

BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición.*

La obra que recensamos tiene por objeto el estudio de la regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición que se hace en los artículos 19 a 35 de la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente (LSSDA). La edición de este elaborado trabajo se presenta en un momento crucial en la evolución del Derecho Civil de Cataluña, ya que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña, tal normativa, junto con la de otras leyes catalanas, tales como la 13/2000, la 6/1990 y la 22/1991, deberá pasar a formar parte del futuro Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

El libro centra su campo de estudio en la exhaustiva regulación que la LSSDA hace de los derechos de tanteo, retracto y opción, por encima del análisis dogmático que tanto la doctrina y la jurisprudencia, española y extranjera, habían venido realizando con el fin de cubrir la ausencia de una completa regulación legal, no obstante tratarse de unas figuras jurídicas frecuentemente utilizadas en la práctica, en ámbitos como el inmobiliario, el bursátil o el deportivo, entre otros. Se trata, así, de una normativa sin precedentes en el Derecho comparado.

La amplia y detallada regulación que la LSSDA hace de los derechos de adquisición ha permitido al autor, si bien no sin esfuerzo, construir una teoría general con la que dar solución a muchos de los problemas que planteaban estos derechos cuando su origen era voluntario.

La LSSDA regula derechos de adquisición de naturaleza y características bien diferentes. Se distingue entre el derecho de opción y el de tanteo y retracto, configurando este último como una manifestación del derecho de tanteo de naturaleza real, cuya efectividad tiene lugar cuando ya se ha producido la transmisión, a diferencia del tanteo, que se ejercita cuando ha tenido lugar el acuerdo transmisivo pero no la transmisión de la propiedad. A su vez, la opción puede configurarse con carácter personal o real. Además, tales derechos pueden constituirse por contrato, por otros actos *inter vivos*, a título oneroso o gratuito, o *mortis causa*. En consecuencia, son diversas las posibilidades de configuración de estos derechos, lo que dificulta el establecimiento de una regulación unitaria y conduce, a su vez, a que haya múltiples divisiones en la estructuración de la ley.

La monografía, sin embargo, sigue una sistemática unitaria y omnicomprensiva, similar a la utilizada por la propia LSSDA, en el sentido de no separar tajantemente, en apartados estancos, los diferentes derechos regulados, sino que el autor ha optado, en aras a una mayor claridad expositiva, por

analizarlos de manera conjunta, reseñando al final de cada punto estudiado las particularidades propias de cada derecho, lo que merece una valoración muy positiva, al permitir una visión comparativa muy útil tanto para el jurista dogmático como para el práctico.

Las cuestiones que se han tratado a lo largo de los ocho capítulos de que consta el libro, a los que precede una breve pero necesaria introducción, pueden agruparse en dos partes. La primera parte, en la que entrarían los primeros cuatro capítulos, se dedica al estudio de las cuestiones introductorias, a la vez que a la configuración de una teoría general de los derechos de adquisición, haciendo referencia, en concreto, al origen y evolución de su regulación en el Derecho Civil de Cataluña, a su concepto, clases, razón de ser y naturaleza jurídica. La segunda parte, formada por los restantes cuatro capítulos, trata la dinámica de los derechos voluntarios de adquisición: constitución, derechos y obligaciones de las partes en la fase en que el Derecho se ha constituido pero todavía no se ha ejercitado, requisitos y efectos del ejercicio del Derecho, y finalmente, su extinción.

Todo ello se completa con un anexo de jurisprudencia citada y una amplia bibliografía recopilatoria de los numerosos trabajos que sobre la opción, el tanteo y retracto se han manejado por el autor para la investigación y preparación de su trabajo. Llama la atención que la mayoría de los libros reseñados sean de Derecho español, pero el poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley hasta la publicación del libro recensionado explica la escasa bibliografía existente respecto de los artículos 19 a 35 LSSDA. No obstante, destaca el pormenorizado estudio que de los trabajos preparatorios de la LSSDA se ha hecho, que son de gran utilidad para la interpretación de algunos aspectos oscuros de la regulación.

La tesis mantenida por el autor en esta monografía rompe con los esquemas tradicionales mantenidos por otros estudiosos de los derechos de adquisición, a la vez que se separa de los autores que, por el momento, han comentado la LSSDA, quienes han llegado a conclusiones bien diferentes, seguramente, al estar influenciados por el régimen anterior a la aprobación de la LSSDA. Especialmente destacables son algunas de las afirmaciones que el autor realiza respecto de la eficacia adquisitiva del ejercicio de un derecho de adquisición.

En el derecho de opción, su naturaleza personal o real afecta directamente a la propia configuración del derecho, determinando un régimen radicalmente diferente según cual sea esta naturaleza jurídica. En este sentido, si la opción es personal, constituye un simple pacto añadido a un contrato traslativo del dominio que condiciona su propia eficacia, no siendo más que una modalidad de precontrato, de carácter unilateral, en el sentido de que tan sólo una de las partes, el optante, puede poner en marcha el contrato, mientras el concedente queda a expensas de la decisión del titular de la opción. Asimismo, para que tenga lugar la transmisión de la propiedad hará falta la tradición. Aunque el contrato constitutivo del derecho de adquisición se haya formalizado en escritura pública, una vez ejercitada la opción será preciso el otorgamiento de una escritura de transmisión de la propiedad. Para formalizarse la transmisión se requerirá la intervención del concedente o, en su defecto, del juez.

En cambio, si la opción es de carácter real estamos ante un derecho autónomo que, una vez constituido, adquiere independencia y vida propia, relegando al negocio originario creador. Si se ejercita una opción real se produce,

sin necesidad de tradición, la adquisición inmediata de la propiedad, al adquirirse a través del propio derecho real de opción, configurado por la LSSDA como un nuevo modo de adquirir, y no por vía de contrato más tradición, como ocurre si la opción es personal. Consecuentemente, con la notificación del ejercicio de la opción real, siempre que se hayan cumplido los requisitos estipulados, se adquiere la propiedad. De esta forma, el cambio de titular registral tendrá lugar con la constancia en el registro de la notificación acreditativa del correcto ejercicio de la opción.

Por lo tanto, la principal diferencia entre la opción de naturaleza personal y real no reside en la oponibilidad a terceros de esta última, como sostenían las tesis tradicionales, sino que, de acuerdo con la nueva tesis mantenida por el autor, se encuentra en la diferente eficacia adquisitiva de cada modalidad. En apoyo de esta tesis, está la regulación que la LSSDA hace de la opción personal que, cuando esté inscrita, *gozará* de la misma oponibilidad frente a terceros que la opción real. La diferencia entre la opción personal inscrita y la real se encuentra, además de en la eficacia adquisitiva inmediata de esta última, en que la personal es sólo ejercitable ante el concedente, mientras la real se puede ejercitar frente a cualquier tercero poseedor de la cosa.

Por lo que respecta a los derechos de tanteo y retracto, no otorgan una facultad de adquisición, sino una simple preferencia, de manera que, a diferencia de la opción, su efectividad de estos derechos queda en manos del concedente, quien no puede ser obligado a realizar la enajenación; a lo más, quizá no podrá elegir quién adquirirá el bien.

El tanteo y el retracto no son dos derechos distintos sino dos fases de un mismo derecho, que tienen lugar, respectivamente, antes o después de haberse producido la enajenación. Cuando se habla de tanteo se hace desde dos sentidos diferentes, por una parte, en sentido amplio, como derecho de adquisición preferente comprensivo tanto del tanteo como del retracto, y por otra parte, únicamente como preferencia ejercitable antes de haber tenido lugar la transmisión. Así, aunque el tanteo se constituya con carácter real, en la fase preadquisitiva, es decir, cuando se habla de tanteo en sentido estricto, siempre actuará como un derecho personal.

Desde el punto de vista de la eficacia adquisitiva, el autor mantiene la existencia de un paralelismo entre el tanteo y la opción personal, y el retracto y la opción real. Efectivamente, el ejercicio del tanteo supone una subrogación en el acuerdo transmisivo con el tercero, pero no una adquisición de la propiedad; el ejercicio del tanteo produce los mismos efectos de todo contrato traslativo del dominio: la obligación de pagar el precio y la de entregar la cosa, y sólo cuando ésta se entregue será cuando se adquirirá la propiedad. Por el ejercicio del tanteo, el tanteante no se convierte en propietario, como tampoco lo sería el tercero por llevar a cabo el acuerdo transmisivo con el concedente.

Sin embargo, el retracto ya supone la existencia de un tercer adquirente, al operar cuando ya se ha producido la transmisión. Conforme a su naturaleza real, el retrayente adquirirá de una manera similar a la que tiene lugar en la opción real, a través del ejercicio de un derecho de adquisición, y no por vía contractual. En el retracto no hay subrogación, sino una nueva adquisición, que se produce frente al tercero, de quien el retrayente adquirirá en las mismas condiciones que aquél adquirió.

En último término nos gustaría reseñar algunas cuestiones más concretas sobre las que el autor incide de forma destacable, tales como su crítica des-

aprobación de la regla de la intransmisibilidad natural de los derechos de adquisición de naturaleza real, cuya aplicación, sospecha, será difícil de sostener en relación con la opción real; o la sorpresa que le produce que la LSSDA no haya, aparentemente, tenido en cuenta la regulación que se hace en el Derecho Civil catalán de un derecho voluntario de adquisición con tanta tradición como es el derecho de redimir en la *venda a carta de gracia*, ya que, a su parecer, tal derecho no es sino una opción de recompra; o el meritorio esfuerzo que realiza al presentar, de manera sencilla y comprensible para los prácticos, la difícil convivencia entre estos derechos de adquisición y la institución jurídica catalana de la rescisión por lesión *ultradimidium*.

En esencia, se trata de una interesante y completa obra no sólo por el análisis pormenorizado que realiza de los artículos 19 a 35 LSSDA, intentando aclarar los puntos oscuros que en los mismos puedan existir, sino además por la sólida construcción dogmática que, desde la normativa catalana, traza el autor, esbozando una teoría general de los derechos voluntarios de adquisición a la que puede acudir todo estudioso, jurista o práctico que aplique el Derecho Civil catalán o espere encontrar soluciones fundadas a muchos de los problemas que dichos derechos presentan.

ANA GIMÉNEZ COSTA
Área de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili