

Inmobiliario

La eficacia del tanteo y retracto voluntario frente a tercer adquirente

Con el análisis de las fuentes existentes, se pretende hacer una predicción sobre la eficacia frente a terceros de los derechos de adquisición preferente puramente convencionales acordados en contratos.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Oponibilidad frente a terceros de derechos de retracto convencional en la jurisprudencia

Una parte significativa de la doctrina científica considera que el retracto voluntario es un derecho personal, al no concurrir en ese derecho las notas de inmediatez y absolutividad características de los derechos reales (referencias en I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, 1989, p. 333, nt. 46).

La jurisprudencia civil no es clara en este punto. En ocasiones ha declarado oponibles a terceros estos derechos de adquisición convencionales sobre la base teórica de que *nemo plus iuris transferre potest quod et ipse habet* y siempre que el tercero fuera conector del derecho que lesiona con su adquisición, aunque hay que reconocer que la singularidad de los hechos en cada caso pudo determinar decisivamente la regla aplicada¹.

¹ Sentencias del Tribunal Supremo; de 2 febrero de 1965 (RJ 1965\520); de 9 de febrero de 1965 (RJ 1965\533); de 5 de octubre de 1965 (RJ 1965\4263); de 21 de febrero de 1969 (RJ 1969\962); de 16 de febrero de 1973 (RJ 1973\476); de 23 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8641); de 4 de enero de 1990 (RJ 1990\7); de 24 de octubre de 1990 (RJ 1990\8045) (oponibilidad del derecho de opción frente al tercer adquirente de la cosa, pues es causahabiente a título singular del concedente de la opción. No queda dicho si este adquirente conocía o no la existencia de la opción). Sobre esta última sentencia, ADC, 1990, p. 921, comentario de A. CAÑIZARES LASO, y CCJC núm. 24 (1990) § 644, comentario de J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ.

La más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 diciembre del 2004² revoca esta doctrina —en un caso en que era manifiesto que el tercer adquirente era pleno conocedor del derecho de tanteo convencional de los actores— sobre la base de una distinción entre la oponibilidad frente a terceros de contratos ajenos (que se reafirma) y el ejercicio de estos derechos de adquisición con prioridad a la adquisición del tercero (que se niega)³.

Con todo, el precedente en este sentido más claro es la Sentencia de 3 de marzo de 1995 [RJ 1995\1776; comentarios de E. RUBIO TORRANO, CCJC núm. 38 (1995), § 1038, pp. 795802, y de R. ARANDA RODRÍGUEZ, ADC 1996, pp. 885-906], que niega la eficacia jurídica real del retracto voluntario, aunque esté inscrito en el Registro de la Propiedad, especialmente por la razón de que, a diferencia de lo señalado en el artículo 1507 para la compraventa con pacto de retro, en el caso presente no se había señalado una delimitación temporal de la existencia de este derecho.

Según la sentencia del 2009 que a continuación se cita, empero, «ciertamente, el tema es doctrinalmente polémico» e incluso de fallos anteriores del Tribunal Supremo podría deducirse «otro criterio». Mas la doctrina jurisprudencial «actual» es la consideración del retracto convencional como derecho real. En favor de este criterio se citan como precedentes las sentencias del Tribunal Supremo

de 29 de abril del 2005 (RJ 2005\4548) y de 22 de abril del 2008 (RJ 2008\1995). No es verdad que estos precedentes sostengan esta concepción, ni por la doctrina ni por la naturaleza de los hechos de cada caso. Pero, comoquiera que sea, ignorando el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre del 2004, la Sentencia de 13 de mayo del 2009⁴ del mismo tribunal ha regresado al punto de vista original y sostenido de que un derecho de retracto voluntario (no sólo un retracto convencional del artículo 1510 del Código Civil) es un derecho real oponible a terceros, en una doctrina en la que la verdadera *ratio decidendi* se halla en que este tercero era pleno conocedor del pacto y asumía con el vendedor parte de la indemnización en que se hubiera incurrido frente al arrendatario titular del derecho de adquisición, pues «no es razonable que se asuma pagar por un no ejercicio de un derecho, el cual no se reconoce como existente».

2. Oponibilidad de derechos de adquisición preferentes convencionales en la legislación civil catalana

Como bien señala J. MARÍN LÓPEZ en el comentario ya citado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo del 2009, conforme al artículo 568-2.1 del Código Civil de Cataluña, incluido entre las disposiciones generales aplicables a todos los derechos reales de adquisición, éstos «se constituyen en escritura pública y, si recaen sobre bienes inmuebles, deben inscribirse en el Registro de

² RJ 2004\8213.

³ «Sin embargo, una cosa es que el contrato que dio vida a la preferencia sea oponible al tercero que lo conoce, otra que el contrato de compraventa se pueda calificar como dañoso para el titular del tanteo (y, por lo tanto, ser impugnado) y otra distinta que el adquirente deba soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del primer contrato o, con otras palabras, la preferencia adquisitiva de Malavella, SA, cual si se tratase de un derecho real y no meramente de crédito».

⁴ RJ 2009\4744; CCJC núm. 82 (2010) § 2174, comentario de J. J. MARÍN LÓPEZ.

la Propiedad». La regulación específica de los derechos de tanteo y retracto voluntarios, contenida en los artículos 568-13 a 568-15 de dicho código, no contiene ninguna previsión específica en materia de eficacia de esos derechos, seguramente porque el legislador ha considerado que con su obligatoria inscripción en el Registro de la Propiedad —cuando de inmuebles se trata, como es lógico— o, por lo menos, con su documentación en escritura pública, adquieren eficacia real y son oponibles *erga omnes*.

3. Condiciones que exige el Código Civil para que un derecho de retracto convencional pueda ser opuesto a terceros

Al derecho de retracto convencional se le llama en el Código Civil *compraventa con pacto de recompra*. Exige como supuesto de hecho que el vendedor de una finca se haya reservado el derecho de readquirirla del comprador en un plazo determinado. No es éste el caso del retracto voluntario que estamos considerando en esta nota, por lo que no se cumple el supuesto de hecho del artículo 1507 del Código Civil (CC).

Es esencial para que se reconozca su eficacia frente a terceros que esté suficientemente determinado en cuanto a su duración, que no puede exceder de diez años (art. 1508 CC).

4. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la constitución e inscripción como derechos reales de los tanteos y retractos voluntarios atípicos

4.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero del 2016 (RJ 2016\2981)

Mediante la escritura se pacta que, en caso de que la sociedad propietaria

decida vender la propiedad de aquélla, la entidad Cigarral El Bosque Gestión tendrá derecho a ejercer un derecho de adquisición preferente previo o posterior a la formalización de la venta, en iguales términos que los derechos de tanteo y retracto que tendría un arrendatario.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque no se induce tal carácter real de ninguno de los pactos del contrato, sin que tampoco se establezca la duración del derecho de adquisición preferente ni los plazos para ejercerlo cuando se venda la finca.

Hay una reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento, se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluido cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (*cfr.* arts. 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. No significa que sea suficiente la voluntad o la

denominación del derecho para que éste se considere derecho real.

En la Resolución de 6 de marzo del 2001, en un supuesto en el que se solicitaba la inscripción de un título en el que se pactaba un derecho de adquisición preferente similar al tanteo, pero en el que no se decía que tuviera carácter real *ni se establecía que sería inscribible* ni se expresaban las consecuencias del acto para el caso de que se realizara la venta contraviniendo la notificación pactada, afirma dicha resolución que «para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. arts. 609, 1462.2 y 1464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente». Queda con ello completado el conjunto de características y requisitos que se exigen para la configuración como real de estos derechos atípicos de preferente adquisición, incluyendo su configuración expresa como tales o estableciendo estipulaciones que indirectamente, pero de forma clara, permitan colegir la naturaleza real del derecho constituido por prever expresamente los efectos propios de tales derechos para el caso de su contravención.

Las anteriores consideraciones conducen necesariamente a confirmar la calificación impugnada, pues en la escritura en que se pacta el derecho de adquisición preferente «debatido no se expresa que éste tenga carácter real, tampoco

se establece que será inscribible, ni se determinan las consecuencias en caso de que se incumpla lo estipulado, y no aparece determinado el concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho cuyo [54] acceso al Registro se pretende».

No puede compartirse el criterio según el cual un derecho de adquisición preferente con un plazo no determinado contractualmente deba considerarse que tiene una duración de treinta años, bajo la pretensión de que, como plazo de duración de los contratos de arrendamiento en los que no figura plazo, se tomará el de treinta años por analogía con el usufructo.

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

Ciertamente, una de las razones por las que las antiguas resoluciones de 4 de enero de 1927 y de 27 de marzo de 1947 habían rechazado la inscribibilidad y aun el mismo carácter de derecho real de los retractos allí examinados era la total indeterminación de los plazos para su ejercicio, lo que llevaba de la mano de la proscripción de la vinculación de la propiedad con cargas perpetuas el rechazo de su admisibilidad.

Resulta imperativa la determinación de un plazo para el ejercicio de estos derechos al proscribirse en nuestro Derecho las vinculaciones, cargas o gravámenes perpetuos o indefinidos. La necesidad de fijación convencional de un plazo cierto en relación con los derechos de tanteo y retracto voluntarios (como fijados están en la ley para los retractos legales y para el retracto

convencional o pacto de retro) ha sido reiterada y unánimemente subrayada tanto por la doctrina de esta Dirección General (*cf.* resoluciones de 27 de marzo de 1947, de 20 de septiembre de 1966 y de 19 de septiembre de 1974), como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*cf.* sentencias de 3 de abril de 1981 y de 3 de marzo de 1995).

5. Conclusiones operativas

- a) Como regla, los derechos de adquisición puramente convencionales no son oponibles a terceros, con independencia de que los conozcan o no, salvo que de alguna manera pueda entenderse que han consentido someterse a ellos.
- b) No debería ser reconocido ningún derecho de adquisición preferente voluntaria que excediera los límites de todo tipo a

los que está sujeto un derecho de compraventa con pacto de retro.

- c) Cuando los celebrantes del acuerdo de retracto o tanteo convencional no han previsto siquiera su acceso al Registro de la Propiedad, el derecho no tiene eficacia real.
- d) No debe concederse eficacia real a un derecho de adquisición preferente voluntaria que se extienda a terrenos distintos respecto de los que el retrayente tuviera su derecho posesorio en el que se soportaba el retracto.
- e) La eficacia jurídico real de estos derechos requeriría en todo caso que satisficieran «intereses legítimos». No es un interés de este tipo la eliminación de una eventual competencia de otros operadores.