postura que mejor se aproxima a la realidad es la expuesta anteriormente por BARASSI (Barassi, 1955, pág. 58). Ambos elementos se encargan de conformar el núcleo que subyace a la idea de derecho real, requiriendo la presencia de ambos para poder ser considerados tal cosa.

Como apunte a la inmediatividad considerada por la teoría clásica, ésta obtiene una mejor interpretación y alcance si se entiende como la posibilidad que se tiene de actuar, de una manera mediatizada, sobre la cosa sin intermediación del propietario. Lejos de ser un concepto particular para el caso de los derechos de adquisición preferente, tal concepción de inmediatividad la podemos encontrar también en el caso de los derechos de los derechos de garantía que no conllevan posesión como las garantías reales mobiliarias sin desplazamiento, que no confieren un poder directo de actuación sobre la cosa como tal, si no más bien un poder mediatizado pero no por el propietario si no por el juez.

3.1. Tanteo y retracto

El tanteo, vocablo romance derivado del *tantudem* latino, consiste en la facultad que posee una persona que le permite adquirir de forma preferente una cosa que va a ser enajenada a tercero, abonando la misma cantidad y en las mismas condiciones pactadas entre el transmitente y el tercero. (Lasarte, 2010, pág. 173)

² En esta línea, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm 3413/1992, de 25 de abril; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm 534/2006, de 29 de mayo; entre otras.

El retrato, por su parte, es conocido como el derecho o la facultad que atribuye a su titular la posibilidad de adquirir una cosa después de haber sido enajenada a otro, de manos del adquirente, pagando el precio pagado. (Lasarte, 2010, pág. 173) Es decir, en el caso del retrato la enajenación ya habrá sido realizada, el titular tiene la opción de colocarse en la misma posición que el adquirente tercero, siendo necesario el respeto de las circunstancias y condiciones que hubieran sido pactadas entre el propietario y tercero.

Existe una unión entre el derecho de tanteo y el de retrato, puesto que la razón de ser original del retrato es la de actuar como complemento del tanteo violado. Es decir, que en el caso de que violando el derecho de tanteo, el dueño decidiese enajenar la cosa a un tercero sin previo aviso al titular del tanteo, este sufre una modificación en la figura del retrato, pudiendo recibir por consiguiente la cosa del tercero adquirente. Consiste en abonar y madurar el concepto de tanteo, dejando por tanto sin efecto la transmisión realizada a favor de tercero. Esto es conocido doctrinalmente como la conversión del tanteo en retrato. (Albaladejo, Derecho Civil, 1991)

Se puede entender que la razón de ser por la que fue creada el retrato era la de complementar al tanteo en situaciones de incumplimiento. En determinadas situaciones, la ley lo articula de forma cumulativa, ofreciendo en la misma persona la posibilidad o bien de tantear, o si lo prefiere esperar a que la enajenación este extinguida para llevar a cabo su derecho al retrato. Esto encuentra ejemplo práctico en el caso de la enfiteusis, recogida en los arts 1628 a 1654 del CC. Sin embargo, en otros casos, como en el derecho de adquisición preferente que asiste al arrendador en el art. 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU), se concede de forma subsidiaria un derecho de retrato para el caso de que la enajenación no haya sido notificada y por consiguiente, no ejecutado el derecho de tanteo. (Albaladejo, Derecho Civil, 1991, pág. 347)

Ahora bien, no se presenta indispensable que el titular del retrato posea a su vez un derecho de tanteo de forma cumulativa o subsidiaria, pues como se puede ver, en el ordenamiento jurídico se han aceptado muchas situaciones en las que se concede exclusivamente un derecho de retrato sin conferir por ello uno de tanteo. En cambio, entre muchos otros, DIEZ-PICAZO (Díez-Picazo, 2005, pág. 512) destaca que se puede

admitir el que todo titular de tanteo sea por consiguiente titular de un retracto, cuando el primer derecho haya sido incumplido.

Al igual que sucede con el derecho de opción, el derecho de retracto y tanteo ha sufrido desde su aparición críticas por su no consideración como auténticos derechos reales, al existir en ellos una falta de poder directo e inmediato sobre la cosa. De tal forma solo encontrarían su razón de ser en la supuesto de que su propietario llevase a cabo la transmisión o enajenación, por lo que tienen negada su clasificación como derechos reales. En contraposición a este pensamiento, el derecho real de tanteo y retracto atribuyen un señorío parcial sobre la cosa, dado que permiten su adquisición sin tener que contar para ello con terceras personas, existiendo una preferencia ante cualquiera en el caso de que el concedente hubiese enajenarla a título oneroso, cumpliendo por tanto con el carácter interno de la inmediatividad. (Albaladejo, Derecho Civil, 1991, pág. 346)

3.1.1. Tanteo y Retracto legal

3.1.1.1. Concepto

Visto el término tanteo, el tanteo legal consiste en el derecho que se otorga, por lo estipulado en la ley, a personas que, por encontrarse en determinadas circunstancias, ostentan un derecho a adquirir la cosa que haya decidido enajenar de manos del concedente. Tratado de manera colateral, aparece mencionado en los censos, en los arts. 1636 y 1656 del CC, además de contar con una regulación en las leyes especiales como la LAR o la LAU. El legislador ha dado por hecho la existencia del concepto, quedando incluido en otros derechos con carácter accesorio, como ocurre en el caso de la enfiteusis, recogida en los arts. 1628 a 1654 del CC, o en el caso del tanteo en el derecho de superficie urbanístico recogido en el art. 160 de Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 348)

el único que ha obtenido una regulación amplia de carácter general en el CC ha sido el retracto legal, que a través del art. 1251 CC lo define como “el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.”

Para poder contar con efectividad jurídica, la legislación ha establecido una serie de requisitos entre los que se subraya el deber que posee el concedente de notificar su deseo de enajenar con las circunstancias acordadas. En caso de que dicha notificación no hubiese sido llevada a cabo, se procede a la conversión de tanteo a retracto citada anteriormente.

El retracto legal queda condicionado a llevar a cabo la venta o dación en pago de un bien, y por tanto, debe interpretarse como posible todos los artículos del CC en los que el término “enajenación” aparezca incluido. En sede jurisprudencial, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 534/2006 del 29 de mayo [RJ 2006/3345] ha establecido la necesidad de cumplir con rigurosos requisitos acordes con la especial naturaleza que recubre a tal institución, por ser una excepción al principio general de contratación desprendido del art. 1521 del CC.

En cuanto al plazo para ejercitar el retracto legal, el art. 1524 del CC concede un total de nueve días, a contar desde que dicha enajenación es inscrita en el Registro, o en el caso de que no fuera inscrito, desde que el retrayente hubiese conocido la venta efectuada. A diferencia de la mayoría de los derechos reales, el legislador se ha decantado por calcular el plazo con base en la caducidad y no de prescripción. El cumplimiento de tal plazo es uno de los requisitos concedidos por la Sentencia mencionada, la cual considera tajante e inmutable su acatamiento al establecer que (Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 534/2006 del 29 de mayo [RJ 2006/3345])

[L]a norma exige por tanto el ejercicio de la acción dentro del breve plazo de caducidad que establece, lo que por tanto no puede ser suplido por cualquier otra actividad del retrayente que, aunque pudiera aparecer orientada al mantenimiento de su derecho, no suponga el efectivo ejercicio de la acción.

Dentro de los múltiples retractos legales regulados en el CC hay que destacar el retracto de comuneros recogido en el art. 1522 del CC así como el de colindantes 1523 del CC. Sin embargo, estos dos retractos difieren de ser los únicos que recoge el ordenamiento. De una manera muy dispersa, podemos encontrar retractos en el art. 575 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio que regula el retracto de participes en la propiedad de un buque, múltiples retractos que asistirán al arrendatario recogidos en tanto en la LAU como en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (en adelante LAR) o el art. 29 de la Ley 16/1985, de 25 de

junio, del Patrimonio Histórico Español que se encarga de regular el retracto sobre bienes declarados de interés cultural. La lista de retractos típicos es aún más extensa, lo cual destaca la idea del legislador de no incluir los mismos en una lista cerrada, si no permitir la posibilidad de estipular nuevos derechos de adquisición preferente en torno a figuras que demandasen tal asistencia.

3.1.1.2. Naturaleza del Tanteo y Retracto Legal

Según ROCA SASTRE (Roca Sastre, 1948, pág. 186), el retracto legal:

[N]o tiene la naturaleza propia del derecho real, ya que es algo más, o mejor dicho, es algo distinto, pues la ley, al crear los retractos legales, se mueve, en principio, por razones de interés general o público ... estos actúan de manera de cargas de Derecho público, que escapan a la esfera del Derecho Privado.

Es decir, un sector de la doctrina ha considerado conveniente no presentarlos como derechos si no más bien como cargas o limitaciones de dominio que persiguen una finalidad distinta a los derechos reales.

Por el contrario, el pensamiento que idea al tanteo y retracto legal como verdaderas limitaciones de dominio establecidas por los requerimientos que presenta el interés general, no es excluyente de la configuración, a favor del particular que las sufre como un derecho subjetivo que recae sobre la cosa objeto del retracto. Ante ello LACRUZ (2008, pág. 350) expone la idea de que “limitación de dominio, e interés general o público no son conceptos incompatibles con la concesión legal de un correlativo derecho subjetivo privado, precisamente para el logro del interés general, en cuanto limitativo del dominio.”

Si bien la concepción del tanteo y retracto legal como derecho más que como límite cuenta con una mayor aceptación por parte de la doctrina, es en torno a su publicidad y acceso al registro donde no existe tal consenso, habiendo posturas que niegan su condición de derecho real por su publicidad legal autoproclamada, en especial mención, por lo establecido en el tercer apartado del art. 37 de la LH, el cual permite aventajar el derecho de retracto legal, en los casos y términos establecidos legalmente, contra todo aquel que hubiese inscrito los títulos de sus respectivos derechos sobre la cosa. Según la Resolución de la DGRN (en adelante RDGRN) de 29 octubre 1946 [RJ 1946 \ 1399], el derecho de retracto legal como limitación del dominio:

[O]bra siempre con la máxima eficacia frente a los terceros adquirentes del inmueble, hasta el punto de que respecto del mismo no actúan ciertos principios hipotecarios, básicos en nuestro sistema, como el de fe pública registral, que se paraliza, y en definitiva quedan inermes los enérgicos resortes de defensa que la inscripción lleva de ordinario consigo, todo lo cual constituye la excepción unánimemente reconocida y declarada por el artículo 37 de la LH en su número 3º.

En contraposición, la problemática parece quedar resuelta si se considera que, debido a su origen legal, estos derechos carecen de por sí de la necesidad de ser inscritos como pasa en el resto de derechos reales, pues es la propia ley es la encargada de dotar a aquellos derechos de origen legal de una eficacia *erga omnes*, debido a que es ella la que publica su concesión en detrimento de su inscripción registral y por tanto, ningún adquirente puede alegar desconocimiento de su existencia de tal gravamen, quedando la publicidad por tanto suplida con creces. Y es esta argumentación en la que podríamos basar la fundamentación por la cual el legislador decidió incorporar en el ordenamiento el art. 37.3 de la LH, ya que este actúa como un recordatorio de la supremacía legal profetizada frente a la publicidad registral.

Vista que la nota de absolutividad presente en los derechos de tanteo y retracto legales ha quedado suplida debido a su publicación legal, con partida en la teoría armonizadora únicamente queda analizar el elemento interno del mismo para dilucidar la naturaleza.

De una forma más breve, en el caso del derecho de tanteo y retracto legal podemos encontrar la nota de inmediatividad latente en el poder que asiste al optante para adquirir el bien sin necesidad de precisar de la voluntad del concedente. Visto que, tal y como sucede en el derecho de opción, podemos considerar que existe inmediatividad, siempre y cuando hayamos entendido ésta como la actuación sobre la cosa sin requerimiento de una intermediación de ningún tipo por parte del propietario, pudiendo concluir por tanto que la existencia del carácter real se encuentra presente en el caso de los derechos de tanteo y retracto de origen legal.

3.1.2. Tanteo y Retracto Voluntario.

3.1.2.1. Concepto.

El derecho de tanteo y retracto voluntario carece de regulación legal, salvo en la Compilación foral de Navarra de 1973 y en el Derecho civil, foral o especial, de Cataluña. No obstante, los derechos de adquisición permiten la posibilidad de establecerse por la

voluntad de los particulares en amparo a la libertad contractual publicada por el art. 1255 del CC, pudiendo constituirse no solo como derechos reales sino como derechos obligacionales (Peña Bernaldo de Quirós, 1982, pág. 344). El propio Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de esta figura en las Sentencias de 13 de diciembre de 1958 [RJ 1958/4047] , 30 de abril de 1964 [RJ 1964/2167] y 19 de noviembre de 1993 [RJ 1993/9174] , entre muchas otras. Más actual es la Sentencia del propio tribunal, núm. 313/2009 de 13 de mayo [RJ 2009/4744] que afirma en su Fundamento de Derecho tercero que:

[N]o se suscita cuestión acerca de que nos hallamos ante un supuesto del denominado derecho de adquisición preferente voluntario –también "retracto" voluntario– que, si bien no es propiamente un retracto porque no se caracteriza por la nota de la subrogación, sin embargo puede operar como tal por haberse producido la enajenación ignorando la existencia de dicho derecho.

Esta sentencia remarca el carácter atípico que los asiste, pues, a pesar de no encontrar plasmación en el CC, existe un reconocimiento claro por parte de la jurisprudencia con base en el principio de libertad contractual.³

En cuanto a regulación aplicable para el correcto desarrollo de los mismos, salvo para algún caso muy explícito en el que la legislación ha determinado algo al respecto, o que los interesados hayan estipulado una determinada regulación, será de aplicación, con carácter supletorio, la de los derechos de adquisición semejantes, retracto y tanteo legal.

3.1.2.2. Retracto Convencional

Como parte del tanteo y retracto voluntario, encontramos la figura del retracto convencional, también conocido como pacto de retro, retroventa o venta a carta de gracia. Considerado como un caso especial de retracto voluntario, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 281/2008 de 22 abril [RJ 2008\1995]⁴ ha realizado esta división, diferenciando según se trate del pacto de retro regulado en los arts 1507 y ss del CC, conocido como retracto convencional, o del retracto incluido en cualquier otro contrato, que, para evitar confusiones, se le denomina retracto voluntario.

³En la misma línea, Sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo núm. 322/2005 de 29 abril. [RJ 2005\4548]

Aunque puedan parecer iguales, tanteo voluntario y convencional se diferencian en al menos los tres siguientes aspectos, a saber: a) mientras que el retracto convencional se prevé exclusivamente para el contrato de compraventa en el que vendedor se reserva el derecho para recuperar la cosa vendida reembolsando el precio y los gastos señalados en el art. 1518 CC, el retracto voluntario cuenta con la posibilidad de pactarse en cualquier otro tipo de contrato distinto de la compraventa, o incluso tener su origen en un negocio unilateral; b) Derivado de lo anterior, mientras que la consecuencia del ejercicio del retracto convencional es que el vendedor readquiera el bien transmitido, recuperando lo que fue de su propiedad, el efecto del retracto voluntario consiste en la adquisición por el retrayente de un bien que con anterioridad pudo no tener en propiedad. c) Mientras que en el retracto convencional la autonomía de la voluntad consiste en acordar el pacto de retro, cuyos elementos esenciales vienen ya establecidos por los arts. 1507 a 1520 del CC, en el retracto voluntario la autonomía de la voluntad tiene un nivel muy superior ya que las partes no sólo acuerdan la creación de un derecho de retracto en favor de alguna de ellas, sino que además construyen todos los elementos definitorios de ese derecho, siendo las partes las encargadas de determinar la duración, el modo de ejercicio, el precio, etc. (Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 281/2008, de 22 abril [RJ 2008\1995]).

Si bien esto es así para el caso del retracto, la situación es diferente para el tanteo. Debido a que no cuenta con una modalidad típica en el Código Civil, solo existen dos modos; la legal y la voluntaria o convencional entendidas como aquella que posee su origen en la voluntad de las partes.

El Código Civil recoge la figura del retracto convencional en el art. 1507, el cual nos dice que: “Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el art. 1.518 y lo demás que se hubiese pactado.”. Esta forma de retracto ocurre cuando quien decide enajenar una cosa mediante un contrato de compraventa, tiene reservada, durante un tiempo determinado, un derecho a recuperarla, existiendo la obligación de restituir la suma total pagada por el primero así como los gastos del contrato, además de cualquier otro pago legítimo realizado para la consumación de la venta, incluyéndose los gastos necesarios y útiles hechos a la cosa vendida. (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 346)

Como características del retracto convencional, es necesario que el vendedor tenga reservado el derecho que posteriormente le posibilite a ejercitar la acción de retracto. El retracto convencional debe ser pactado por las partes según la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 64/1994 del 9 de febrero [RJ 1994/839], quedará implantado o necesitará de la existencia de un contrato de compraventa que actúe con carácter accesorio. En cuanto al plazo, el art. 1508 del CC instaure como residual un total de 4 años, siempre y cuando las partes no digan lo contrario, teniendo en tal caso el límite un máximo de 10 años. Por último, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 810/1997 del 19 de septiembre [RJ 1997/6409], se confirmó la no necesidad de que se contase con una transmisión efectiva como tal, expresando que el retracto es efectivos “aun cuando el inmueble transmitido hubiese quedado en poder del primero hasta el vencimiento de aquel plazo” (Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 810/1997 del 19 de septiembre [RJ 1997/6409]).

Tanto el tanteo como el retracto y la opción son derechos que la doctrina ha reconocido como derechos reales de adquisición preferente. Sin embargo, no son los únicos ya que las leyes especiales que por regla general han sido las encargadas de regular de forma supletoria estos derechos. De tal forma, encontramos en la LAR, en particular en su art. 89, se regula un derecho de adquisición preferente no enmarcable en los hablados, ya que se permite el mismo para el caso en el que el arrendador done, aporte a sociedad, permute, de en pago o realice cualquier contrato traslativo distinto del de compraventa sobre la finca arrendada. (Díez-Picazo, 2005, pág. 46)

3.1.2.1. Naturaleza del Tanteo y retracto voluntario.

Si bien lo expuesto en el epígrafe anterior para el caso de la inmediatividad que reviste a los tanteos y retractos de origen legal es extrapolable al caso de aquellos retractos y tanteos que poseen un origen voluntario, no sucede lo mismo en el caso del análisis de su elemento externo, es decir, la absolutividad, pues su creación con origen en la voluntad de las partes no cuenta con las características y defensas que se han establecido para el caso de aquellos que posean un origen legal.

En virtud del *numerus apertus*, el derecho de tanteo y retracto voluntario de carácter atípico cuentan con la posibilidad de, con la ayuda del principio de libertad contractual establecido en el art. 1255 del CC, así como con base en 2.2 de la LH, permitir su

inscripción en el Registro. (Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 720/1998, de 20 julio. [RJ 1998\6603])

Con base en lo anterior, se puede aceptar que si bien en la mayoría de las ocasiones el tratamiento como derecho personal o real ha obedecido a la voluntad del legislador, imponiendo o no una obligación pasiva universal, en el caso de los voluntarios hay que entender que este ha preferido trasladar la facultad de decisión a las partes contratantes a las que le es otorgada una capacidad de constituir el derecho como personal o como real, siempre y cuando se respeten y cumplan los requerimientos, tanto estructurales como formales propias, asignadas a los derechos que poseen dicha naturaleza. La DGRN en su Resolución del 10 de abril de 2014 [RJ 2014/2381] establece que:

la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado

La DGRN ha admitido el sistema *numerus apertus* en el ordenamiento español, pero señalando que la libertad de crear no es absoluta e incondicional, si no que ha de verificar los requisitos de fondo y forma que necesita la especial naturaleza de los derechos reales. Así lo ha invocado en variadas resoluciones para consentir la posibilidad de inscripción de figuras atípicas en nuestro ordenamiento, como el caso de la multipropiedad, reconocida en la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado del 4 de marzo de 1993, anterior a la Ley de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles por la Ley de 15 de Diciembre de 1998, hoy sustituida por el Real Decreto Ley 8/2012 del 16 de Marzo o el leasing inmobiliario o arrendamiento financiero, del que ha admitido su inscribibilidad e hipotecabilidad como un autentico derecho real autónomo, y no como un punto intermedio entre el arrendamiento y la opción de compra en la RDGRN del 3 de mayo de 2016. (RDGRN del 10 de abril de 2014 [RJ 2014/2381])

Como límite fundamental se tiene el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, las cuales son, como se vio anteriormente, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo

determinado. Además, tras múltiples resoluciones tanto de la DGRN⁴ como del Tribunal Supremo, la Sentencia del propio tribunal, núm. 313/2009 de 13 de mayo [RJ 2009/4744], ha sintetizado los requisitos en: a) una no contradicción el orden público como establece el 1255 del CC b) que la figura creada concurren las características comunes de un derecho real; y b) que, tratándose de una nueva figura, además de respetar los requisitos de fondo y forma exigibles a todo derecho real para que así se permita su acceso al Registro, se regulen todas las consecuencias que dicha garantía comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. La razón que ha motivado tal resoluciones por parte del registro viene con base en la necesidad de anteponer en ocasiones la necesidad cambiante de las realidades económicas y urbanísticas dadas en los últimos tiempos ante la seguridad y claridad que otorgaría un sistema cerrado.

Si bien este ha sido el acercamiento de la doctrina y la jurisprudencia en torno a la discusión sobre el *numerus apertus*, lo cierto es que la DGRN en la práctica ha optado por un carácter mucho más restrictivo a la hora de meditar sobre el carácter real a una figura creada por las partes, además de haber ido variado con el paso del tiempo⁵. Ahora bien, no hay que confundir que la DGRN haya decidido posicionarse en una tendencia restringida y más cercana al *numerus clausus*, con que sistema español funcione ciertamente con a través del *numerus apertus*.

Visto el criterio restrictivo de la DGRN, en sede jurisprudencial el Tribunal Supremo ha utilizado la Sentencia del propio tribunal, núm. 313/2009 de 13 de mayo [RJ 2009/4744]⁶, para aclarar su posición a la hora de reconocer la naturaleza del retracto y el tanteo voluntario. Si bien admite que “ciertamente, el tema es doctrinalmente polémico”; el

⁴ entre otras resoluciones, la Resolución de la DGRN del 13 de mayo de 2014

⁵ Tanto la doctrina de la DGRN como el Tribunal Supremo ha ido evolucionando su aproximación a la naturaleza de los tanteos y retractos voluntarios. La RDGRN de 4 de enero de 1927 negaba el carácter real de estos con base en el silencio que la ley hacía sobre el tema, al efecto de vinculación de la propiedad que podría generar y por las dificultades para su desenvolvimiento judicial y extrajudicial. Este criterio negativo se mantuvo años más tarde en la Resolución de la DGRN de 27 de marzo de 1947, por entender que en el caso estudiado, la voluntad de las partes que únicamente afectaba a ellos y a sus herederos, y que por tanto, los posteriores adquirentes debían verse libres de sus trabas y restricciones. Sin embargo, con origen en la resolución de la DGRN del 20 de septiembre de 1966, se ha admitido la posibilidad que los derechos de tanteo y retracto sean configurados por las partes contratantes como verdaderos y propios derechos reales. Desde entonces, posteriores Resoluciones como la del 19 de septiembre de 1974 o, más recientemente, la del 6 de marzo de 2001, se han postulado a favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales. (RDGRN de 13 de mayo de 2014)

⁶ Como referentes Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2005 [4548/2005]; Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de abril de 2008 [RJ 2008/1995].

tribunal aprovecha la ocasión para atribuir naturaleza jurídico-real al retracto voluntario, al garantizar en su Fundamento de Derecho Cuarto que la doctrina jurisprudencial reconoce tal configuración ya que “de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2.1 y 2.2 , y 37, apartado segundo, de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria en cuanto permiten su inscripción”. La doctrina jurisprudencial actual ha decidido considerar el retracto voluntario como un derecho real.

En la Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2005 [4548/2005], se estudia también el carácter real de los derechos de tanteo y retracto voluntario y su oponibilidad frente a terceros, además de incorporar un par de argumentos que complementan y preceden el fallo de la Sentencia del 13 de Mayo de 2009.

Si bien en la sentencia del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2005 [4548/2005] se asume que el retracto voluntario, por analogía, debe regirse por los preceptos del retracto convencional, ciertamente son dos figuras que responden a fines muy distintos y desempeñan funciones muy diferentes. Por un lado, el retracto convencional se encuentra diseñado en sus elementos por el legislador, quien a través del 1510 del Código Civil ha optado por otorgarle eficacia real. El retracto voluntario, por el contrario, nace de la completa voluntad de las partes, teniendo su origen en el contrato y las previsiones establecidas en el mismo. A su vez, mientras que todo retracto convencional posee eficacia *erga omnes*, no necesariamente ha de ser así en el caso de los tanteos y retractos voluntarios surgidos al amparo de la voluntad de las partes.

La sentencia, al reconocer el carácter real y la oponibilidad *erga omnes* del retracto voluntario, lo precede de un tímido “en su caso”, lo cual denota una cierta dosis de relatividad en las afirmaciones del Tribunal Supremo. La razón de tal locución seguramente estaba motivada en su deseo de poner de relieve que, como se ha visto, únicamente cuando se cumplan ciertos requisitos y elementos de hecho, el retracto voluntario, en ciertos casos, podía tener carácter real y oponibilidad *erga omnes*. En el análisis de las sentencias posteriores del Tribunal Supremo del 22 de abril de 2008 [RJ 2008/1995] o la Sentencia del propio tribunal, núm. 313/2009 de 13 de mayo [RJ 2009/4744], si bien se ha reconocido el carácter real y la oponibilidad *erga omnes*, se ha omitido la locución “en su caso”, pudiéndose entender como una progresiva flexibilidad por parte del Tribunal a la hora de reconocer la eficacia real de los derechos de tanteo y

retracto de origen voluntario.

Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no siempre ha seguido esta opinión, por lo que ha habido otras sentencias que han analizado la cuestión de la eficacia frente a terceros del tanteo y retracto voluntario de una forma más restrictiva. En la Sentencia del Tribunal Supremo, núm 191/1995 del 3 de marzo [RJ 1995/1776]⁷, a pesar de encontrarse inscrito, el Tribunal supremo niega eficacia *erga omnes* a un derecho de retracto constituido por una donante. En palabras del propio tribunal “hay que tener presente que la categoría de derecho real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad, sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia *erga omnes*” .

Según su criterio, el derecho real ha de estar constituido por las características de inmediatividad, publicidad y seguridad jurídica, que lo proyectan al campo jurídico con una serie de garantías frente al tercero que es lo que posteriormente le permite ejercer la eficacia *erga omnes*. Tras aclarar que el caso particular no se refiere al retracto convencional del art. 1507 del cc, establece que es (Sentencia del Tribunal Supremo, núm 191/1995 del 3 de marzo [RJ 1995/1776]):

Un retracto instituido a favor de los donatarios frente al tercero comprador de la finca de uno de ellos y por esa razón la falta del signo de publicidad y garantía de seguridad para el ejercicio del tanteo y el retracto en su caso con la fijación de un plazo a partir de dicha enajenación a tercero que se instaura en los de carácter legal, es más preciso y necesario aún en los simplemente convencionales.

Por tanto, establece el Supremo en esta misma sentencia, en su Fundamento de Derecho tercero que no busca revestir de carácter real al derecho que le faltan elementos característicos de los mismos y que por tanto únicamente debería tener efectos simplemente obligacionales. En el caso tratado, es la falta de pacto sobre el plazo de ejercicio del retracto lo que determina la ausencia de carácter real de ese derecho, a pesar de que tanto la escritura de donación como el retracto se encontraban inscritos en el Registro de la Propiedad.

3.1.2.2. Naturaleza del Retracto Convencional

⁷ Entre esta misma línea, Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1178/2004 de 16 diciembre [RJ 2004/8213]

En la venta con pacto de retro, vendedor y comprador quieren, realmente, vender y comprar. La finalidad típica de este pacto accesorio a la compraventa es, en el vendedor, la de recobrar, durante cierto tiempo y en determinadas condiciones, la cosa que enajena, mientras que en el comprador es la de adquirir un dominio que puede llegar a consolidarse si el vendedor no llegase a ejercitar la facultad que le asiste.

Visto la posibilidad de aplicar el estudio de la inmediatividad en el caso de los tanteos y retractos legales al caso del retracto convencional, el análisis del elemento externo del retracto convencional comienza con el análisis del art. 1510 del CC, el cual establece que “el vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la LH respecto de terceros”.

A través de este art., el legislador se ha servido para poder introducir un supuesto específico de sujeto pasivo en el que la persona del retraído no coincide con el concedente del retracto, existiendo una reipersecutoriedad de su derecho dirigible con independencia de que se hubiera hecho o no mención de la existencia de tal retracto, “salvo lo dispuesto en la LH respecto de terceros”. Es en esta última parte es donde realmente reside el factor determinante que determina el verdadero alcance del art. Con tal referencia a la LH, para poder dilucidar sus efectos es necesario tratar por separado los bienes muebles o inmuebles. (Lasarte, 2010, pág. 185)

Para el caso de los bienes inmuebles, son múltiples las posibilidades por las cuales podría no figurar inscrito tal derecho en el registro. Y es que a pesar de su importancia teórica, lo cierto es que en la práctica muchas fincas nunca han estado inscritas, o bien estándolo, muchos de los gravámenes soportados por tales fincas no han accedido al mismo. Sin embargo, basando el análisis en lo dicho por el art. 1510 del CC, el carácter absoluto del derecho no desaparece y puede ser perfectamente ejercitado contra tercero que de él traiga causa, con excepción únicamente lo dispuesto en la LH. (Lasarte, 2010, pág. 185)

De esta manera, la LH establece en el caso de que el tercero adquirente hubiese inscrito su derecho, a falta de inscripción anterior oponible, este es mantenido en la adquisición, por ejercicio de la fe pública registral, cuando concurren en los presupuestos exigidos por la propia ley, entrando en juego los efectos establecido por el art. 34 de la LH. Apreciar como el régimen aplicable para estos dista enormemente del visto en el caso de contar

con un origen legal, contando estos el amparo y supremacía del 37.3 de la LH. De esta forma, quedará protegido quien, fiándose en el registro, hubiera adquirido como libre de cargas lo que esta gravado con un derecho de retracto convencional, apoyando tal defensa en el art. 606 del CC y su transcripción literal en el 32.8 de la LH por el que “los títulos de dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el registro, no perjudican a terceros”. (Lasarte, 2010, pág. 185)

Si por el contrario el tercero adquirente no cumple los requisitos impuestos por la legislación, el titular del derecho de retracto convencional en virtud del 1510 del CC contará a su favor con la posibilidad de dirigir acciones contra él, contando el tercero únicamente con una acción contra su causante por haberle vendido algo como libre cuando realmente no lo estaba. Por el contrario, en el supuesto de que si que estuviese inscrito, se presenta como indiscutible que, para el caso del retracto convencional por a su carácter resolutorio, entra en los posibles casos amparados por el 37. 1 de la LH, conforme al que “se darán contra tercero las acciones resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el registro.” (Lasarte, 2010, pág. 185)

Para el caso de hacer frente a un derecho de retracto que recayese sobre un bien mueble, la absolutividad del mismo se presenta con un carácter aún más tenue por aplicación del 464 del CC, art. que permite reivindicar de quien posea la cosa a quien la hubiese perdido o se le hubiese sido sustraído de manera ilegal, ya se hubiese hecho constar o no la existencia de este derecho en el documento por el que adquirió, de lo que es fácilmente desprendible la tenue protección que tiene el tercero en el caso de los bienes muebles, que jugará a favor a la hora de reivindicar la eficacia *erga omnes* del 1510 del CC. (Lasarte, 2010, pág. 185)

Analizado lo anterior, es posible asumir la eficacia real y la oponibilidad *erga omnes* que asiste al retracto convencional deducido de la tipicidad del art. 1510 del CC. Se configura una eficacia real con carácter general, que no puede perjudicar al tercero de buena fe protegido por el Registro.

3.1. Derecho de opción

3.1.1. Concepto

La opción se presenta como un derecho potestativo de origen convencional en cuya virtud uno de los sujetos se reserva, durante un determinado plazo, la facultad de adquirir un determinado bien perteneciente al otro por el precio o las condiciones que hayan sido acordadas entre las partes. Para el titular de la opción, lo importante es que debe ser preferido frente a todos en la adquisición del objeto de la opción, cuando este la ejercite. Además, a diferencia del resto de derechos de este tipo, en la opción queda prohibida al concedente enajenar el bien mientras no haya transcurrido el plazo por el cual fue emitida la misma. Otra diferencia que caracteriza a la opción es la no necesidad de que se este llevando a cabo o haya un proyecto de enajenación del bien. (Peña Bernaldo de Quirós, 1982)

En cuanto al origen contractual, las opciones provienen de una doble vertiente, pudiendo derivar directamente de un contrato, conocido como contrato de opción, o por el contrario de un pacto de opción, siendo ésta una cláusula o estipulación contenida en otro contrato. En particular, el contrato de opción se presenta como un contrato preparatorio del de compraventa con origen completamente jurisprudencial. De igual manera, las opciones pueden ser constituidas por la propia voluntad de las partes en virtud del ya mencionado, 1255 del CC, ya sea a través de la articulación de la misma a través de un negocio bilateral, o bien a través de una opción-promesa de compraventa, o unilateral, en los casos de donación y legado de opción, inter vivos o mortis causa. (Peña Bernaldo de Quirós, 1982, pág. 348).

La razón por la que su primera aparición, y de la escasez de otras en el ordenamiento español, ha sido en el RH, en particular en el art. 14 del mismo, no es otra que buscar revestir al mismo de una eficacia *erga omnes*, para lo cual precisa de inscripción en el registro de la propiedad. Este art. permite la inscripción de todo derecho de opción que cumpla determinados requisitos, a saber: a) Convenio expreso de las partes para que se inscriba, b) Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. c) Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. (Peña Bernaldo de Quirós, 1982, pág. 348).

La razón por la cual este reglamento limita el plazo de ejercicio de este derecho encuentra su apoyo en los requerimientos estructurales de la configuración de los derechos reales puestas en conexión con el propósito del derecho de opción. El establecimiento del mismo

con plazo indefinido supondrían retenciones a la libre circulación de los bienes o a la exigencia de justificaciones racionales en la desarrollo de gravámenes, entre otras.

El contrato de compraventa que hay proyectado a través de la opción queda perfeccionado una vez ejercida la opción. Esto es así porque si bien a la hora de negociar la opción, ésta queda ya perfeccionada, dichas negociaciones actúan a su vez como preparatorias del negocio optado, conteniendo la declaración de voluntad de quien la concede en vistas del segundo negocio, el cual será considerado perfecto, generando por tanto obligaciones. (Roca Sastre, 1948, pág. 568). Durante todo el plazo fijado requerido por el art. 14 del RH, la opción posee un carácter de irrevocabilidad que condiciona a ambas partes, además de tener la necesidad de conservar lo pactado en los términos fijados.

Por último, hacer mención a que una vez pasado el plazo estipulado para el ejercicio de la opción sin que ésta haya sido ejercitada, la opción quedará extinta. La razón por la que se necesita limitar su dimensión temporal, con base en lo establecido por la RDGRN de 30 de Septiembre de 1987 [1987/6589] viene impuesto por la “exigencias estructurales en la configuración de los derechos reales (libre circulación de bienes, exigencia de justificación racional en la creación de gravámenes, no armonización ni infundado entorpecimiento de las posibilidades económicas de aquellos, etc.)” puestas en relación con la finalidad del derecho de opción de mantener una oferta sobre una cosas. (RDGRN de 30 de Septiembre de 1987 [1987/6589])

3.1.2. Naturaleza de la opción

La opción cuenta con un escaso reglamento legal, habiendo sido la mayor parte de su desarrollo de origen jurisprudencial y doctrinal. En cuanto a la naturaleza que ostenta el derecho de opción, la doctrina mayoritaria coincide en considerar al derecho de opción como un auténtico derecho subjetivo, y no como una mera facultad⁸. A partir de aquí las posturas son variadas, habiendo una discusión sobre si el derecho de opción posee naturaleza obligacional, o por el contrario, es posible configurarlo como derecho real.

⁸ Si bien esta es la doctrina mayoritaria, aún existe un sector que considera la opción como una facultad, tal y como se anuncia en la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de febrero de 1994. En palabras de TALMA CHARLES, “es posible afirmar que el poder otorgado para optar se calificará como facultad, o como derecho subjetivo, según las circunstancias particulares de cada caso concreto.” (Talma Charles, 1996).

Como señala TALMA CHARLES (Talma Charles, 1996), el debate en torno sobre su naturaleza no es tratado en todos los casos que se de un derecho de opción. El debate únicamente recogerá aquellos casos en los que la opción se emplee como tal en desarrollo del tráfico jurídico, siendo estos los supuestos de opción de compra para bienes muebles e inmuebles. Se sostiene que el derecho de opción tiene un acceso al registro pese a tratarse de un derecho personal, mientras que otros entienden que si la opción tiene acceso al Registro es precisamente por tener una condición de derecho real.

3.1.2.1. La opción como derecho personal.

La principal razón para considerar el contrato de opción como un derecho personal la trae al art. que permite su inscripción en propio Registro. La particular alusión que el 14 del RH hace en torno a la inscripción del contrato de opción crea un parecido con la posibilidad de inscripción del contrato de arrendamiento de bienes muebles establecidos en el art. 2.5 de la LH. Al respecto, el Tribunal Supremo ha declarado en su sentencia de 9 de octubre de 1989 [RJ 1989/6900], que:

[A] la vista del artículo 14 del **RH**, la naturaleza predicable de esta figura es la de un contrato y no la de un derecho real, tratándose, en puridad de doctrina, de un derecho personal que puede tener efectos frente a terceros mediante la inscripción, pero sin que ésta tenga la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación, y buena prueba de ellos lo suministra el propio art. 14 citado, pues si fuera un derecho real sería inscribible sin necesidad de los requisitos complementarios.

Ayudando tal afirmación, más recientemente, el Tribunal Supremo en la sentencia de la Sala de lo Civil, núm 653/2015, del 13 de Noviembre ha establecido que

[E]s cierto que el derecho de opción, en tanto reúna los requisitos previstos del artículo 14 del **RH**, tiene cierta nota de realidad, sobretodo por su eficacia ante terceros, pero no determina un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de exigir un comportamiento del sujeto pasivo: el necesario para que el contrato prefigurado adquiera vigencia. Y, en todo caso, si el derecho de opción de compra no se inscribe en el Registro de la Propiedad, dicha nota de realidad desaparece. Es decir, resulta evidente que el derecho de opción de compra inscrito posee mayor eficacia y que es oponible frente a terceros adquirentes, pero ello por sí solo no determina una modificación de la naturaleza del derecho en sí mismo considerado. Por lo que, según hemos dicho, el derecho de opción no confiere poder sobre la cosa, sino solo facultad de decidir su adquisición, no puede ser considerado propiamente como un derecho real.

Se establece que, aun cumpliendo los requisitos del art 14 del RH no se determina que la opción otorgue un poder directo e inmediato sobre la cosa, estableciendo que si bien el derecho de opción de compra inscrito cuenta con mayor eficacia y una oponibilidad frente a tercero adquirente, no se modifica el derecho en sí mismo considerado, manteniendo por tanto su naturaleza personal. Dicha argumentación, considera el derecho de opción como un derecho que otorga la facultad de decidir sobre la adquisición del mismo y no como facultativo de un derecho sobre la cosa. (Talma Charles, 1996, pág. 97)

Por el contrario, tal teoría pierde fundamento si se concentra la atención en el vehículo que se encarga de regular su acceso al registro. Si realmente la voluntad del legislador hubiese sido la de considerar la opción como un derecho personal inscribible como excepción, ésta hubiese quedado consagrada en la LH como sucede en el caso del arrendamiento, y no a través del RH, nivel normativo bajo en la pirámide normativa que da la opción de ser fácilmente sobrepasado por cualquier otra norma de rango superior. (Talma Charles, 1996, pág. 100)

3.1.2.2. La opción como derecho real.

Cabe pensar que si la consumación definitiva de la opción lleva a la consumación de la propiedad, derecho real por antonomasia, tiene sentido que el paso anterior cuente con carácter real, o al menos con una cierta vocación real.

Como establece PEÑA (Peña Bernaldo de Quirós, 1982, pág. 252), el Registro de la propiedad, excluyendo las salvedades que se hallan reguladas a través de un precepto legal, y no reglamentario, como es el caso mencionado del arrendamiento, prohíbe tajantemente el registro de derechos personales u obligacionales. En busca de la motivación que llevó al legislador a incluir su regulación en el RH puede dar lugar a un pensamiento opuesto al citado anteriormente. En vez de considerar que el legislador los considera un derecho personal que posee un carácter excepcional, cabe la interpretación de que, como indica TALMA CHARLES, (Talma Charles, 1996, pág. 100) se busque reconocer la importancia real del derecho de opción. La inscribibilidad de derecho de opción conlleva que implícitamente se este reconociendo la eficacia *erga omnes* del derecho para que de tal forma resultase de interés y cumplimiento de la función que al propio derecho se le ha asignado en el tráfico jurídico (Talma Charles, 1996, pág. 100).

Visto los distintos puntos anteriormente definidos, se procede al análisis de ambos elementos estructurales, interno y externo. En torno a la inmediatividad, elemento falto en la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 653/2015, del 13 de Noviembre, si es entendida desde una visión de la misma mediatizada, el derecho de opción cumple con este requisito estructural. El derecho de opción otorga la posibilidad al optante de ejercer, una vez cumplido el plazo, lo estipulado por el derecho sin necesidad de que el concedente tenga que realizar acción para ello, no cabiendo posibilidad alguna de que el mismo se oponga al optante a que ejercite, bajo su arbitrio y unilateralmente, la opción. La propia sentencia establece que el derecho de opción otorga la facultad de exigir un comportamiento pasivo a un colectivo indeterminado. Como ya se ha visto, la inmediatividad establece dos figuras intervinientes en los derechos reales, una persona activa y, como pasivo, una colectividad indeterminada. En los derechos obligacionales, por el contrario, se precisa de, además del activo determinado un pasivo individualmente determinado, puesto que su ejercicio requiere de un acto ajeno para que satisfaga su interés.

A su vez, cuando hablamos de absolutividad, se presenta imprescindible en el derecho para alcanzar la finalidad con la que fue creada, pues de nada sirve que el concedente pudiese transmitir su titularidad sobre la cosa de forma ajena a la limitación o carga que tal opción supone. Ahora bien, se pone en duda la no eficacia *erga omnes* de la opción no inscrita al considerar que “a falta de norma o costumbre que pueda apoyar la reipersecutoriedad general del derecho de opción no inscrito” no existe argumento alguno en el que se pueda basar tal eficacia para la opción no inscrita. (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 260).

Ante ésta duda, cabe plantearse si el resto de derechos reales recogidos a lo largo del CC cuentan con tal eficacia *erga omnes* de una manera real. Con base en lo desarrollado por TALMA CHARLES (Talma Charles, 1996, pág. 102) en este punto se hace preciso analizar y distinguir entre lo que se puede llegar a entender como la estructura, con carácter estático, que posee un derecho real y su funcionamiento, más dinámico y práctico. Analizando el caso de la hipoteca, para conseguir satisfacer la necesidad por la que fue creada el legislador consideró preciso su estructuración como derecho real. Sin embargo, para que pudiesen funcionar como tal en el tráfico jurídico, el legislador precisó necesario su inscripción constitutiva para dotarle de tal eficacia *erga omnes*. De manera

paralela, la opción de compra requerirá de inscripción en el Registro para dotar de seguridad y de absolutividad al optante de tal derecho.

3.1.2.3. Opinión Doctrinal y Jurisprudencial.

La cuestión de la naturaleza real del derecho de opción ha sido igualmente tratada por la DGRN en múltiples resoluciones. En su resolución del 18 marzo 2016 [3321/20916]¹ establece que de igual manera, por carecer de una regulación positiva en nuestro ordenamiento, el derecho de opción ha recibido una especial atención tanto por la DGRN como por el Tribunal Supremo¹⁰ Como el Tribunal Supremo establece en la sentencia de 14 de marzo de 1991 [RJ 1991/2222]:

[E]l contrato de opción aparece en nuestro derecho huérfano de regulación positiva, su contenido está vinculado a la libertad de pacto, y sus elementos y naturaleza los ha especificado y regulado la doctrina jurisprudencial; correspondiendo a la legislación hipotecaria, únicamente su específica función registral

Es por ello que el contrato de opción y el derecho de él derivado permite configurarse de muy diversas maneras y con contenido variado, sin más términos que los propios resultados de la ley, la moral o el orden público. Esto atribuye a las partes la posibilidad de configurar el derecho de opción como derecho real con base al criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento¹¹, por el que se admite no solo la constitución de nuevas figuras reales no anticipadas por el legislador, sino también la modificación del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, aquellos que se encuentran sujetos a condición, término o modo¹².

Sin embargo, dicha libertad otorgada a las partes debe encontrarse sujeta a determinados límites a la vez que respetar las normas estructurales de carácter imperativo ya habladas en el caso del tanteo y el retracto voluntario, debido al significado económico-político y la transcendencia *erga omnes* de los derechos reales, quedando limitada la autonomía de

⁹ En esta misma línea, RDGRN de 14 de febrero de 2013 [2013/1980].

¹⁰ En esta misma línea, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2222]; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 21 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1513]; entre muchas otras.

¹¹ Recordar la Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de mayo de 2009 donde se adopta un criterio deliberadamente más laxo ante los criterios de la DGRN pues, aun siendo consciente el Tribunal de que en ciertas figuras cabría cuestionar el cumplimiento de los requisitos tradicionalmente exigidos, acaba por concluir que “no cabe imaginar una exigencia de constancia registral, que la Ley no exige expresamente para la existencia del derecho real, y que vulneraría, por consiguiente, el principio de libertad constitutiva”.

¹² Arts. 647 del CC y 11, 23 y 37 de la LH

la voluntad en detrimento de la satisfacción de determinadas exigencias tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real o la inviolabilidad de principio de libertad de tráfico, entre otros. (RDGRN del 18 marzo 2016 [3321/2016])

En torno a los límites impuestos por el art. 14 del RH, la razón del límite temporal viene puesta para tratar de no entorpecer durante mucho tiempo el tráfico de inmuebles, limitándose a un total de cuatro años. Sin embargo, se aprecia como para el caso de la opción ligada a un arrendamiento, permite una ampliación del plazo hasta alcanzar la totalidad de aquél, quizás por ser, según la RDGRN del 14 de febrero de 2013 [2013/1980] el supuesto más habitual, no incluyendo, pero tampoco excluyendo la posibilidad de interconexión con otras figuras. Esta posibilidad abierta, junto con el sistema *numerus apertus* tienen como resultado el aceptar que, en determinados casos, puedan acceder al registro derechos de opción de una duración mayor a cuatro años que, habiendo respetado el resto de requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico, fuesen ligados a figuras jurídicas que lo permitan, como el derecho de superficie. (RDGRN del 14 de febrero de 2013 [2013/1980])

Es posible concluir el carácter real de todos aquellos derechos de opción que, siendo la voluntad de las partes su constitución como derechos reales, puedan acceder al Registro de la propiedad, al ser en realidad esta eficacia *erga omnes* lo único que realmente interesa a los contratantes, teniendo acceso a través de los requisitos establecidos por el art. 14 del Reglamento Hipotecario por la simple razón de que a diferencia de los derechos de garantía, que otorgan seguridad, los derechos de adquisición preferente suponen una limitación a los derechos que asisten al concedente del mismo, siendo preciso limitar el alcance de los mismo.

4. Conclusión

Una vez visto y analizado tanto las características de los derechos reales así como las vicisitudes que atentan a cada caso particular dentro de los derechos de adquisición preferente, es posible admitir que tanto en el caso de los derechos de tanteo y retracto legal así como para el caso del retracto convencional, su naturaleza real es vagamente discutida.

Compartiendo la Doctrina de la DGRN, acorde al art. 2 de la Ley Hipotecaria, solamente en la inscripción de los títulos que comprendan actos y contratos referentes al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse en consecuencia todos aquellos actos que tienen carácter personal, prevenir la entrada en el Registro derechos, cargas y gravámenes que no posean trascendencia real (RDGRN 10 de abril de 2014)

En cuanto a los retractos legales, primero se ha analizado la discusión en torno a su concepción como limitación más que como derecho, asumiéndose que, tal y como establece LACRUZ, “limitación de dominio, e interés general o público no son conceptos incompatibles con la concesión legal de un correlativo derecho subjetivo privado, precisamente para el logro del interés general, en cuanto limitativo del dominio.” (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 350)

En cuanto a su carácter absoluto o eficacia *erga omnes*, aunque el art.1.521 del CC no es muy preciso, el art. 37.3 de la LH condiciona su naturaleza jurídico-real al determinar que las acciones de “retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen” constituyen una excepción a la regla general según la cual no se dan contra tercero que haya inscrito el título de su derecho las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias. Por su origen legal, estos derechos carecen de por sí de la necesidad de ser inscritos, al ser los propios textos legales los que se encargan de dotar de eficacia *erga omnes* a través de la premisa de que ningún adquirente puede alegar desconocimiento de la existencia de tal gravamen.

Cumplida la nota de absolutividad, la inmediatividad jurídica se ve igualmente consumada en el caso de los retractos y tanteos de origen legal, puesto que permiten una actuación sobre la cosa sin requerimiento de intermediación de ningún tipo por parte del propietario, pudiéndose concluir que, por reunir ambos caracteres de los derechos reales, los derechos de tanteo y retracto de origen legal poseen carácter jurídico-real.

Para el caso particular del retracto convencional, ocurre un proceso similar al caso de los tanteos y retractos legales. No siendo discutida para el caso particular su concepción como límite, en la venta con pacto de retro, el análisis del elemento externo del mismo se encuentra implícito en la redacción realizada del art. 1510 del CC. A través de este artículo, el CC proclama el carácter de absolutividad y eficacia *erga omnes* que reviste tal figura siempre y cuando que tenga la posibilidad de acceder al Registro, para

salvaguardar su derecho frente a terceros. En cuanto a su inmediatividad, es extrapolable el razonamiento llevado a cabo en el caso de los tanteos y retractos legales.

Diferente ha sido el análisis tanto del tanteo y retracto voluntario como de la opción. Debido a que el nacimiento de estas figuras proviene de un negocio jurídico, se han suscitado múltiples teorías y posiciones en cuanto a su naturaleza, posición aún no muy clara por parte ni del Tribunal Supremo ni de la Doctrina Registral. Sin embargo, con base en el sistema *numerus apertus* asumido por el ordenamiento español y la libertad contractual proclamada en el art. 1255 CC, la falta de tipicidad por parte del legislador ha de ser entendida como un trasvase a las propias partes contratantes de la capacidad de constituir estos derechos como personales o reales, y, en caso de que sean configurados como reales, que se cumplan con las formalidades propias impuestas por la doctrina y la jurisprudencia para su acceso al registro, que se encargará de otorgarles la eficacia *erga omnes* necesaria (RDGRN del 10 de abril de 2014 [RJ 2014/2381]). Esta distinción es sumamente importante, dado que constituidos como derechos de crédito, el tanteo y retracto voluntarios facultan únicamente a exigir la transmisión o preferencia, solo del obligado a ella, pudiendo solo pedir daños y perjuicios en el caso de incumplimiento, mientras que constituidos como derechos reales, se permitirá obtener la transmisión de cualquiera que quiera la cosa, sea el antiguo dueño o cualquier otro tercero. (Albaladejo, Derecho Civil, 1991, pág. 345)

En el caso del tanteo y retracto voluntario, a pesar de no contar con una regulación en el CC que permita desprender el carácter real de este derecho, vista la libertad contractual y el sistema *numerus apertus* admitido en el ordenamiento, está abierta su concepción como auténticos derechos reales siempre que las partes lo hayan configurado en el negocio jurídico con trascendencia real y no como una simple obligación personal. Cumplida la nota de inmediatividad por extrapolación a los casos anteriores, su absolutividad o eficacia *erga omnes* vendrá dada por su ingreso en el registro, para lo que se verá en la obligación de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los derechos reales.

El derecho de opción, por otro lado, cumple sin mayor problema con el requisito estructural de la inmediatividad, al permitir, como sucede en el caso de los retractos una

actuación sobre la cosa sin requerir por ello de una intermediación de ningún tipo por parte del propietario.

A su vez, cuando hablamos de absolutividad, se presenta imprescindible en el derecho de opción para alcanzar la finalidad con la que este es creada, pues de nada sirve que el concedente pueda ceder su titularidad sobre la cosa de forma ajena a la “limitación o carga” que tal opción supone. A diferencia del tanteo y retracto voluntario, el derecho de opción cuenta con un artículo a su favor que permite su inscripción en el Registro, requiriéndose cumplir con los requisitos de fondo y forma, además de, como regla general, cumplir con los del art. 14 del RH.

En el análisis de los derechos de adquisición preferente de carácter atípico se ha planteado la tesis por la que se hace dudar de sí el resto de derechos reales recogidos a lo largo del Código Civil cuenta con una eficacia *erga omnes* intrínseca a su propia naturaleza. Lo cierto es que, desde un punto de vista práctico, de poco sirve el marco teórico en el que se encuentran sumergidos los derechos reales, pues la nota de absolutividad necesaria en los derechos reales viene otorgada por la publicidad registral que le permite, mediante el principio de fe pública registral, llevar a cabo un negocio confiándose y amparándose en lo estipulado en el Registro tendrá la seguridad de poseer una situación registral inatacable. Exceptuando el caso del tanteo y retracto legal cuya publicidad ya ha sido analizada, la doctrina administrativa y jurisprudencia del Tribunal Supremo ha apoyado este pensamiento práctico, habiéndose negado en la práctica el carácter jurídico real solo a aquellos casos que no cumplían los requisitos requeridos por el ordenamiento jurídico. Todos aquellos derechos de adquisición preferente de creación atípica que cumplían con ellos han obtenido acceso al registro¹³ e incluso ha habido figuras que, entrando como derechos atípicos, posteriormente se han configurado como auténticos derechos tipificados, como en el caso de la multipropiedad, recogido en la RDGRN del 4 de marzo de 1993.

Por ello, se presenta necesario admitir que nuestro ordenamiento jurídico se acepta la constitución con carácter jurídico-real de los derechos de adquisición preferente, implican

¹³ En relación, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 474/1990, de 25 de abril [RJ 1992/3413]; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 313/2009, de 13 de mayo [RJ 2009/4744]; entre otras.

un poder sobre la cosa que se encuentra protegido frente a todos. debido a que, además de cumplir con los caracteres de cualquier otro derecho real, aquellos de origen atípico tienen acceso al Registro, paso necesario que se encarga de dar viabilidad a la absolutividad y eficacia *erga omnes* requerida. Todo ello, de nuevo, en respeto de las obligaciones de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales.

5. Bibliografía

- Lacruz Berdejo, J. L. (2008). *Elementos de Derecho Civil III Derechos Reales* (Vol. I). Madrid: Dykinson.
- Lasarte, C. (2010). *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de derecho Civil* (Vol. IV). Madrid: Marcial Pons.
- Castán, J. (1988). *Derecho Civil Español, Común y Foral* (Vol. II). Madrid: Reus.
- Albaladejo, M. (1964). *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Cosas* (Vol. II). Barcelona: Real Colegio de España en Bolonia.
- Albaladejo, M. (1991). *Derecho Civil* (Vol. III). Barcelona: Bosch.
- Albaladejo, M. (1991). *Derecho Civil* (Vol. III). Barcelona: Bosh.
- Allende, G. (1967). *Panorama de Derechos Reales*. Madrid: La Ley.
- Barassi, L. (1955). *Instituciones del Derecho Civil; traducción y notas de comparación al Derecho Español*. (R. G. Goytisolo, Trad.) Barcelona.
- Díez García, H., Gutierrez Santiago, P., & Valbuena Gutierrez, J. (2003). *Código de Derechos Reales*. Navarra: Aranzadi SA.
- Díez-Picazo, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil. Vol. III Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral* (7ª edición ed.). Madrid: Tecnos.
- Enneccerus, L., Kipp, T., & Wolff, M. (1981). *Tratado de Derecho Civil* (Vol. II). Barcelona: Bosch.
- Peña Bernaldo de Quirós, M. (1982). *Derechos Reales. Derechos Hipotecarios*. Madrid: Sección de publicaciones de la universidad Complutense de Madrid.
- Rigaud, L. (1928). *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*. . (J. Xirau, Trad.) Madrid.
- Roca Sastre, R. M. (1948). *Derecho Hipotecario. Registro de la propiedad* (Vol. III). Barcelona: Bosch.
- Savigny, F. C. (1878). *Sistema del Derecho Romano Actual*. (J. M. Poley, Trad.) Madrid: F. Góngora.
- Talma Charles, J. (1996). *El contrato de opción*. Barcelona: José María Bosch Editor S.L.

Anexo I

Jurisprudencia:

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 474/1990, de 25 de abril [RJ 1992/3413].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 313/2009, de 13 de mayo [RJ 2009/4744].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 986/2003, del 23 Octubre [RJ 2003/7765].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm 3413/1992, de 25 de abril.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm 534/2006, de 29 de mayo.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 534/2006 del 29 de mayo [RJ 2006/3345].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1958 [RJ 1958/4047].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1964 [RJ 1964/2167].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1993 [RJ 1993/9174].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 313/2009, de 13 de mayo [RJ 2009/4744].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 281/2008, de 22 abril [RJ 2008\1995].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 64/1994 del 9 de febrero [RJ 1994/839].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 810/1997, del 19 de septiembre [RJ 1997/6409].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 720/1998, de 20 julio. [RJ 1998\6603].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 313/2009 de 13 de mayo [RJ 2009/4744].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 29 de abril de 2005 [4548/2005].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 22 de abril de 2008 [RJ 2008/1995].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm 191/1995 del 3 de marzo [RJ 1995/1776].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm 653/2015, del 13 de Noviembre.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 1991 [RJ 1991/2222].

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm 653/2015, del 13 de Noviembre.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 21 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1513].

Jurisprudencia Registral

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 9 de Agosto 1943.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 octubre 1946 [RJ 1946\1399].

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 10 de abril de 2014 [RJ 2014/2381].

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 18 marzo 2016 [3321/201416].

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 4 de marzo de 1993.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 3 de mayo de 2016.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 13 de mayo de 2014.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de Septiembre de 1987 [1987/6589].

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero de 2013 [2013/1980].

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 18 marzo 2016 [3321/2016].

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 14 de febrero de 2013 [2013/1980].

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 10 de abril de 2014.