

Pero es que, además, no cabe hablar de rectificación del Registro de la Propiedad, en base al artículo 40 de la Ley Hipotecaria, porque precisamente no hay ningún asiento *erróneo* (condición indispensable para cualquier rectificación), simplemente en su momento se *renunció expresamente* a que dichos Estatutos accedieran en el momento de la segregación de las parcelas al Registro. Y quien renunció estaba legitimado para hacerlo, pues era el presentante del título en el Registro.

Según se desprende del texto del Hecho IV, además «en muchos de los títulos de los adquirentes se arrastró el sometimiento a los Estatutos, pero en otros no, por lo que habrá de denegar la inscripción solicitada...» De manera que, como ya hemos indicado, los Estatutos son desconocidos por cierto sector de los afectados.

ADQUISICION PREFERENTE. REQUISITOS PARA SU INSCRIPCION COMO DERECHO REAL.—NO CABE LA INSCRIPCION DE UN DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE CUYO CARACTER REAL NO SE ESTABLECE EXPRESAMENTE NI SE DEDUCE INDISCUTIBLEMENTE DE LOS PACTOS DEL CONTRATO, POR LO QUE SU CONTRAVENCION NO PRODUCIRA MAS EFECTO QUE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS, LO QUE LE PRIVA DE EFICACIA «ERGA OMNES», CARACTERISTICA ESENCIAL DE LOS DERECHOS REALES UNICOS, SALVO PREVISION LEGAL QUE PUEDEN TENER ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. (RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 2001. BOE de 18-4-2001).

RESOLUCION de 6 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 2, don Francisco Borrueal Otín, a inscribir una escritura de elevación a público de contrato de derecho de adquisición preferente, en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Alicia Martínez Villoslada, en nombre de «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 2, don Francisco Borrueal Otín, a inscribir una escritura de elevación a público de contrato de derecho de adquisición preferente, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. Con fecha 11 de diciembre de 1985, «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», suscribió con la entidad «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», un contrato privado, denominado «Contrato de derecho de adquisición preferente», en el que la segunda concedía a la primera un derecho de adquisición preferente sobre una finca urbana. En el citado contrato se establecieron las siguientes cláusulas: Segunda.—El derecho de adquisición preferente pactado en la forma establecida en la estipulación primera mantendrá su posibilidad de ejercicio en cualquier momento en que por parte de «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», se adopte la decisión de vender, por ser ésta la condición a que queda sometido su ejercicio y siempre que «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», siga siendo propie-

taria del resto del edificio. Y ello, en todo caso, y especialmente aun cuando la finca objeto de este contrato fuese arrendada, hipotecada o gravada, en todo o en parte. Tercera.—La concesión del presente derecho de adquisición preferente alcanzará en su cumplimiento y obligatoriedad no sólo a los actuales accionistas de la entidad propietaria de la finca, «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», sino también cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que por cualquier causa o motivo pudieren constituirse como nuevos socios y accionistas de dicha entidad. En consecuencia, la entidad mercantil «C. Valdecantos, Sociedad Anónima» quedará obligada por el presente documento, cualesquiera que sean los titulares de sus acciones en el futuro, que por cualquier título, oneroso o gratuito, o bien *mortis causa*, que pudieran convertirse en accionistas de la actual entidad propietaria de la finca... Séptima.—Queda expresamente convenido por ambas partes el que si por cualquier título, causa o derecho, la finca objeto del presente contrato se convirtiera en «cosa común», es decir, que perteneciera a varios «condueños» o «propietarios comunes», a todos ellos, en junto e individualmente, alcanzará y será de obligado cumplimiento el derecho de adquisición preferente recogido en este contrato.

También se manifiesta en el referido contrato que «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», no tiene inconveniente en conceder a «Prosegur, Compañía de Seguridad, Sociedad Anónima», un derecho de adquisición preferente sobre la finca urbana de su propiedad, habida cuenta que la misma ha comprado las demás plantas o locales del mismo edificio, en virtud de la segregación por escritura otorgada el 11 de diciembre de 1985, ante el Notario de Madrid, don Manuel de la Cámara Alvarez.

En autos de juicio declarativo de menor cuantía 1273/90, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Madrid, a instancia de «Prosegur, Sociedad Anónima», contra «C. Valdecantos, Sociedad Anónima», fue dictada sentencia con fecha 23 de septiembre de 1991, en la que se condenaba a la demandada a elevar a escritura pública el contrato privado referido, la cual fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid.

El 4 de febrero de 1998, mediante escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don M. Alfonso González Delso, se procedió a la elevación a público del contrato privado de derecho de adquisición preferente, interviniendo en sustitución de la demandada el ilustrísimo señor Juez del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Madrid.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número 2, de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Escritura otorgada ante el Notario, don M. Alfonso Delso, el 4 de febrero de 1998, número 520 de protocolo, presentada bajo el asiento 529 del diario 72. Notificada calificación desfavorable, fue retirada el 13 de marzo. Devuelto hoy, 29 de abril, y prorrogado el asiento conforme el artículo 97 del Reglamento Hipotecario, se solicita nota de calificación al pie del título. Denegada la inscripción del precedente documento porque para que los derechos de preferente adquisición cerrados por vía convencional puedan tener acceso al Registro, es necesario que tengan las características de derecho real, pues si no, aun estando inscritos, podrían ser cancelados de acuerdo con lo determinado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de septiembre de 1974. Y para que tenga el carácter de derecho real ha de contener los requisitos que se deducen de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de enero de 1927 y 20 de

septiembre de 1966. Y en el presente caso no se dan esos requisitos, pues la duración es indefinida y no pueden crearse vinculaciones ni prohibiciones de disponer. Este derecho no podría ejercitarse más que en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil. Y que siempre que la finca fuese enajenada sin el permiso correspondiente pudiera el titular del derecho de preferente adquisición ejercitar su derecho contra el adquirente subrogándose en su lugar. Dado el carácter insubsanable del defecto, no procede tomar anotación preventiva. Contra esta nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de cuatro meses, en los términos establecidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, y 112 y siguientes de su Reglamento. Madrid, 29 de abril de 1998.—El Registrador. Francisco Borrueal Otín».

III. La Procuradora de los Tribunales, doña Alicia Martínez Villoslada, en representación de «Prosegur, Compañía de Seguros, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: I: Que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, así como sus concordantes del Reglamento Hipotecario (arts. 7 y sigs.) y demás legislación española, siguen en materia de derechos reales inscribibles un sistema de *numerus apertus*. Que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sigue la teoría del *numerus apertus*, no obstante, restringir la creación de los mismos, limitando la facultad de constituir cualquier relación jurídica civil. 3.º Que el derecho de adquisición preferente citado contiene todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Resolución de 20 de septiembre de 1966, para que se reconozca su naturaleza real y su acceso al Registro de la Propiedad.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria, y 7 y 9 de su Reglamento, así como las Resoluciones de este Centro Directivo de 4 de enero de 1927, 20 de septiembre de 1966 y 19 de septiembre de 1974.

1. El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si es inscribible un derecho de adquisición preferente, similar al tanteo, cuando en el documento privado, que después se elevó a público por sentencia, no se dice que tenga carácter real, ni se establece que será inscribible, ni se expresan las consecuencias del acto para el caso de que se realice la venta contraviniendo la notificación pactada.

2. Es indudable que, en un sistema como el español, en que se establece el *numerus apertus*, de los derechos reales, una de las cuestiones más difíciles de resolver, en el caso de un derecho atípico, o que puede configurarse indistintamente como real o personal, como el que se contempla en el presente supuesto, es la de determinar el carácter del derecho convenido.

3. Estableciéndose un derecho de tanteo convencional o análogo al mismo, 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, 1.462.2 y 1.464 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. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el

derecho así configurado carecerá de eficacia *erga omnes*, que es una característica esencial del derecho real.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el Auto Presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 6 de marzo de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

La Resolución objeto de análisis trae a colación un conjunto de problemas clásicos, examinados por la doctrina científica y jurisprudencial, sin olvidarnos de la interesante jurisprudencia registral creada al respecto. La doctrina que se deduce de la presente Resolución no se aparta de la línea mantenida por dicha jurisprudencia y se centra en que *«para que un derecho de tanteo convencional 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. Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia “erga omnes”, que es una característica esencial del derecho real»*.

Así pues, de la presente Resolución consideramos que son objeto de interesante y justificado análisis, los siguientes puntos:

I. Naturaleza del derecho de adquisición preferente o tanteo convencional. Carácter obligacional o real del mismo.

II. Relación entre la configuración real del derecho de tanteo convencional y el sistema de *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento jurídico.

III. Inscripción de los derechos reales.

En relación con el primero de los puntos a analizar cabe recordar que por virtud de los derechos de tanteo y retracto se confiere a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla (tanteo: comprar por el tanto), o cuando la enajena, efectivamente, a un tercero (retracto). Así pues, el derecho de tanteo consiste en una simple facultad de adquisición, que determina la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica.

Ocurre, sin embargo, que el titular de estos derechos puede hacerlos efectivos no sólo contra la persona a quien el propietario ha enajenado la cosa, sino también frente a los sucesivos adquirentes de la misma, es decir, como afirma el Código Civil, «contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador» (art. 1.510 del Código Civil). Precisamente en esta eficacia frente a

terceros del derecho de adquisición se ha fundado un sector de la doctrina para atribuir a esta figura el carácter de derecho real.

A juicio de Díez PICAZO (1) los derechos de tanteo y retracto son derechos de adquisición con un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero ello no hace posible la calificación de estos derechos como derechos reales, por cuanto en ningún caso confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial más reciente, cabe señalar lo establecido en la sentencia de 3 de marzo de 1995 (2), que mantiene la siguiente doctrina: «...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 y una serie de características, como la de inmediatividad física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc..., que le invisten de una eficacia *erga omnes*».

Por lo que respecta al segundo y al tercero de los puntos que hemos creído conveniente examinar, esto es, la relación entre la configuración real del derecho de tanteo convencional, su inscripción, y el sistema de *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento jurídico, debemos recordar que se entiende por *derecho real* el derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole un poder directo e inmediato sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación con los terceros, entendiéndose por terceros a los posibles adquirentes de la cosa y a las demás personas que se encuentren en relación con ella.

El principio de *autonomía privada* domina el Derecho privado patrimonial, ejemplo de ello es la posibilidad de constitución del derecho de tanteo convencional, derecho atípico pero posible al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, como nos lo recuerda la jurisprudencia (3). En el sistema de *numerus apertus* de derechos reales, se entiende que los particulares pueden crear

(1) (Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tecnos, 1986, Madrid, pág. 73).

(2) Sentencia de 3 de marzo de 1995. *Hechos*: En escritura de donación se convirtieron unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios, para el caso de enajenación de la cuota o finca adjudicada.

Doctrina de la Sentencia: «...El supuesto de autos constituye una simple convención con efectos obligacionales a la que le falta, por lo menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de los derechos de tanteo y retracto convenidos, como exigió la RDGRN de 27 de marzo de 1947. Al adquirente en la subasta judicial no puede afectarle un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional, máxime ante un acto de enajenación forzosa como es la vía de apremio. Técnicamente el pacto analizado no constituye una prohibición de disponer o enajenar a que se refieren los artículos 26.3.º LH y 785.2.º, sino la constitución de dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo o retracto, evitar que salgan los bienes del patrimonio familiar».

(3) Sentencia de 20 de julio de 1998: *Hechos*: Contrato de compraventa de participaciones indivisas de un inmueble con pacto de derecho de tanteo a favor de los copropietarios.

Doctrina de la Sentencia: «No nos hallamos ante un derecho de retracto legal regulado en los artículos 1.521 y siguientes del Código Civil, sino ante un derecho de tanteo convencionalmente establecido que, si bien no se halla regulado en nuestro Derecho positivo, es admitido por la doctrina y la jurisprudencia al amparo del principio de la autonomía de la voluntad sancionado por el artículo 1.255 del Código Civil, debiendo estarse, en cuanto a su titularidad y ejercicio, a lo pactado».

derechos reales distintos de los establecidos o tipificados por la ley. De esta manera la libertad individual goza de la misma autonomía en materia de derechos reales que en materia de derechos de crédito o de obligación. Sistema admitido en nuestro ordenamiento, como es sabido, en base al artículo 2.2 LH y sobre todo del artículo 7 RH (4).

El tema objeto de debate ha sido muy estudiado científicamente, pues se trata de dilucidar si el negocio jurídico nacido como consecuencia de la autonomía privada posee o no trascendencia real. Y lo interesante nos lleva al tema que hemos propuesto en tercer lugar, esto es, si es posible la inscribibilidad de los pactos o cláusulas en el Registro de la Propiedad cuando afectan a bienes inmuebles, pues, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario ordena la inscripción de los actos y contratos de trascendencia real, mientras que el artículo 9 declara que no son inscribibles «La obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales» (5).

Como se pone de manifiesto en la propia Resolución que estamos analizando, el punto de tensión se encuentra precisamente en que el negocio o contrato de tanteo pactado limitan o modifican las facultades que *prima facie* parecen inherentes al derecho del dominio, pues implica una limitación de la

(4) Resulta interesante exponer en este momento la doctrina mantenida por la Resolución de 19 de septiembre de 1974, sobre la que más adelante volveremos y cuyo supuesto de hecho se centra en el otorgamiento de la escritura de venta de una finca, sin justificar las notificaciones al titular de un derecho de tanteo y retracto que figuran en la inscripción de la misma.

Dicha Resolución mantiene que «*como reiteradamente tiene declarado este Centro Directivo, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse en consecuencia todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los Registradores de la Propiedad —ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción— es la de velar el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real...*» «*Considerando que el criterio de numerus apertus en materia de derechos reales que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 LH o que quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal*».

(5) Conectado con este problema, se halla el de la *cancelación registral*, cuando por una u otra razón tales derechos *aparezcan inscritos* en el Registro o hayan tenido acceso a él. Aunque este hecho no se produce en la resolución objeto de comentario.

Supuesto análogo —de inscripción previa del derecho de tanteo— es el que se mantiene en las Resoluciones de 19 de septiembre de 1974 y 20 de septiembre de 1966, cuya doctrina registral se concreta en que «*si aparece inscrito un tanteo y se presenta escritura de enajenación a favor de persona distinta del favorecido por él, ha de proceder a la inscripción de la escritura, conforme al artículo 355 RH*».

facultad dispositiva del otorgante. La cuestión se centra en que este pacto puede ser concebido tanto como un gravamen de la propiedad, pues produce una privación del contenido normal del derecho de propiedad, y que además provoca que el gravamen tiene que ser soportado por los terceros adquirentes, en cuanto que a ellos pasa la propiedad ya amputada o recortada. Pero por otro lado pueden entenderse como puras obligaciones que comportan únicamente una prestación, del propietario en orden al futuro ejercicio de su derecho de propiedad, que en cuanto tal derecho no queda disminuido.

El tanteo convencional puede dar origen a una doble construcción teórica como es la de que concede puros efectos *inter partes*, sometiendo el derecho a reclamar la venta a las reglas generales de las obligaciones y contratos, y, la que los concibe como creadores de un estado jurídico con trascendencia real o de un gravamen, que se impone tanto a las partes estipulantes como a los terceros adquirentes y subadquirentes del bien. Recordemos que las propias cláusulas del contrato textualmente señalan que: «...que mantendrá su posibilidad de ejercicio en cualquier momento en que por parte de la otorgante del derecho se adopte la decisión de vender, y siempre que la Compañía de Seguridad, Prosegur, S.A., siga siendo propietaria del resto del edificio. Y ello, en todo caso, y especialmente aún cuando la finca objeto de este contrato fuese arrendada, hipotecada o gravada, en todo o en parte». También se estipuló que «...la concesión del presente derecho de adquisición preferente alcanzará en su cumplimiento y obligatoriedad no sólo a los actuales accionistas de la entidad propietaria de la finca, sino también cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que por cualquier causa o motivo pudieren constituirse como nuevos socios o accionistas de dicha entidad...»

En cierto modo, la Resolución a examinar establece claramente los límites del poder de creación individual en materia de derechos reales. Y ello porque el artículo 7 del Reglamento Hipotecario señala como límite de la libertad constitutiva de derechos reales, que *el derecho en cuestión afecte a las facultades del dominio* o a las inherentes a otros derechos reales limitados. Precepto en el que precisamente se ampara la parte recurrente como establecedor del *numerus apertus* de derechos reales, pero que se utiliza en su contra porque nada afecta más a las facultades del dominio que el otorgar una duración indefinida al derecho de preferente adquisición —ya que no se establece un plazo fijo o indubitado de ejercicio del derecho— y que se establece no sólo como una obligación *inter partes*, sino sobre terceros que pudieran surgir en el futuro, lo que crearía una vinculación y una prohibición de disponer del dominio. Y así lo pormenoriza el Registrador en su informe (6).

(6) Recordemos que el Registrador deniega la inscripción alegando en su nota que «para que los derechos de preferente adquisición, cerrados por vía convencional, puedan tener acceso al Registro, es necesario que tengan las características de derecho real, pues si no, aun estando inscritos, podrían ser cancelados de acuerdo con lo determinado en la Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 1974. Y para que tenga el carácter de derecho real ha de contener los requisitos que se deducen de la Resolución de la DGRN de 4 de enero de 1927 y 20 de septiembre de 1966. Y en el presente caso no se dan esos requisitos, pues la duración es indefinida y no pueden crearse vinculaciones ni prohibiciones de disponer. Este derecho no podría ejercitarse más que en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil. Y que siempre que la finca fuese enajenada sin el permiso correspondiente pudiera el titular del derecho de adquisición preferente ejercitar su derecho contra el adquirente subrogándose en su lugar».

Pero es que, además, el Registrador va más allá y señala que para que el derecho de tanteo pactado pudiera reunir los caracteres de derecho real no deberían concurrir «el quinto considerando de la Resolución de 4 de enero de 1927 (7), y lo que debe concurrir es el último considerando de la Resolución de 20 de septiembre de 1966» (8).

Así pues, el derecho de tanteo objeto de la discusión, no se ha configurado como un derecho real, puesto que en el contrato donde se pactó no se le otorgó a la Compañía Prosegur un derecho con caracteres de immediatividad ni de absolutividad, sino que en ningún momento los propios otorgantes ni del propio convenio se desprende la concesión de la facultad *erga omnes*, sino la existencia de un simple derecho de crédito, tampoco el precio se fija de antemano, ni se estipula que el mismo quede determinado por terceras personas en el momento de la transmisión, ni se concede un plazo determinado y breve sino al contrario, su duración es indefinida, y, por último, se pacta su ejercicio no sólo para la primera transmisión sino que opuestamente se crea en realidad una obligación análoga (salvando las distancias) a una vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida.

(7) Fundamento que textualmente señala que «considerando que contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia, como el que se reconoce en el auto recurrido, militan gravísimas razones que imponen igualmente una interpretación restrictiva, como son: primero, el silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal preemptio; segundo, la duración indefinida que se le atribuye; tercero, los vínculos que impondría la propiedad frenando las mejoras y estimulando al abandono de las fincas, ya que el precio de venta no se fija en el mercado libre como en el tanteo, sino de una vez para siempre; cuarto, las dificultades que su desenvolvimiento judicial y extrajudicial presentaría, por la indeterminación de los plazos en que haya de hacerse la oferta, y de los efectos de las ventas realizadas sin aviso; quinto, el no responder la figura creada al criterio legal de reconstitución de la propiedad desmembrada o de parcelación agronómica, ni a la finalidad de evitar indivisiones o situaciones anormales de la propiedad, y, en fin, porque en la escritura calificada no se transfiere el pleno dominio de la casa, sino la nuda propiedad, con lo cual se plantea un nuevo problema de extensión de la aludida prohibición...»

(8) Donde se establece que «considerando que, en el caso discutido, aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real —similar a otras ya admitidas por nuestra legislación (art. 16, apartados 8 y 9 del Reglamento de Arrendamientos Urbanos; arts. 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; arts. 3 y 4 de la Ley de 15 de julio de 1954, etc...) y por la jurisprudencia —ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación del tanteo al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto a que: a) existe convenio en el que se concede al titular la facultad *erga omnes* de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito; b) el precio no queda fijado de antemano, sino que, con las garantías necesarias, se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión procedimiento similar al regulado en el artículo 1.447 del Código Civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; c) se concede un plazo determinado y breve —30 días— para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; d) este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida, y e) se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho».

Por otro lado, hemos visto cómo en resoluciones anteriores, que han creado lo que podríamos calificar de «jurisprudencia registral» —con la reserva que ello supone—, en las que se basa precisamente esta Resolución, se parte de la necesidad de mantener esta limitación cuando se niega el efecto real o la trascendencia real y la inscribibilidad en el Registro a determinadas figuras entre las que se encuentra el tanteo convencional. Se han utilizado ideas limitativas, de cualquier orden, a fin de negar el acceso registral.

Así, por ejemplo, se han utilizado criterios de política económica, amparables bajo la generalidad del concepto de orden público, entendiendo éste como orden público económico para denegar efectos reales a determinadas disposiciones negociales. En la propia Resolución de 4 de enero de 1927, cuya doctrina se centra en que «el tanteo voluntario no es inscribible cualquiera que sea el título de su constitución —*inter vivos* o *mortis causa*— por no tener trascendencia real», se tomó como idea clave, limitativa del acceso al Registro del derecho de adquisición preferente, la idea de libertad de la propiedad o la de impedir su amortización. Se mantuvo en ella que había clarísimas razones, como eran: los vínculos que con ello se impondría a la propiedad, frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas; y el que el precio de venta no se fijaba en el mercado libre como en el tanteo, sino de una vez para siempre.

No obstante en la práctica el problema tiene otra dirección, y es que generalmente las partes se limitan a manifestar sus aspiraciones o propósitos y a darles cauce, sin puntualizar si los efectos que quieren o que buscan han de ser o no reales. Esto implica que realmente nos hallamos ante un problema de interpretación del contrato y, concretamente, de una *interpretación integradora*. La doctrina jurisprudencial se halla en la línea de que la interpretación ha de ser restrictiva en orden a los efectos reales y favorecedora de los efectos puramente personales y obligatorios (9).

Y aquí es donde debemos encuadrar la doctrina de la presente resolución, pues establece que no hay duda de que el derecho que se pretende inscribir no es realmente un derecho real, y no lo es por que no sólo no se establece en ningún momento por las partes, ni se induce de ninguno de los pactos del

(9) En esta línea de negar los efectos reales al derecho de tanteo convencional se encuentran las Resoluciones de 29 de octubre de 1946 y 19 de septiembre de 1974, cuya doctrina se basa en que «aunque no son inscribibles son anotables sus demandas»; sin olvidarnos de la Resolución de 20 de abril de 1966, que mantiene la posición contraria aludida en el texto de que «es inscribible la escritura que los contiene cuando se configuran como derecho de adquisición *erga omnes*».

La Resolución de 27 de marzo de 1947 afirmó que «los asientos registrales no alteran la naturaleza de los derechos que se inscriben. Y que si bien es cierto que deben acceder al Registro las modalidades o condicionamientos de la relación jurídica inscrita. Estas modalidades deben tener pleno acceso al Registro cuando revistan trascendencia real, y aunque no es posible desconocer las dificultades que entraña en un sistema contrario al *numerus clausus* de los derechos reales, el criterio de la selección para separar lo relativo al derecho obligacional de lo que pertenece al derecho de cosas, es indudable que la nueva Ley Hipotecaria reafirma el tradicional criterio de exclusión del ámbito registral de los derechos personales y dicha importante misión queda al arbitrio del Registrador. La legislación y la jurisprudencia moderna son cada vez más opuestas a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder efectos reales a los pactos que no pueden desenvolverse sino en el campo propio del derecho obligacional ni provocar otros efectos civiles que los contractuales entre los interesados».

contrato (interpretación integradora aludida), sino que además se establece como efecto directo de la contravención de lo pactado: únicamente la indemnización de daños y perjuicios, por lo que no hay duda de que el derecho así configurado, carece de eficacia *erga omnes*, pues simplemente las partes con claridad establecen un efecto puramente obligacional como es el del resarcimiento indemnizatorio.

Por último, y para terminar, debemos recordar la existencia de la doctrina jurisprudencial, que siguiendo los principios hipotecarios se basa en la necesidad de la plena determinación objetiva del derecho real (o principio de especialidad), a fin de que las situaciones jurídico-reales tengan acceso al Registro.

En resumen, si bien la autonomía privada es capaz de crear derechos reales atípicos, es cierto, y así lo demuestra esta Resolución, que no basta para ello la simple voluntad, sino que se configuren por los otorgantes como derechos reales, aunque también es imprescindible que además se tengan en cuenta *otros factores* que cabría calificar de control social, establecidos legalmente, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad.

I. I. M.

PROPIEDAD HORIZONTAL. MODIFICACION DE TITULO CONSTITUTIVO. UNANIMIDAD REQUERIDA.—PLANTEA LA RESOLUCION, SIN PODER RESOLVERLO POR NO HABER SIDO MATERIA DEL RECURSO, SI LA MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO DEL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, CONSISTENTE EN LA ALTERACION DE LAS CUOTAS, TIENE EL CARACTER DE ACTO QUE AFECTA AL CONTENIDO DEL DERECHO DE DOMINIO Y EXIGE EL CONSENTIMIENTO INDIVIDUALIZADO EN DOCUMENTO PUBLICO DE LOS PROPIETARIOS Y TITULARES REGISTRALES DE CADA DEPARTAMENTO O, POR EL CONTRARIO, PUEDE SER CONSIDERADO ACTO COLECTIVO OBJETO DE UN ACUERDO DE COMUNIDAD ADOPTADO POR UNANIMIDAD Y EJECUTADO POR EL ORGANO REPRESENTATIVO DE AQUELLA, BASTANDO CON QUE SE ACREDITE LA VALIDEZ DEL ACUERDO, PERO NO LAS EXIGENCIAS DEL TRACTO SUCESIVO REGISTRAL. CON LA CERTIFICACION PRESENTADA, DE LA QUE RESULTA UNICAMENTE QUE LA JUNTA GENERAL ADOPTO EL ACUERDO DE MODIFICACION POR UNANIMIDAD, NO PUEDE SABERSE SI LA UNANIMIDAD PRODUCIDA FUE LA DE LOS ASISTENTES O LA DE TODOS LOS PROPIETARIOS, LO QUE SERIA NECESARIO PARA CALIFICAR LA POSIBILIDAD DE INSCRIPCION, SI SE OPTA POR LA CONSIDERACION DE LA MODIFICACION COMO ACTO COLECTIVO EN LOS TERMINOS EXPRESADOS. (RESOLUCIÓN DE 23 DE MAYO DE 2001. BOE DE 28-6-2001).

RESOLUCION de 23 de mayo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Comunidad de Propietarios del edificio de la calle Pico Agujas, número 3, de León, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 1, don Eugenio Rodríguez Cepeda, a inscribir una escritura de modificación de precepto estatutario, en virtud de apelación del señor Registrador.