

Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil¹

The preferential rights in the acquisition of property voluntarily created: a proposal for a systematic regulation in the Civil Code

por

M.^a DOLORES MAS BADÍA
Profesora titular de Derecho civil
Universitat de València

RESUMEN: El presente estudio analiza la regulación correspondiente a los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, integrada en el título XI del libro III de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. En la Propuesta se asume el reto de ofrecer una regulación sistemática, coherente y que dé respuesta a los problemas que plantea en la práctica una categoría de derechos que carece de ella en el Código civil y que es objeto de viva polémica doctrinal sobre no pocas cuestiones. Parte de la convicción, basada en circunstancias objetivamente constatables, de que los derechos de adquisición mantienen su vitalidad y desempeñan en la actualidad una función importante en el tráfico jurídico.

ABSTRACT: *This paper studies the regulation of the preferential rights in the acquisition of property voluntarily created included in Book III, Title III, of the Proposal of Civil Code produced by the Association of Civil Law Professors. The Proposal accepts the challenge to provide a systematic, coherent and effective regulation for a category of rights where currently none exists in the Civil Code. That category of rights is highly polemic. The Proposal starts from the belief, based in objectively-identified circumstances, that these rights retain their vitality, having an important role for legal transactions today.*

PALABRAS CLAVE: Derechos reales de adquisición. Propuesta de Código civil. Tanteo. Retracto. Opción.

KEY WORDS: *Preferential rights in the acquisition of property. Proposal of Civil Code. First-refusal right. Purchase option.*

SUMARIO: I. REFLEXIONES PRELIMINARES: 1. ORIGEN DE LA INICIATIVA Y PREMISAS SOBRE LAS QUE DEBÍA CONSTRUIRSE. 2. VITALIDAD DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN EN EL TRÁFICO JURÍDICO. 3. ESTRUCTURA DEL TÍTULO XI DEL LIBRO III Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: A) *Estructura del título XI del libro III de la Propuesta de Código civil.* B) *Algunas precisiones terminológicas.*—II. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA PARA GOZAR DE NATURALEZA REAL.—III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS: 1. LA ARTICULACIÓN DEL TANTEO Y EL RETRACTO. EL PUNTO DE INFLEXIÓN ENTRE AMBOS. 2. PLAZO DE DURACIÓN Y PLAZO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA: A) *Plazo de duración.* B) *Plazo de ejercicio y caducidad.* 3. REEMBOLSOS Y DEBER DE CONSIGNACIÓN: A) *Reembolsos a satisfacer por el retrayente.* B) *Deber de consignación.* 4. ACTOS O NEGOCIOS QUE FACULTAN PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA. 5. COLISIÓN ENTRE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE DISTINTO TIPO.—IV. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN DIRECTA. DERECHO DE OPCIÓN Y DERECHO DE READQUISICIÓN: 1. EL DERECHO DE OPCIÓN: A) *Concepto, naturaleza y constitución.* B) *Duración.* C) *Ejercicio.* D) *Transmisibilidad del bien y del derecho de opción.* E) *Preferencia sobre las cargas posteriores.* F) *Conservación del bien, gastos, frutos, mejoras y accesiones.* G) *Cancelación de la inscripción del derecho de opción caducado.* 2. EL DERECHO DE READQUISICIÓN: A) *Ideas introductorias.* B) *Duración.* C) *Oponibilidad.* D) *Frutos.* E) *Derecho de*

readquisición y comunidad de bienes.—V. CONCLUSIÓN GENERAL.
—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. REFLEXIONES PRELIMINARES

1. ORIGEN DE LA INICIATIVA Y PREMISAS SOBRE LAS QUE DEBÍA CONSTRUIRSE

La Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, APDC) puso en marcha, en septiembre de 2014, una ambiciosa iniciativa: la elaboración de una propuesta académica de Código civil que diera un impulso a la necesaria modernización de este Cuerpo legislativo en el siglo XXI. La labor se desarrolló por etapas. Tras varios años de trabajo, en 2018, se publicó la Propuesta de Código civil completa (en adelante, PCC)². A partir de ahí se abrió un periodo de reflexión sobre algunas materias especialmente complejas o novedosas, orientada a partir de una serie de seminarios organizados de forma periódica en colaboración con la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario³.

El presente estudio analiza, en profundidad, la regulación correspondiente a los derechos de adquisición de constitución voluntaria, integrada en el título XI («De los derechos de adquisición») del libro III («De los bienes»), de la que fui ponente⁴.

La Propuesta de Código civil debía responder a unas características que en su momento estableció la Junta Directiva de la APDC. En concreto, «no tendría pretensiones de cambio en lo sustancial, limitándose a recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de todas las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiera amplio consenso»⁵. La primera dificultad que surgió al diseñar el bloque referido a los derechos reales de adquisición, fue el punto de partida, que convertía en un reto imposible cumplir con esta directriz. Digo esto a la vista:

1.º En primer lugar, de la regulación parcial y selectiva de la categoría de los derechos de adquisición en el Código civil⁶.

2.º De su cuestionable ubicación sistemática en sede de compraventa, (cap. VI «De la resolución de la compraventa», tit. IV, lib. IV)⁷, —ubicación que ha sido criticada por su escaso valor racional y su nula utilidad práctica⁸—.

3.º De la inexistencia de unidad de criterio en la doctrina y la falta de claridad de la jurisprudencia en cuestiones básicas. Así: La propia naturaleza jurídico-real de estos derechos⁹, que se cuestiona por no pocos autores con base, fundamentalmente, en la pretendida falta de poder inmediato y directo

sobre la cosa. Los efectos que produce su ejercicio (conocidos son los ríos de tinta que ha hecho correr el término «subrogarse» del art. 1521 CC, en especial al intentar conciliarlo con la «resolución» a que se refiere la regla del art. 1506 CC y la propia rúbrica del cap. VI, tit. IV, lib. IV CC)¹⁰. La discusión sobre los tipos a incluir en la categoría, con especial polémica sobre el derecho de opción o, en general, sobre los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, en los que se centra el presente estudio. O el debate sobre cuestiones concretas relativas a su estructura y función.

A partir de esta compleja realidad, el objetivo era ofrecer una regulación sistemática, coherente y que diera respuesta a los problemas que plantea en la práctica una categoría de derechos que carece de ella en el Código civil. Por lo que respecta a los derechos de adquisición de origen voluntario, se trataba de pasar, en gran medida, de la atipicidad a la tipicidad.

2. VITALIDAD DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN EN EL TRÁFICO JURÍDICO

Hubo una premisa básica que orientó la labor. La convicción, basada en circunstancias objetivamente constatables, de que los derechos de adquisición mantienen su vitalidad y desempeñan en la actualidad una función importante en el tráfico jurídico. Si esto no fuera así no tendría sentido regularlos por mucho que se teorizara acerca de la pretendida virtud de la categoría. El Derecho, como tantas veces se ha dicho, es para la vida. Las necesidades que la vida impone constituyen el fulcro sobre el que apoyar cualquier regulación que se pretenda viable.

Cuando digo que cumplen una función en el tráfico jurídico no me refiero solo a los retractos legales. Estos siguen utilizándose en la práctica y plantean problemas que llegan a los Tribunales.

Como muestra, algunas sentencias de las muchas que podrían citarse. Dos, extraídas del ámbito de los arrendamientos urbanos: la importante STS, Sala Civil, de 14 de enero de 2014 (*RJ* 2015, 353), que precisa cuándo se entiende adquirida la propiedad del bien por el retrayente; o la STS, Sala Civil, de 21 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5648), que establece la legitimación del arrendatario de un local de negocio para ejercer el retracto pese a que el inmueble se encontraba subarrendado. La tercera, es la STS, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4622), relativa al retracto de colindantes regulado en el artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias (en adelante, LMEA —por cierto, son numerosos los pronunciamientos relativos a este tipo de retracto—), en la que la cuestión litigiosa afectaba al cómputo del plazo para ejercitar el derecho de adquisición preferente. O, dentro de la jurisprudencia menor, la SAP de Burgos (Sección 2.^a) de 4 de diciembre de 2018 (*JUR* 2019, 36756),

sobre dación de pago encubierta bajo la apariencia de donación, en que se afirma el derecho del colindante a retraer con base en el artículo 27 LMEA, discutiéndose acerca del carácter rústico o urbano de la finca retraída y sobre el precio a pagar (se concluye que lo era el de mercado, muy superior al valor declarado en la escritura de donación, tal y como se acreditó por medio de informes periciales). La SAP de Burgos (Sección 2.^a) de 5 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 226984), en que se cuestionaba si el propietario de finca colindante destinada a mera cobertura vegetal, con recogida de hierba para pasto, sin necesidad de cultivo, cumplía los requisitos del artículo 27 LMEA. La SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 29 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 220704), en que se rechaza el retracto arrendaticio rústico por no haber acreditado la arrendataria su condición de agricultora profesional. La SAP de Badajoz (Sección 3.^a), de 12 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 957) en que se debatía la preferencia entre distintos tipos de retractos legales —cuestión esta que no resuelve con carácter general el Código civil y a la que ha intentado atender la PCC—. O la SAP de Málaga (Sección 4.^a) de 21 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 167056), sobre la determinación del «*dies a quo*» en el cómputo del plazo para ejercitar el retracto de comuneros sobre la cuota del 50% de una vivienda subastada, en procedimiento administrativo, por la AEAT, considerando que el plazo del artículo 1524 del Código civil debía computarse, en el caso de autos, desde la celebración de la subasta administrativa, y no a partir del momento en que la Agencia Tributaria comunicó la adjudicación y los datos esenciales. Y así podría componerse, sin demasiado esfuerzo, una larga lista de ejemplos.

Además, cobran nueva vida los derechos de adquisición en favor de la Administración Pública como instrumento, entre otras, de la política de vivienda. Hace cuatro años la STC, Pleno, 154/2015, de 9 de julio de 2015 (ECLI:ES:TC:2015:154) se pronunció acerca de los derechos de adquisición preferente sobre viviendas protegidas reconocidos en favor de la Junta de Andalucía por Ley 13/2005, de 11 de noviembre. Recientemente, la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat valenciana¹¹ ha dado una nueva redacción a los artículos 51, 52 y 53 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunitat Valenciana, en virtud de la cual se amplían notablemente las posibilidades de ejercicio de los derechos de adquisición preferente que ostenta la Generalitat en relación con la transmisión de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. La interpretación de esta nueva normativa está provocando verdaderos quebraderos de cabeza a los prácticos del Derecho. En esta y otras esferas, como la política de medio ambiente, los derechos de adquisición reconocidos a favor de la Administración Pública se configuran como un mecanismo de tutela de los intereses generales. Otra cosa es que su eficacia práctica dependa de la

necesaria disponibilidad presupuestaria, pues la Administración, como es lógico, no está exenta de pagar el precio del bien si desea adquirirlo.

Pero no solo los derechos de adquisición preferente de origen legal mantienen su vigor. También queda de manifiesto en la realidad la vitalidad de los derechos de adquisición de origen voluntario especialmente en determinados ámbitos (sucesión en la empresa familiar, inclusión en los estatutos sociales de cláusulas que limitan la libre transmisibilidad de las acciones concediendo derecho de adquisición preferente a los socios, etc.). De nuevo, son testimonio de ella y de la conflictividad de estos derechos el constante goteo, sobre todo, de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN).

Así, p.e., la RDGRN de 10 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2381), que valoró si procedía la inscripción de la estipulación de una escritura por la que se formalizó la transmisión de dos fincas en pago de deuda, en la que se constituían sendos derechos de tanteo y retracto (de origen, pues, convencional). O la RDGRN de 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 2981), sobre derechos de adquisición de constitución voluntaria en la que se niega que los del caso concreto tengan naturaleza real por no cumplirse los requisitos necesarios para ello, admitiendo, como sucede en numerosas resoluciones, que, de haberse satisfecho los mismos, la solución hubiera sido la contraria¹². Y muchas otras, a algunas de las cuales me referiré a lo largo de este trabajo.

Es más, la propia DGRN ha puesto de relieve, de forma insistente, cómo el de los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria es uno de los campos abonados —junto con algunas situaciones que se dan en el ámbito de la propiedad horizontal y la variada gama de las servidumbres reales y personales— para la posible constitución, en la actualidad, de derechos reales limitados con base en la autonomía privada a partir del «*numerus apertus*» en la creación de derechos reales cumplidos ciertos requisitos. Así, entre otras, las RRDGRN de 4 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 2776), la ya citada de 10 abril 2014 (*RJ* 2014, 2381), o, entre las últimas, la de 8 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4858) y la de 26 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1989).

En otro orden de cosas, es innegable el uso frecuente del derecho de opción (derecho de adquisición directa) en el ámbito de la construcción inmobiliaria o vinculado a algunas relaciones jurídicas como la arrendaticia.

Ante este panorama, la Propuesta de Código civil opta por ofrecer una ordenación general y sistemática de los derechos reales de adquisición.

Respecto de los derechos de adquisición preferente de origen legal, se ha procedido a una actualización de la regulación, teniendo muy en cuenta los desarrollos jurisprudenciales. Han sido estos los que han dado la pista de los problemas reales y se han incorporado soluciones que se encontraban ya aquilatas. Cuando es la ley la que atribuye derechos de adquisición,

el propio ordenamiento jurídico, al tipificarlos, reconoce la legitimidad de su función y la protege. Estos derechos han pasado un test de legitimidad certificado por la tipificación. Este test, desde luego, no es inamovible: la evolución de la realidad social, nuevos valores, nuevas convicciones o nuevas necesidades podrían hacer que ese resultado, con el tiempo, variara. O, dicho de otro modo, que evolucionaran las orientaciones de política legislativa a las que aquellos responden. Téngase en cuenta que los derechos de adquisición que establece de modo directo la ley, siempre yuxtaponen al interés del titular un determinado interés social o general y el paso del tiempo, como digo, puede influir en las convicciones acerca del interés común. Sin embargo, lo cierto es que esta misma realidad muestra hoy la vigencia de muchos de los derechos legales de adquisición preferente tradicionales¹³ y la aparición de otros nuevos, lo que avala la conveniencia de mantener su regulación, aunque actualizada, intentando, por otra parte, integrarlos en un conjunto normativo que permita hablar de una teoría general de la categoría.

Pero los derechos de adquisición de origen voluntario —que centran la atención en este estudio— son harina de otro costal. Estos no se actualizan en la Propuesta, sino que se tipifican, en gran medida, «*ex novo*».

La primera pregunta que había que contestar, la que nos daba el primero de los mimbres con los que construir la Propuesta respecto de los derechos de adquisición de constitución voluntaria, era la siguiente: ¿Es conveniente tipificarlos como derechos reales? ¿Por qué no dejarlos a la fuerza creativa de la autonomía privada conjugada con las reglas de la publicidad registral inmobiliaria o de la posesión de buena fe de bienes muebles, que ya ofrece el sistema, para resolver el problema básico de su oponibilidad frente a terceros?

No puede decirse ciertamente que en defecto de esta tipificación no pudieran constituirse voluntariamente derechos de adquisición con trascendencia real. Partiendo de un sistema de «*numerus apertus*» en la creación de derechos reales hay que admitir la posibilidad, no solo en el plano lógico sino también efectivo, de que los particulares constituyan estos derechos limitativos del poder de libre disposición del propietario, y que lo puedan hacer bien ciñéndolos al campo de lo puramente obligacional bien dotándolos de naturaleza real, cumplidos ciertos requisitos.

Existe una nutrida doctrina de la DGRN que valora los negocios en que se crean este tipo de derechos a efectos de su inscribibilidad y declara su naturaleza real satisfechas determinadas exigencias. Así lo ha reconocido igualmente el Tribunal Supremo en diversas sentencias.

La doctrina de la DGRN sufrió un punto de inflexión en esta materia con la RDGRN de 20 de septiembre de 1966 (*RJ* 1966, 4020)¹⁴. En ella se admitió la inscripción de sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente, constituidos por pacto, para el caso de transmisión de ciertas

parcelas por título oneroso en el que no medie dinero, o por donación, herencia o legado¹⁵. A partir de entonces, la Dirección ha avalado en numerosos pronunciamientos la constitución voluntaria de derechos de adquisición preferente con naturaleza real y no meramente personal insistiendo en que *«ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados. Y ello siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales»* (RRDGRN de 10 de abril de 2014, *RJ* 2014, 2381¹⁶, o de 8 de noviembre de 2018, *RJ* 2018, 4858, entre muchas otras).

Al hacerlo, la DGRN recuerda *«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 interpretar 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, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En este ámbito o zona de derechos de naturaleza real discutida se sitúan los tanteos y retractos voluntarios»*. Tras recordar la fundamental misión de los registradores de la propiedad evitando que entren en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real, pone de relieve las dificultades prácticas de esta tarea, que se incrementan en relación con la calificación de títulos relativos a la constitución de derechos reales atípicos *«en los que el Derecho dispositivo no puede integrar las lagunas del título constitutivo»* (RDGRN de 10 de abril de 2014, *RJ* 2014, 2381, representativa de esta doctrina, o la reciente RDGRN de 26 de abril de 2019, *RJ* 2019, 1989, que la reitera).

La misma evolución, desde posiciones inicialmente restrictivas hasta la admisión de derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Asumieron el carácter real de derechos de este tipo constituidos con base en la autonomía privada, las SSTs, Sala Civil, de 29 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 4548)¹⁷; 22 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1995)¹⁸, aunque el retracto no prospera por caducidad del plazo de ejercicio; o de 13 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 4744)¹⁹, entre otras²⁰.

En cuanto a la literatura científica, son muchos los autores que se han decantado por la posibilidad de que los derechos reales de adquisición tengan origen voluntario²¹.

Finalmente, la categoría se encuentra tipificada en Derechos autonómicos como el catalán o el navarro, a los que aludiré cuando corresponda, con un enfoque comparativo, a lo largo del trabajo.

Se regula en el capítulo VIII, título VI, del libro Quinto del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCataluña), —aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña relativo a los derechos reales—²². Se añade la ordenación del derecho a redimir por carta de gracia por Ley 3/2017, de 15 de febrero²³. En el Derecho navarro, hay que atender al capítulo IV del libro III («De la opción, tanteo y retracto voluntarios») de la Compilación de Navarra (en adelante, CN), actualizada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (en adelante, Ley Foral 21/2019)²⁴.

Volviendo al diagnóstico efectuado por la DGRN cuando destaca las dificultades de integrar el título constitutivo de los derechos de adquisición de origen voluntario ante la ausencia de un régimen dispositivo general en la Ley, no cuesta mucho concluir que tales dificultades se allanarían si se ofreciera a los particulares un modelo legal, lo que exige regular de forma coherente y sistemática este tipo de derechos.

Y esto nos lleva a la siguiente cuestión: ¿Qué aporta llevarlos al Código civil?

No es suficiente buscar la respuesta en una mera cuestión de estilo o incluso de diseño de un sistema, sino que ha de vincularse con su efectividad práctica, con su potencial para solucionar los problemas que se plantean en la realidad mejor que dejándolos al juego de la autonomía privada sin apoyo en un modelo legal. Y esta es la clave —encarnada en estas dos palabras, que deseo subrayar— que en última instancia justifica la propuesta de regulación que analizamos: «modelo legal» vinculado a la seguridad del tráfico jurídico. En definitiva esto es lo que intenta la Propuesta de Código civil sobre los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: ofrecer una regulación que sirva de pauta a quienes decidan usar estas figuras para atender intereses legítimos y genere seguridad en el tráfico. Contar con un conjunto sistemático de normas, muchas de ellas de carácter dispositivo, que definan tipificándolo un modelo o modelos legales —según categorías— para los derechos de adquisición de constitución voluntaria, permite integrar las posibles lagunas de que adolezca el título constitutivo (piénsese, p. e., en la falta de mención del plazo de duración o del plazo de ejercicio del derecho) y clarifica los requisitos que deben revestir estos derechos voluntariamente constituidos para que se les reconozca naturaleza real y gocen de eficacia «erga omnes»²⁵.

¿Era imprescindible llevar a cabo esta regulación? Posiblemente no. Se trata de una opción de «política jurídica», entre las varias factibles. Ya hemos visto como en la práctica, aun careciendo de ella el Código civil, estos

derechos funcionan y llegan al Registro de la Propiedad. ¿Es conveniente? Se ha juzgado que sí, con base en los argumentos antes expuestos, aunque es una cuestión discutible y he de reconocer que discutida.

En cualquier caso, deseo subrayar que la regulación de derechos reales de adquisición de constitución voluntaria no empece a que estos puedan modelarse, también, como derechos meramente personales, con eficacia obligacional, cuando así lo decidan las partes o el constituyente en negocio unilateral, o cuando no se cumplan los requisitos que establece la Propuesta para que puedan configurarse con carácter real.

La Compilación de Navarra, tanto en su versión original, como en la que resulta de su actualización por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, contempla de modo expreso esta doble posibilidad en la Ley 460. La misma dualidad se admite, implícitamente, en el Código civil de Cataluña. Así lo refleja el artículo 568-2, que establece los requisitos constitutivos de los derechos reales de adquisición y se refiere a la extinción de los derechos incompatibles creados con posterioridad *«si el derecho se había constituido como real»*.

En el caso de que los derechos de adquisición se conformen con carácter personal, no tendrán acceso al Registro de la Propiedad —salvo que la legislación inmobiliaria registral admita, en alguna hipótesis, esta inscripción, como sucede, en la actualidad con el derecho de opción (art. 14 RH)—. Y la transmisión de la propiedad a un tercero se resolverá, en principio, con una indemnización de daños y perjuicios. Tal indemnización correrá a cargo del sujeto que convino el derecho o aceptó el constituido en negocio unilateral o, también a cargo del adquirente que conocía la existencia del derecho (respecto de él, por vía de responsabilidad extracontractual). Si el adquirente actuó en connivencia con el transmitente para defraudar el derecho, podría llegar a hablarse de un contrato en daño de tercero con causa ilícita y, por tanto nulo, con lo que al no haber título válido se vería afectada la transmisión. Pero tal efecto no derivará de la naturaleza real del derecho, sino del juego de la teoría general del contrato. Un fenómeno paralelo, p.e., al que puede acontecer con la ruptura de un pacto de exclusiva. El conocimiento del derecho personal por el tercero hace que le resulte oponible y deba respetarlo.

En caso de constituirse el derecho de adquisición con carácter real, será oponible *«erga omnes»*, gozando de reipersecutoriedad. Su titular, con respeto de los límites derivados de la ley y del título constitutivo, podrá hacerlo valer frente a los adquirentes o subadquirentes del bien gravado y tendrá derecho a adquirir el citado bien libre de las cargas impuestas con posterioridad al nacimiento del derecho real de adquisición conforme con el principio de prioridad —salvo terceros especialmente protegidos—. Además, podrá establecerse a favor de personas concretas o ser configurado como derecho subjetivamente real, en beneficio de quien en cada momento

—mientras esté vigente el derecho de adquisición— sea propietario de otra finca²⁶ (p.e., un colindante aunque no cumpla los requisitos del retracto de colindantes regulado en el Código civil o en la LMEA).

El título XI del libro III de la PCC se ciñe a los derechos reales de adquisición. No se detiene, en cambio, en la regulación de los derechos de carácter personal. No sería oportuno hacerlo en esta sede. Aquellos quedan sujetos a las normas de la Teoría general de las obligaciones y los contratos.

Tras las reflexiones anteriores, con el ánimo de que quede claramente delimitado el objeto del presente estudio, hay que insistir en que este se ciñe al análisis de la propuesta relativa a los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria no a aquellos que tienen un origen directo en la ley. Sin embargo, la PCC contiene una serie de disposiciones comunes a los derechos reales de adquisición con independencia de que tengan origen legal o voluntario. Y ciertas normas ubicadas entre las que integran el capítulo II del título XI, dedicado a los derechos de adquisición preferente de origen legal, se aplican, por remisión, a los de constitución voluntaria. Se atenderá, como es lógico, a todas ellas, pero siempre enfocado su análisis al estudio de los derechos reales de adquisición con origen en la autonomía privada.

He señalado en páginas anteriores que la orientación seguida al dotar de contenido concreto a la PCC se centra en ofrecer soluciones a un elenco de problemas concretos que manifiesta la realidad. Una orientación práctica, apegada al problema. Esta ha sido también mi opción a la hora de estructurar este trabajo. En lugar de realizar un comentario exegético, he seleccionado una serie de cuestiones problemáticas. En relación con ellas, comentaré el enfoque adoptado, las razones del mismo y, en su caso, otras alternativas posibles que han sido descartadas. En el orden de la exposición, me atenderé a la estructura del título XI, distinguiendo, dentro de los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, entre los derechos de adquisición preferente —tanteo y retracto— y los derechos de adquisición directa, en los que falta dicha preferencia: —derecho de opción y, como modalidad de esta, el derecho de readquisición (figura que el Código civil denomina «retracto convencional»)—. Con carácter previo ofreceré una visión general de la estructura del título XI del libro III y aclararé alguna cuestión terminológica.

3. ESTRUCTURA DEL TÍTULO XI DEL LIBRO III Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

A) Estructura del título XI del libro III de la Propuesta de Código civil

El título XI del libro III contiene una regulación actualizada de carácter general de los derechos reales de adquisición, sin perjuicio de la

ordenación de supuestos concretos en la Ley. Tal y como anuncia la Exposición de Motivos de la PCC, uno de los objetivos prioritarios ha sido responder a las cuestiones más conflictivas en la práctica. Cuando existen soluciones consolidadas en la jurisprudencia, se incorporan. Cuando esta adolece de falta de homogeneidad o no ha resuelto el problema, se prefieren aquellas que contribuyen en mayor grado a la seguridad del tráfico. Asimismo, «se evita calificar dogmáticamente la naturaleza jurídica de los efectos del ejercicio de estos derechos dejando esta labor al intérprete».

Para comprender de forma cabal la Propuesta sobre los derechos de adquisición de constitución voluntaria, es conveniente contar con una visión global de la estructura del título XI, en el que se integra tal regulación. Bascula esta sobre un doble criterio distintivo:

1.º El primero parte de la diferencia entre derechos de adquisición preferente y derechos de adquisición directa. Todos los derechos incluidos son derechos de adquisición en cuanto facultan a su titular para adquirir determinada cosa o derecho, limitando, de algún modo, el poder de disposición del propietario. Pero, ni todos son de adquisición «preferente» ni limitan del mismo modo este poder²⁷. Los derechos de adquisición preferente pueden ejercitarse cuando el dueño del bien va a transmitirlo (tanteo) o efectivamente lo transmite (retracto), a un tercero frente al que tiene preferencia adquisitiva el tanteante/retrayente. Suponen limitaciones al dominio en la medida en que restringen la libertad del propietario a la hora de elegir a quien transmite la cosa, pero el *dominus* conserva la iniciativa de la enajenación. En cambio, los derechos de opción adquisitiva y de readquisición (nombre bajo el que se regula el que el Código civil llama «retracto convencional») son derechos de adquisición directa. Su titular puede hacerlos valer con independencia de cualquier enajenación prevista o proyectada por el dueño, forzándola con independencia de la intención de este. Ello justifica que la rúbrica del título se refiera a «derechos de adquisición», omitiendo el apelativo «preferente», que no encaja con el derecho de opción ni con el derecho de readquisición.

2.º El segundo criterio distintivo atiende al origen, legal o voluntario, de los derechos.

La combinación de estos dos criterios es la que marca la estructura del título XI («De los derechos de adquisición») del libro III. Se divide aquel en tres capítulos, destinados a regular, respectivamente, las disposiciones generales (capítulo I); los derechos de adquisición preferente de origen legal (capítulo II); y los derechos de adquisición de constitución voluntaria (capítulo III). Este último capítulo se integra, a su vez, por cuatro secciones.

La sección 1.º («Disposiciones generales») se detiene en la constitución y la cotitularidad del derecho. La sección 2.º, relativa a los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria, trata de los actos o negocios jurídicos que facultan para su ejercicio, duración, ejercicio del derecho —con remisión a las normas que rigen el derecho legal de adquisición preferente, a salvo determinadas peculiaridades—, reembolsos, transmisibilidad y renunciabilidad. En la sección 3.ª se regula el derecho real de opción. Finalmente, en la sección 4.ª se ordena el derecho de readquisición, que se concibe como una modalidad del derecho de opción, pero con especialidades respecto del régimen general de este. De ahí que, en el artículo de cierre de la sección, se prevea la aplicación supletoria de las normas que regulan la opción en lo no previsto de forma específica en aquella.

B) Algunas precisiones terminológicas

Como ya destacó RIAZA en 1919 y ha sido subrayado después con insistencia, desde un punto de vista semántico, el término «retraer» significa «traer hacia atrás», «ir hacia atrás», o «volver a traer», lo que encaja con el supuesto que el Código civil denomina «retracto convencional» (que, en la propuesta, recibe el nombre de «derecho de readquisición»), pero no con aquellos casos en que el titular del derecho de adquisición, al ejercerlo, adquiere por primera vez la cosa, no la recupera o readquiere. Sea como sea, lo cierto es que el término «retracto» referido a los retractos legales se halla fuertemente arraigado en los textos normativos y en la práctica, por lo que se ha preferido mantenerlo, pese a su impropiedad semántica, para identificar el derecho de adquisición preferente que funciona una vez consumada la enajenación. Por las mismas razones se utiliza el término «tanteo» para nombrar al derecho de adquisición preferente en fase previa a la consumación de la enajenación.

Dentro de los derechos de adquisición directa, se distingue entre derecho de opción (se ha conservado la denominación tradicional) y derecho de readquisición. En relación con este último, se prefiere «derecho de readquisición» frente a otras fórmulas (como «pacto de retro» o «compraventa con pacto de retro» o de «retrovendendo») porque con la expresión elegida se hace hincapié en el derecho real más que en el negocio que puede darle origen. Además, tal y como se configura en la PCC, puede ir vinculado a negocios con finalidad traslativa del dominio o de otros derechos reales, diferentes a la compraventa. Adicionalmente, se evita el uso del término «retracto convencional» para marcar distancias con los derechos de adquisición preferente, para los que se ha reservado el término «retracto».

II. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA PARA GOZAR DE NATURALEZA REAL

En la Propuesta de Código civil de la APDC, los derechos de adquisición de constitución voluntaria, se originan por un acto de autonomía privada, bien sea bilateral o unilateral, «inter vivos» o «mortis causa», a título gratuito u oneroso (art. 3113-1.1 PCC). Su configuración como derechos reales exige la concurrencia de unos requisitos estrictos, que vienen precisados en el artículo 3111-3 PCC, dentro del capítulo I («Disposiciones generales») del título XI. Tales requisitos afectan al contenido del título constitutivo, forma, publicidad, determinación del objeto y fin perseguido y se corresponden, salvo el relativo a la inscripción constitutiva, con los que la doctrina de la DGRN exige en la actualidad, de forma reiterada, para considerar que se ha creado un derecho real de adquisición y, por tanto, procede su inscripción²⁸. Se pretende dar satisfacción a las exigencias de especialidad y determinación que deben cumplir los derechos que gocen de eficacia real y garantizar la seguridad del tráfico.

En esta línea, el artículo 3111-3 PCC reconoce que los derechos de adquisición de origen legal tienen siempre naturaleza real, mientras que los de origen voluntario solo tienen naturaleza real si satisfacen las siguientes exigencias:

- a) Que en el título constitutivo se manifieste que el derecho se configura con tal carácter.
- b) Que el título constitutivo se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro.
- c) Que su constitución obedezca a la satisfacción de intereses legítimos²⁹.
- d) Que el objeto sobre el que recae el derecho se encuentre claramente determinado.

En la versión de la PCC publicada en 2018, la inscripción se configuraba como requisito constitutivo cuando los derechos de adquisición de origen voluntario recaen sobre bienes inmuebles, pero no cuando lo hacen sobre bienes muebles. La redacción del artículo 3111-3.2.b) era la siguiente: «*Que el título constitutivo se formalice en escritura pública y, si el derecho recae sobre bienes inmuebles, se inscriba en el Registro de la Propiedad*». Sin embargo, reflexiones ulteriores han conducido a una propuesta de modificación sobre el texto inicial. Se plantea la conveniencia de extender la exigencia de inscripción constitutiva —inicialmente prevista para los bienes inmuebles— también a los derechos sobre bienes muebles (remitiendo, en este caso, a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles). El apartado b) del número 2

del artículo 3113-3 PPC pasaría a tener la siguiente redacción: «b) *Que el título constitutivo se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles*». El cambio se justifica con base en la seguridad del tráfico y en la consideración de que la existencia de los derechos de adquisición, dadas sus características, no se exterioriza por medio de la posesión. La variación afecta a otro precepto de la propuesta: el artículo 3111-4 PCC («Objeto»), ubicado, como el anterior, en el capítulo I del título XI, entre las disposiciones generales. La referencia, en el número 1 del artículo, a «*bienes muebles identificables*», como posible objeto de los derechos de referencia, se sustituye por la de «*bienes muebles registrables*».

III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1. LA ARTICULACIÓN DEL TANTEO Y EL RETRACTO. EL PUNTO DE INFLEXIÓN ENTRE AMBOS

Es esta una de las cuestiones a definir en cualquier ordenación general de los derechos de adquisición preferente. La Propuesta de Código civil de la APDC pivota sobre tres ejes básicos en relación con este punto: A) La articulación del tanteo y el retracto como dos fases del derecho de adquisición preferente, presentes ambas como regla general que admite algunas excepciones, o, si se prefiere, como derechos que operan, respectivamente, en fase pre y postadquisitiva, en relación con la adquisición por el tercero frente al que se ostenta la preferencia. B) La vinculación del retracto a la frustración del tanteo por causa ajena a la voluntad del titular del derecho de adquisición preferente. C) El establecimiento de una regla de responsabilidad a cargo del propietario que obstaculice o impida el ejercicio del derecho de adquisición en fase de tanteo.

El artículo 3111-1.1 PCC, tras incluirlos entre los derechos reales de adquisición³⁰, precisa que «*el derecho de tanteo y el de retracto son facultades de un mismo derecho de adquisición preferente que faculta a su titular para adquirir la propiedad u otro derecho real sobre un bien cuando su propietario o titular decide enajenarlo o efectivamente lo enajena, con preferencia al adquirente y en las mismas condiciones*».

Conocida es la falta de homogeneidad actual a la hora de articular la posibilidad de tanteo previo en los distintos supuestos de retracto legal, no solo en el Código civil, sino en las leyes especiales. En ocasiones, se reconoce tanteo y retracto cumulativamente³¹; en otras, el retracto procede cuando se ha frustrado la posibilidad de tantear³²; y hay supuestos, finalmente, en los

que solo existe retracto³³. Esta disparidad no solo carece de justificación, sino que ha sido fuente de conflictos, incluidas conductas abusivas dirigidas a entorpecer el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Por otra parte, si no se reconoce la posibilidad de hacer valer la preferencia en fase de tanteo y hay que esperar a que la enajenación esté ya consumada, la interferencia en el tráfico de los bienes es mayor. Además, el hecho de que el Código civil no contemple el ejercicio en fase de tanteo y de retracto obedece a razones históricas que ha explicado de forma convincente COCA PAYERAS (1985, 35 y sigs.). En el Proyecto de Código civil de 1836 (arts. 1152 y sigs.) se aludía, aunque no fuera con la claridad y técnica deseables, al tanteo y al retracto. La distinción desaparece, con toda lógica, en el Proyecto de 1851. Al adoptar este el sistema consensualista de transmisión de la propiedad y los derechos reales por el simple acuerdo, perfeccionado el contrato se produce automáticamente la transmisión de la propiedad o derecho real, con lo que no tiene sentido hablar de una fase de tanteo. El Código civil de 1889 adoptó, en cambio, el sistema del título y el modo (art. 609 CC), pero, por influencia del Proyecto de 1851 siguió omitiendo la referencia al tanteo, salvo en materia de censo enfiteútico, ya que la regulación del mismo proviene del Proyecto de 1877 sobre foros y del Código civil portugués y no del Proyecto de 1851.

En la Propuesta de Código civil se opta, como regla general, por la solución consistente en reconocer siempre tanteo y retracto³⁴, salvo que en norma especial, o, en el caso del derecho de adquisición preferente de origen voluntario, por disposición de los particulares, se excluya el derecho de tanteo. Así resulta de los artículos 3112-2 a 3112-5 PCC. Aunque se ubican en sede de derechos de adquisición preferente de origen legal, el artículo 3113-5 se remite a ellos respecto de los que se constituyen de forma voluntaria. Es pues, en lo esencial, una característica común a los derechos reales de adquisición preferente, con independencia de su origen, bien directamente en la ley bien en la voluntad de quienes los crean en ejercicio de su autonomía privada. Sin embargo, respecto de estos últimos, se establecen dos especialidades, en las que la regla definitiva depende de la voluntad manifestada en el título constitutivo: en primer lugar, salvo que este disponga otra cosa³⁵, el tanteo y el retracto solo pueden ejercerse respecto de la primera transmisión onerosa³⁶; en segundo lugar, en el título constitutivo puede excluirse el derecho de tanteo, quedando configurado así el derecho de retracto como derecho autónomo³⁷. No se contempla, en cambio, la posibilidad de tanteo sin retracto³⁸.

En otro orden de cosas, el retracto se vincula a la frustración del tanteo por causa ajena a la voluntad del titular del derecho de adquisición preferente.

El artículo 3112-3 PCC (*«Ejercicio del derecho en fase de retracto»*) dispone en su número 1 que *«(e)l retracto puede ejercerse una vez transmitida la propiedad o derecho real en los siguientes casos: a) Cuando no se practica o no se hace debidamente la notificación a que se refiere el artículo anterior. b) Cuando se efectúa la enajenación por un precio o en condiciones menos gravosas que aquellas que se notificaron. c) Cuando la enajenación se produce antes de finalizar el plazo para ejercer el derecho de tanteo»*.

Y en el número 2 añade: *«La enajenación ya efectuada debe ser notificada de forma fehaciente al retrayente con el fin de que pueda ejercer el derecho de retracto»*.

Por tanto, queda vedada la posibilidad de utilizar el retracto cuando practicada la correspondiente notificación con todos los requisitos legales³⁹, el titular del derecho de adquisición no ejerce el tanteo⁴⁰. Así resulta del artículo 3112-3.3 PCC (*«El derecho de retracto queda excluido si, notificada debidamente la transmisión proyectada y sus condiciones, el titular del derecho de tanteo no lo ejerce»*) y del artículo 3112-3.1 PCC, *sensu contrario*. En la misma línea, si una vez conocidas las condiciones de una determinada transmisión proyectada, el titular del derecho de adquisición renuncia a ejercer el derecho de tanteo, ello implica la renuncia al retracto (art. 3112-7.3 PCC). Esta solución garantiza una mayor seguridad jurídica y contribuye a evitar conductas abusivas, que podrían entorpecer la eficacia de la preferencia adquisitiva, consiguiendo un mejor equilibrio de los intereses en juego del que resultaría del reconocimiento de retracto sin tanteo previo⁴¹.

Por otra parte, para fomentar el interés del propietario en notificar las condiciones de la transmisión proyectada antes de que esta se produzca, y evitar al mismo tiempo maniobras fraudulentas que intenten entorpecer el ejercicio del derecho, se introduce una norma de responsabilidad que opera tanto a favor del titular del derecho de adquisición preferente, como del tercero retraído. Cuando por acción u omisión el transmitente frustre la posibilidad de ejercer el derecho de tanteo, queda obligado al resarcimiento de los daños ocasionados por esta causa de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil (art. 3112-4 PCC y art. 3113-5 PCC)⁴².

Establecido lo anterior, hay una cuestión sobre la que tradicionalmente ha debatido la doctrina: la relativa al punto de inflexión entre el tanteo y el retracto. La Propuesta de Código civil lo sitúa en el momento en el que se entiende transmitida la propiedad o derecho real al adquirente⁴³. Cuando la transmisión trae causa de un contrato con finalidad traslativa de dominio, como la compraventa, tienen que concurrir título y modo. En la venta judicial, la transmisión se producirá con el decreto (antes auto) de adjudicación. Una vez transmitida la propiedad o derecho real, cabe el retracto; antes, opera el tanteo.

Pero, fijado esto, queda en pie una segunda cuestión que afecta al tanteo: determinar si para que opere este es necesario que se haya perfeccionado el negocio, aunque no se haya consumado la adquisición del derecho real por el tercero⁴⁴, o cabe ejercer el tanteo cuando en virtud de las negociaciones o tratos preliminares o por existir una oferta en firme, se han determinado ya las condiciones de la transmisión aunque no se ha concluido todavía el negocio⁴⁵. Esto si es que se admite, en un plano teórico —sobre lo que no existe acuerdo doctrinal—, que las condiciones puedan quedar fijadas antes de la perfección del negocio.

La Propuesta de Código civil indica que *«(e)l derecho de tanteo opera antes de que se produzca la transmisión de la propiedad o derecho real, una vez fijadas las condiciones de la transmisión proyectada, que el propietario o titular del derecho real está obligado a notificar de modo fehaciente al tanteante»* (art. 3112-2.1 PCC, al que se remite el art. 3113-5 PCC). Una interpretación estricta de tal precepto llevará a entender que no están fijadas las condiciones de la transmisión hasta que no se perfecciona el negocio traslativo de dominio. De modo que solo cabe el tanteo tras estipularse la venta y antes de la transmisión de la propiedad. Esta es la posición doctrinal mayoritaria en la actualidad, respecto de los supuestos que regulan tanteo y retracto (como sucede, p.e., en la legislación arrendaticia). Sin embargo, cabe en la letra del precepto una interpretación más amplia, en virtud de la cual tales condiciones pueden haber quedado concretadas incluso antes de la perfección del negocio. Piénsese p.e., en que exista una oferta todavía no aceptada. Las condiciones podrán ser comunicadas ya al tanteante para que pueda valorar con conocimiento de causa si le conviene o no adquirir. Soy consciente de que se trata de una cuestión muy controvertida. Pero es necesario subrayar que esta interpretación evita, al menos en algunos casos, tener que deshacer un negocio ya perfeccionado o desplazar de él al contratante, con los mayores costes que ello supone. Además, el riesgo de defraudar las expectativas del «comprador» puede resultar disuasorio para muchos potenciales compradores y entorpecedor, por tanto, del tráfico jurídico⁴⁶. Si el titular del derecho de adquisición no está interesado en ejercerlo en esta fase, el propietario queda libre para enajenar el bien a favor del tercero sin que este corra el riesgo de sufrir los efectos del posterior ejercicio del derecho de adquisición. De esta forma se produce una menor interferencia en el tráfico jurídico, evitando operaciones inútiles, que tampoco parecen justificadas desde un punto de vista de análisis económico.

En cualquier caso, problemas de prueba aparte, es importante determinar cuándo han quedado fijados los términos de la transmisión porque esa circunstancia condiciona el momento a partir del cual hay obligación de notificar la transmisión proyectada al tanteante y, por tanto, la determina-

ción de cuándo se entiende incumplida esa obligación abriendo la puerta al ejercicio del retracto [art. 3112.3.1.a) PCC].

2. PLAZO DE DURACIÓN Y PLAZO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA

Entre los requisitos que la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo consideran esenciales para que los derechos de adquisición de constitución voluntaria puedan configurarse con carácter real, destacan los relativos a la determinación del plazo tanto de duración como de ejercicio del derecho. Se trata de dos plazos diferentes.

A) Plazo de duración

El plazo de duración hace referencia al tiempo durante el cual estará vigente el derecho real de adquisición preferente. Marca el periodo vital o de existencia del mismo. La transmisión que activa la posibilidad de ejercicio del derecho debe producirse vivo este, es decir, dentro de su plazo de vigencia o duración. El plazo de duración viene conectado con la finalidad de evitar vinculaciones del dominio indefinidas o excesivamente prolongadas, hacia las que manifiesta enemistad el Código civil (como puede constatarse en los arts. 781 y 785.2.º CC)⁴⁷. Se persigue no lastrar la libre circulación de los bienes más allá de unos límites temporales, lo que encuentra especial justificación en materia de derechos de adquisición de constitución voluntaria, que sirven a intereses particulares —considerados dignos de tutela—, a diferencia de los que tienen origen legal en los que se conjuga la satisfacción de intereses privados con su servicio a fines de interés general o social. La fijación de este plazo responde, asimismo, a las exigencias del principio de especialidad y dota de seguridad al tráfico jurídico.

En ocasiones se ha defendido que convendría distinguir entre los derechos reales de adquisición constituidos con independencia de toda otra relación jurídica entre el titular del derecho y el dueño del bien gravado, y aquellos otros en que tales derechos son meras facultades integrantes del contenido de un derecho subjetivo dentro de una relación jurídica duradera entre su titular y el dueño de la cosa, caso en el que dicha adherencia favorece la vigencia del derecho de preferente adquisición mientras dure la relación principal de la que forma parte (como sucede, p.e., en el artículo 14 RH en relación con la opción de compra inscribible). En el primer caso, la necesidad de concreción del plazo —se dice— es más intensa (RDGRN de 10 de abril de 2014).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN son contrarias a admitir la constitución voluntaria de derechos reales de adquisición con un plazo de duración indefinido o perpetuo, aunque el Derecho autonómico ofrece muestras de la solución opuesta⁴⁸.

En la Propuesta de Código civil se regula el plazo de duración en el artículo 3113-4 PCC, rubricado precisamente «Duración». En él

— Se establece un plazo máximo de treinta años desde la fecha de la constitución del derecho para la primera transmisión, y de diez años a computar desde la primera enajenación si se ha pactado su ejercicio en segundas o ulteriores transmisiones.

— Se admite la posibilidad de prórrogas sucesivas, cada una de las cuales no puede exceder del plazo de diez años. Debe entenderse que estas prórrogas requieren inscripción registral, en coherencia con el carácter constitutivo de la inscripción de estos derechos para gozar de naturaleza real. El derecho dura lo que el Registro publique. Las eventuales prórrogas no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, en virtud de una regla de prioridad.

— Se fija como plazo supletorio en defecto de pacto el de diez años.

El plazo de duración es una de las circunstancias que debe incluir el título constitutivo del derecho de adquisición [art. 3113-1.2.c)].

Con estas reglas no solo se evitan vinculaciones, aunque sean relativas, del dominio, sino que se combate la litigiosidad que en la actualidad presenta la cuestión del plazo de duración de los derechos reales de tanteo y retracto de constitución voluntaria al no estar tipificados en el Derecho común. La falta de regulación ha llevado, en ocasiones, a debatir si resultan o no aplicables por analogía los plazos de duración contemplados en el Código civil para el pacto de retro (art. 1508 CC) o el establecido en el artículo 14 RH para que el derecho de opción resulte inscribible (lo rechaza de modo expreso la STS de 8 de abril de 1981, por falta de identidad de razón, doctrina que sigue la RDGRN de 26 de abril de 2019, RJ 2019, 1989).

B) Plazo de ejercicio y caducidad

El artículo 3113-5 PCC⁴⁹ fija dos reglas especiales relativas al ejercicio de los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria y, en lo demás, remite al régimen de los derechos de adquisición preferente de origen legal (arts. 3112-2 a 3112-5 PCC). Las reglas especiales son las siguientes: 1.º En defecto de pacto, el derecho de adquisición preferente solo

puede ejercerse respecto de la primera transmisión onerosa. 2.º En el título constitutivo puede excluirse el derecho de tanteo.

En cuanto a la aplicación de las normas de los artículos 3112-2 a 3112-5 PCC, esta supone, en primer lugar, que el derecho se puede ejercer desde que su titular tiene conocimiento de las condiciones de la transmisión proyectada o efectuada por cualquier vía, sin que se exija, a tal efecto, que concurra ningún mecanismo singular de publicidad, como podrían ser la inscripción o la notificación⁵⁰.

La facultad de ejercicio caduca (en materia de derechos de origen legal, salvo que la ley disponga otra cosa; respecto de derechos de origen voluntario, hay que considerar que es una norma dispositiva, que opera en defecto de regla diferente en el título constitutivo) a los treinta días contados desde la notificación fehaciente de la enajenación proyectada (en el tanteo) o efectuada (en el retracto). Debe entenderse que la notificación se refiere tanto a la existencia como a las condiciones de la transmisión⁵¹. Al deber o carga de notificar aluden los artículos 3112-2 («Ejercicio del derecho de tanteo») y 3112-3 («Ejercicio del derecho de retracto») PCC, a los que se remite el artículo 3113-5 PCC. Aunque el primero de estos preceptos establece que es el propietario transmitente el que tiene la carga de notificar, no parece que haya obstáculo en admitir que pueda hacerlo cualquier interesado, en especial el tercero adquirente o que adquiriría si no ejerciera su derecho el tanteante.

En la Propuesta de Código civil se configura la acreditación de la notificación de la transmisión como requisito de inscribibilidad de esta en el Registro de la Propiedad. El artículo 3112-3.2.II PCC dispone: «*Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición entre vivos sobre fincas sujetas a un derecho de adquisición preferente debe justificarse la práctica de esta notificación*». Sin embargo, como expondré a continuación, al establecer el «dies a quo» del plazo de caducidad para el ejercicio del retracto, el criterio de la notificación (se fija un plazo de caducidad de treinta días desde la misma), se combina con otro adicional de carácter objetivo: en todo caso el derecho de adquisición preferente caduca transcurrido un año desde la inscripción de la enajenación (art. 3112-5.3 PCC, al que remite el art. 3113-5 PCC). Hay que reconocer que este sistema solo encaja con la configuración de la acreditación de la notificación como requisito de inscribibilidad de la transmisión en aquellos casos en que, de forma anómala, se ha inscrito la transmisión sin que se hubiere acreditado la notificación o en que esta o su acreditación adolecieran de algún tipo de defecto. Fuera de esto, la notificación antecederá a la inscripción, de modo que el plazo del año a contar desde la inscripción no correrá porque, salvo en los supuestos patológicos indicados, se cumplirá antes el de los treinta días desde la notificación.

Como puede observarse, la Propuesta parte de la distinción entre el momento a partir del cual se puede ejercer el derecho y aquel en el que comienza a correr el plazo de caducidad para su ejercicio. En relación con este último, la determinación del «dies a quo» merece una especial atención. La litigiosidad que suscita esta materia en el Código civil en sede de retratos legales da idea de las indeseables consecuencias que puede tener en la práctica una determinación desafortunada del «dies a quo» por el legislador.

El derecho puede hacerse valer desde que el titular del mismo tiene conocimiento cabal, por cualquier medio, de la enajenación —proyectada o efectuada— y de sus condiciones, lo que le permite adoptar la decisión de tantear o retraer o la de no hacerlo con conocimiento de causa. En cuanto al plazo de caducidad, se fija como «dies a quo» el de la notificación fehaciente de las condiciones de la transmisión proyectada o efectuada (para el tanteo y el retracto, respectivamente)⁵². En consecuencia, el sistema prescinde, en un primer momento y salvo lo que luego se dirá, de la consideración, para determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad, del momento de la inscripción de la adquisición del tercero o del relativo al efectivo conocimiento de las condiciones esenciales de la transmisión por el titular del derecho de adquisición. Como razones en pro de este criterio ha aducido la doctrina que la inscripción, además de ser voluntaria, no refleja pactos de naturaleza obligacional que podrían influir en la decisión del titular del retrayente⁵³. Por su parte, el efectivo conocimiento plantea dificultades adicionales de prueba relativa a la fecha en que se produjo y otras derivadas de la inseguridad del titular del derecho de adquisición acerca de su carácter exacto y completo.

Al fijarse el «dies a quo» en el momento de la notificación fehaciente y cabal de la transmisión y sus circunstancias, que se configura como una carga o deber del propietario transmitente, debe descartarse que conociendo el titular del derecho de adquisición el hecho de la venta pero no sus condiciones de modo completo o con exactitud, exista un deber de diligencia del retrayente que afecte a la caducidad del plazo para el ejercicio del retracto⁵⁴.

Ahora bien, el criterio de la notificación se combina, en el artículo 3112-5 PCC (al que se remite el art. 3113-5 PCC), con otro adicional de carácter objetivo: el momento final del plazo de caducidad nunca puede superar un año desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad (art. 3112-5.3 PCC)⁵⁵. Al respecto, me remito a lo expuesto «supra» sobre los problemas que puede plantear esta regla en relación con la configuración de la acreditación de la notificación de la transmisión efectuada como requisito de inscribibilidad de esta.

El cómputo de los plazos se ordena por el artículo 12-6 PCC. El plazo empieza a contar el día siguiente al que constituye el «dies a quo», sin excluirse en el cómputo civil los días inhábiles. Debe entenderse que en

el supuesto de que el último día del plazo sustantivo coincida con un día inhábil a efectos procesales, resultará aplicable la jurisprudencia recaída hasta la fecha en materia de retractos legales según la cual la demanda de retracto (o de tanteo) pueda presentarse el primer día hábil siguiente (SSTS de 28 de julio de 2010 —*RJ* 2010, 6943— o de 29 de abril de 2009 —*RJ* 2009, 2903—). Se trata de una cuestión de índole procesal, no susceptible, por tanto, de recurso de casación, sino, en su caso, de recurso extraordinario por infracción procesal. El plazo de caducidad se rige por lo dispuesto en los artículos 620-1 a 620-4 PCC, que integran el Título II del Libro Sexto.

En conjunto, se favorece la seguridad jurídica, evitando incertidumbres relativas al inicio del plazo de caducidad. Y se sorteja uno de los factores que tradicionalmente ha generado mayor litigiosidad en el ámbito de los derechos de adquisición preferente. La solución de la Propuesta concilia de modo equilibrado los intereses en juego. El titular del derecho de adquisición preferente dispone de tiempo suficiente para valorar si le interesa o no hacer valer su preferencia. Por otra parte, en fase de tanteo, el propietario que desea enajenar el bien no tiene que esperar demasiado tiempo para conocer esta decisión; y, en fase de retracto, no tiene que hacerlo el tercero que adquirió el bien para saber si es o no desplazado de su adquisición.

3. REEMBOLSOS Y DEBER DE CONSIGNACIÓN

A) Reembolsos a satisfacer por el retrayente

Es conveniente distinguir entre los reembolsos a satisfacer por el retrayente (art. 3112-6.1 a 3 PCC) y el deber de consignar determinadas cantidades como requisito de admisibilidad de la demanda (art. 3112-6.4 PCC)⁵⁶. La regulación de ambas cuestiones es común a los derechos de adquisición preferente de origen legal (art. 3112-6 PCC) y de constitución voluntaria (remisión del art. 3113-6 al 3112-6 PCC). El presente epígrafe analiza la primera de ellas.

El artículo 3112-6.1 PCC dispone que *«(e)l titular del derecho de adquisición preferente no puede ejercerlo una vez perfeccionado el contrato celebrado con el tercero sin reembolsar a este:*

a) El precio realmente pagado, coincida o no con el reflejado en el contrato. Se presume, salvo prueba en contrario, que el precio escriturado es el realmente satisfecho.

En el caso de dación en pago el importe del reembolso es el valor de mercado del bien dado en pago.

b) *Los gastos del contrato y cualquier pago legítimo hecho para la transmisión del bien.*

c) *Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa transmitida. Se exceptúan los gastos útiles realizados con la intención de dificultar el ejercicio del derecho de retracto.*

Los números 2 y 3 del mismo precepto añaden, respectivamente, que «(n)o son reembolsables los gastos ordinarios hechos para la conservación de la cosa», ni «los gastos suntuarios», aunque en este último caso, «el adquirente retraído puede llevarse los objetos en que consistan si puede hacerlo sin menoscabo del bien». A las reglas anteriores debe sumarse lo dispuesto en el artículo 3112-1.3, según el cual, «(e)n los negocios en que se ha pactado un pago aplazado, el titular del derecho de adquisición preferente que lo ejerce conserva el beneficio del plazo».

Sin el reembolso de las cantidades referidas en el artículo 3112-6.1 PCC, el retrayente no tiene derecho a entrar en posesión de los bienes retraídos ni a que se otorgue, en su favor, la correspondiente escritura pública. Con ello se tutelan los intereses del adquirente retraído.

Recogiendo doctrina jurisprudencial consolidada, en la Propuesta se establece que el retrayente habrá de reembolsar al tercero adquirente el precio realmente pagado, coincida o no con el reflejado en el contrato [art. 3112-6.1.a) PCC]⁵⁷. Esta regla se acompaña de la presunción, salvo prueba en contrario, de que el precio escriturado es el realmente satisfecho. De prevalecer el precio manifestado sobre el real se produciría bien un enriquecimiento injustificado del retrayente cuando el precio real fuera superior al declarado (práctica habitual favorecida por la tentación de defraudar las normas fiscales), bien un entorpecimiento del derecho de retracto si el precio declarado fuese superior al realmente satisfecho. La frecuencia con que se da en la práctica la divergencia entre el precio real y el escriturado explica el gran número de casos que llegan a los Tribunales. Ahora bien, el precio escriturado tiene especial relevancia en relación con el juego de la carga de la prueba, pues es el interesado quien debe demostrar, en su caso, que fue otro el verdaderamente satisfecho, sin que baste, a estos efectos, que figure un precio distinto en un documento privado —SSTS de 7 de julio de 1948 (*JC* 1948, t. VI, núm. 200), 29 de mayo de 1957 (*JC* 1957, t. LIX, núm. 428), 10 de mayo de 1958 (*JC* 1958, t. LXIX, núm. 333), 14 de febrero de 1973 (*JC* 1973, 69), 12 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3232), 10 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 4815) o 21 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993, 6651), entre otras—. Problema distinto es que el precio escriturado sea muy diferente al valor de mercado del bien. Aunque no es este, sino el precio realmente satisfecho el que debe reembolsar el retrayente (STS de 1 de diciembre de 1953, *JC* 153, t. XXXII, núm. 416), una diferencia notable entre el precio

de mercado y el consignado documentalmente puede ser un indicio valioso, dentro de una prueba de presunciones, para considerar probado que el precio declarado no fue el realmente pagado.

En segundo lugar, el artículo 3112-6.1.a), párrafo segundo PCC dispone que «(e)n el caso de dación en pago el importe del reembolso es el valor de mercado del bien dado en pago». Se da con ello solución a las dudas interpretativas surgidas ante la falta de regla expresa en el Código civil. En la actualidad, para algunos autores, si la transmisión se efectuó en virtud de dación en pago, la cantidad a satisfacer corresponde al valor de la deuda que quedó saldada a través de este expediente, mientras que para otros viene determinada por el valor del bien dado en pago y retraído. Pudiera pensarse que si se atiende a este último y el valor del bien es superior al de la deuda saldada, el acreedor retraído se enriquece sin causa; sin embargo entiendo que ello no es así, pues el acreedor aceptó el bien dado en pago por su valor y ahora recibe su equivalente. Si el bien vale menos que la prestación debida no se ve perjudicado el acreedor/adquirente/retraído, pues obtiene un valor equivalente al del bien que él aceptó en pago. En conclusión: es justo que el trayente deba pagar el equivalente al valor del bien.

En relación con los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa transmitida, tras afirmar —igual que el artículo 1518.2.º del Código civil— que deben reembolsarse estos [art. 3112-6.1.c) PCC]⁵⁸, se ha considerado conveniente recoger una excepción que, por vía de interpretación, defienden algunos autores en relación con el artículo 1518.2.º del Código civil: no son reembolsables los gastos útiles realizados con la intención de dificultar el ejercicio del retracto⁵⁹. Por otra parte, en cuanto a los gastos necesarios, se aclara, en el artículo 3112-6.2 PCC, que no son reembolsables los gastos ordinarios hechos para la conservación de la cosa. Es opinión generalizada, que los gastos ordinarios o de conservación son cargas del goce de la cosa, correspondiendo a la persona que ostentó este goce⁶⁰.

El artículo 3112-6.3 PCC establece que no son exigibles los gastos suntuarios, pero reconoce «ius tollendi» al adquirente retraído, que puede llevarse los objetos en que consistan aquellos si cabe hacerlo sin menoscabo del bien. Se acoge así la interpretación que de forma unánime mantiene la doctrina moderna sobre el artículo 1518 del Código civil, «sensu contrario».

En cuanto a la obligación de reembolsar los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la transmisión del bien, el artículo 3112-6.1.b) PCC mantiene la fórmula del artículo 1518.1.º del Código civil, salvo que cambia «venta» por «transmisión». La finalidad de la regla es evitar que el primitivo adquirente sufra cualquier lesión en su patrimonio. El pago debe ser «legítimo», como contraposición a meramente voluntario, y efectivamente realizado⁶¹. La concreción doctrinal y jurisprudencial de los gastos

a reembolsar *ex* artículo 1518 del Código civil es eminentemente casuística y resulta aplicable a la PCC⁶².

En otro orden de cosas, el artículo 3112-1.3 PCC dispone que «*(e)n los negocios en que se ha pactado un pago aplazado, el titular del derecho de adquisición preferente que lo ejerce conserva el beneficio del plazo*». De ello se infiere que cuando parte del precio quedó aplazado, solo se reembolsará al adquirente retraído lo que este hubiese efectivamente satisfecho. En la actualidad, la regla puede deducirse, por interpretación, del Código civil pues, como recuerdan las SSTs de 11 de diciembre de 1944 (*JC* 1944, t. VIII, núm. 82), y de 20 de marzo de 1959 (*JC* 1959, t. LXXVII, núm. 192), hay que aplicar al retrayente las mismas condiciones de precio, plazo y garantías que al retraído. De lo contrario, no cabría predicar la «subrogación» a la que, aun en sentido atécnico, hace referencia el artículo 1521 del Código civil. A esta solución se ha opuesto que ello supone una verdadera novación del contrato que, al realizarse sin el consentimiento del transmitente, vulnera la norma del artículo 1205 del Código civil⁶³. En cualquier caso, esta novación viene impuesta por ley. Con el texto de la propuesta se pretende zanjar las dudas.

Del artículo 3113-3 PCC resulta que en el título constitutivo puede pactarse el derecho de adquisición ante transmisiones gratuitas. En tal caso debería fijarse la cantidad a satisfacer, o entender que ha de abonarse el valor de mercado del bien. En sede de tanteo de origen legal, el artículo 3112-2.3 establece: «*Cuando la transmisión se produce mediante un negocio a título gratuito o a título oneroso en el que no existe precio propiamente dicho, el tanteante debe satisfacer el valor de mercado del bien*».

B. Deber de consignación

El artículo 3112-6.4 PCC regula, como requisito de admisibilidad de la demanda de retracto, el deber de consignar el precio de la enajenación cuando sea conocido y ofrecer el pago de los gastos de legítimo abono. Si el precio no es conocido al interponer la acción, debe prestarse garantía suficiente de que será consignado cuando se conozca. Se tutelan así los intereses del demandado y se asegura la seriedad de la demanda (STC 12/1992, de 27 de enero —ECLI:ES:TC:1992:12—).

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), a diferencia de la de 1881 (arts. 1618 y sigs.), no regula un juicio especial de retracto, sino que ordena que se sustancien por los trámites del juicio ordinario las acciones de retracto de cualquier tipo, con independencia de su cuantía (art. 249.1. 7.º LEC). Existen, sin embargo, algunas especialidades relativas a ciertos requisitos de procedibilidad, en concreto, la necesidad

de acompañar determinados documentos para que se admita a trámite la demanda (arts. 266.2.º y 269.2.º LEC)⁶⁴, y, cuando así se exija por ley o por contrato, la consignación del precio si fuere conocido o garantía de que se consignará en cuanto lo fuere, todo lo cual debe acreditarse documentalmente (art. 266.2.º LEC) —originalmente se trataba del número 2.º del artículo 266; pasó a ser el 3.º tras la reforma por LO 7/2015, de 21 de julio—.

El artículo 266.2.º LEC manifiesta una significativa diferencia con el artículo 1618.2.º LEC/1881. Este último, al enumerar los requisitos que debían cumplirse para que fuera admitida la demanda de retracto, establecía: *«Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea»*⁶⁵. El precepto vigente, en cambio, obliga a presentar los documentos que acrediten la consignación o, en su caso, afianzamiento, solo *«cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato»*. Es decir, a diferencia de lo que ocurría con el artículo 1618.2.º LEC/1881, el deber de consignación no deriva de modo automático del artículo 266.2.º LEC, pues este solo se refiere a la obligación de acreditar el haber consignado cuando alguna norma legal o el contrato impongan aquel deber. Por tanto, en la actualidad, solo si se localiza una norma distinta al artículo 266.2.º LEC que establezca el requisito de la consignación para admitir la demanda de retracto, o se hubiese establecido así en el título constitutivo, podrán los Tribunales inadmitir la demanda de faltar dicha consignación o no haberse acreditado documentalmente su práctica.

El Código civil no contiene norma que imponga en los procedimientos en que se ejercite una acción de retracto, la consignación o, en su caso, afianzamiento del precio, aunque sí que existen algunos preceptos de Derecho autonómico que la regulan⁶⁶. El Tribunal Constitucional entendió en la STC 144/2004, de 13 de septiembre, que el artículo 1518 del Código civil no establece tal deber de consignación o caución. Solo a partir de una indebida confusión *«entre, de un lado, la consignación o la constitución de caución como requisito procesal para la admisión a trámite de la demanda de retracto, al que se refiere el artículo 266.3 de la vigente LEC, y que supedita (...) a que se exija por Ley o por contrato y, de otro lado, el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el artículo 1518 del Código civil, no como requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino como requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo»*, podría defenderse lo contrario (la STC 145/1998, de 30 de junio ya había distinguido con nitidez ambos institutos). Pese a todo, en la práctica sigue procediéndose a la consignación, probablemente por la inercia derivada del sistema anterior⁶⁷. En la Propuesta de Código civil, se ha considerado oportuno establecer el deber de consignación como mecanismo de tutela de los intereses del adquirente que sufre el retracto (cfr. art. 3112.6.4 PCC).

En relación con los medios de consignación, a finales de los años 90 se produjo un cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo, refrendado por el Tribunal Constitucional. Hasta esa fecha, si el precio era conocido, el Tribunal Supremo solo admitía, como medios válidos de consignación, el depósito en metálico y los cheques conformados; no así los simples cheques barrados, ni el aval bancario —SSTS de 20 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 3214) o de 11 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5579)—. Esta doctrina cambia a partir de la STS de 15 de abril de 1998 (*RJ* 1998, 2982) que, por primera vez, admite la validez de la consignación del precio en el retracto mediante aval bancario. Pocos meses después, la STC 145/1998, de 30 junio (ECLI:ES:TC:1998:145), acoge la misma solución⁶⁸. Tal jurisprudencia resulta plenamente aplicable bajo el régimen que se propone —art. 3112-6 PCC—.

4. ACTOS O NEGOCIOS QUE FACULTAN PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA

La Propuesta de Código civil regula esta cuestión en el artículo 3113-3 (*«Actos o negocios que facultan para su ejercicio»*), con carácter dispositivo. Se fija la posibilidad de ejercer los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria en los casos de compraventa, dación en pago, transmisión forzosa en pública subasta y aquellos que presenten analogía con los anteriores, atendida la naturaleza y función del negocio, salvo que en el título constitutivo se disponga otra cosa, pues lo establecido en él, tanto en sentido reductor como extensivo, prevalece. Salvo estipulación en contrario, no afectan al derecho de adquisición preferente las transmisiones a título gratuito, bien lo sean por acto entre vivos o por causa de muerte.

Cabe, con todo, que se pacte el ejercicio del derecho ante transmisiones a título gratuito. Y también ante transmisiones a título oneroso —distintas a la dación en pago— en las que no exista un precio propiamente dicho. Estos supuestos no son desconocidos en la actualidad en el ámbito de los derechos legales de adquisición preferente (*vid.*, p.e., el art. 22 LAR). En tales casos, como es lógico, el tanteante o retrayente no adquirirá en las mismas condiciones que lo hubiera hecho o que lo hizo el tercero⁶⁹ (no se puede hablar en sentido estricto de *«tantundem»*), sino que tendrá que pagar el valor del bien o la contraprestación establecida en el título constitutivo (conviene precisar en él con cuidado este extremo). Es esencial que los mecanismos que en su caso se establezcan para determinar el valor a satisfacer no se dejen al arbitrio de las partes y revistan los requisitos de determinación susceptibles de satisfacer las exigencias del principio de especialidad, pues solo así podrán tener acceso al Registro de la Propiedad (recuérdese que la

Propuesta configura la inscripción con carácter constitutivo). En el caso de pactarse la preferencia adquisitiva ante transmisiones a título gratuito o en que, aun siendo a título oneroso, no haya precio en sentido técnico (p.e., aportación a sociedad, permuta, etc.), si no se ha fijado la contraprestación a satisfacer en el título constitutivo o los criterios para fijarla, se aplica, por remisión del artículo 3113-5, la regla contenida en el artículo 3112-2.3 con referencia a los derechos de adquisición preferente de origen legal (*«Cuando la transmisión se produce mediante un negocio a título gratuito o a título oneroso en el que no existe precio propiamente dicho, el tanteante debe satisfacer el valor de mercado del bien»*), regla que debe entenderse extensiva al ejercicio en fase de retracto.

Las reglas anteriores se completan con otras dos, por remisión del artículo 3113-3.2 PCC a lo dispuesto en el artículo 3112-1. 2 y 3 PCC, ubicado en sede de derechos de adquisición preferente de origen legal. Cuando, con el fin de eludir el ejercicio del derecho de adquisición preferente, se simula un negocio distinto a los antes citados, el titular del derecho puede ejercerlo de modo simultáneo con la acción de simulación. Debe interpretarse que solo puede ejercerlo conjuntamente con la acción de simulación. Además, en los negocios en que se ha pactado un pago aplazado el titular del derecho de adquisición preferente conserva el beneficio del plazo.

5. COLISIÓN ENTRE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE DISTINTO TIPO

En la Propuesta de Código civil se ha creído conveniente dedicar un precepto a ordenar la preferencia entre derechos de adquisición preferente de distinto tipo, cuestión que carece de regulación general en el Derecho vigente⁷⁰, en el que solo pueden encontrarse reglas que atienden a supuestos concretos. Se opta por considerar preferentes los de origen legal sobre los de constitución voluntaria (art. 3112-10.1 PCC). Entre los primeros se establece una jerarquía que detalla el artículo 3112-10.2 y 3 PCC.

«2. Entre los derechos de adquisición preferente de origen legal el orden de preferencia es el siguiente:

- a) Derecho de adquisición preferente del comunero y, en su defecto, el del nudo propietario en la enajenación del usufructo.*
- b) Derecho de adquisición preferente del arrendatario.*
- c) Derecho de adquisición preferente de los colindantes.*

3. Las reglas anteriores se entienden sin perjuicio de lo establecido por las leyes especiales respecto de los derechos de adquisición preferente regulados a favor de las Administraciones Públicas».

Entre los de origen voluntario, el rango queda determinado por la prioridad en la inscripción que, recuérdese, tiene carácter constitutivo (art. 3112-10.4). Debe atenderse a tal efecto, conforme con las normas de Derecho inmobiliario registral, a la fecha y hora del asiento de presentación.

IV. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN DIRECTA. DERECHO DE OPCIÓN Y DERECHO DE READQUISICIÓN

1. EL DERECHO DE OPCIÓN

A) Concepto, naturaleza y constitución

El derecho de opción puede definirse como el derecho subjetivo de carácter patrimonial, de duración temporalmente limitada, que faculta a su titular (optante) para adquirir el bien por el precio o contraprestación y dentro del plazo de tiempo fijados en el negocio constitutivo (cfr. art. 3111-1.3 PCC). Este derecho carece de la nota de preferencia característica del tanteo y el retracto. El poder adquisitivo del optante opera con independencia de la voluntad transmisiva del propietario y sin necesidad de que exista un tercero con interés en adquirir. Su ejercicio perfecciona un contrato con finalidad traslativa de dominio (o de otro derecho real), habitualmente una compraventa. En la Propuesta de Código civil se opta por un sistema en que la adquisición de la propiedad (u otro derecho real) no es automática, sino que requiere tradición. Si el propietario del bien (concedente o subadquirente) se niega a otorgar la escritura pública, que implica tradición, puede hacerlo el juez en su nombre a instancia del interesado. Ahora bien, este podrá otorgarla unilateralmente si se ha establecido así en el título constitutivo.

La constitución de un derecho real de opción permite al optante deliberar sobre la conveniencia o no de celebrar el contrato definitivo, a cuya conclusión ha quedado vinculado, durante cierto tiempo, el concedente o quien sea propietario del bien en cada momento. O le da margen para intentar conseguir el numerario o crédito o la conjunción de determinadas circunstancias que hagan viable la adquisición. De este modo el optante se asegura la eventual adquisición, en el futuro y en las condiciones pactadas, del bien o derecho sujeto a la opción. Ahí radica la función o interés legítimo que justifica este derecho, aunque también puede dar cauce a maniobras especulativas.

La importancia práctica de tales cuestiones se acentúa por la amplia utilización de la figura en el sector de la promoción inmobiliaria, donde la opción de compra se presenta como un instrumento que, entre otras cosas,

permite garantizar la adquisición de suelo en el futuro, una vez solventadas las cuestiones urbanísticas y administrativas vinculadas al proyecto constructivo, sin tener que desembolsar, de momento, el importe equivalente al valor de este suelo, que puede acabar interesando o no.

Bajo el Derecho vigente suele tener origen convencional y si se inscribe en el Registro de la Propiedad —lo que puede hacerse cumplidos ciertos requisitos que detalla el artículo 14 RH—, goza de eficacia «erga omnes». La doctrina se halla dividida en cuanto a su naturaleza jurídica, debatiéndose si cabe encuadrarlo en la polémica categoría de los derechos potestativos o si constituye o no un derecho real.

La opción de compra se encuentra tipificada en los Derechos especiales de Navarra (leyes 460 y 461 y ley 517 del Fuero Nuevo de Navarra) y Cataluña (capítulo VIII del título VI del libro quinto del Código civil de Cataluña — Ley 5/2006, de 10 de mayo —). En el ámbito registral, el artículo 14 RH regula su inscripción en el Registro de la Propiedad⁷¹. Además, es objeto de regulación parcial en el artículo 13.1 LAU, en cuanto al derecho del arrendatario a continuar en el arrendamiento cuando se resuelva el del arrendador por el ejercicio de una opción de compra, entre otras causas. Por su parte, el artículo 251.3.ª.4.º LEC se refiere a la determinación de la cuantía de la demanda cuando esta se base en el derecho a adquirir la propiedad de un bien o bienes por opción de compra.

La Propuesta de Código civil dedica al derecho real de opción la sección 3.ª («Del derecho de opción») del capítulo III («De los derechos de adquisición de constitución voluntaria») del título XI («De los derechos de adquisición») del libro III («De los bienes»). Le resultan aplicables las disposiciones generales del citado capítulo, contenidas en el artículo 3113-1 PCC, además de las normas específicas de la sección 3.ª integrada por los artículos 3113-8 a 3113-15 PCC, así como las disposiciones generales del título XI, alojadas en el capítulo I (arts. 3111-1 a 3111-4 PCC).

El artículo 3111-1.3 PCC señala que *«(e)l derecho de opción faculta a su titular para adquirir la propiedad u otro derecho real sobre un bien por el precio o contraprestación y dentro del plazo de tiempo fijados en el título que lo constituye»*. El concepto ofrecido responde al general del derecho de opción, pero circunscrito a los supuestos en que este puede tener naturaleza real, lo que exige, en todo caso, que el contrato definitivo sea un contrato traslativo de dominio o de otro derecho real con perspectiva adquisitiva (el paradigma sería la opción de compra).

El derecho de opción tendrá naturaleza real cuando reúna los requisitos señalados en el artículo 3111-3 PCC, a los que ya me he referido en el epígrafe II, al cual me remito, no sin recordar que se dota a la inscripción de carácter constitutivo⁷². El libro III de la PCC se limita a regular la opción adquisitiva de carácter real, sin perjuicio de que en el tráfico puedan

funcionar derechos de opción meramente obligacionales, que quedan al margen de aquella regulación.

Conforme con el artículo 3113.1.1 PCC, el derecho real de opción puede tener su origen en un acto «inter vivos» o «mortis causa», a título gratuito u oneroso. Por tanto, no solo mediante contrato, sino también a partir de un negocio unilateral como el testamento. En la primera hipótesis, puede tratarse de un contrato autónomo (contrato de opción) o de un pacto inserto en un contrato que regule la opción en el marco de una relación jurídica a la que se sume aquella, p.e., un arrendamiento con derecho de opción, en cuyo caso el derecho de adquisición se verá afectado por la terminación de la citada relación.

El título constitutivo debe tener un contenido mínimo. Se aplica, a tal efecto, lo dispuesto, con carácter general, para todos los derechos de adquisición de constitución voluntaria, en el artículo 3113.1.2 PCC, con las especialidades del artículo 3113-8 PCC.

En relación con las prescripciones sobre contenido mínimo del artículo 3113-1.2 PCC, este incluye las siguientes menciones:

- a) El sujeto o sujetos a favor de quienes se constituye.
- b) El objeto sobre el que recae.
- c) El plazo de duración del derecho.
- d) La voluntad del constituyente o constituyentes de configurar el derecho como real.
- e) En su caso (es decir, en la hipótesis de constituirse la opción con carácter oneroso), la prima convenida para conceder el derecho de adquisición. La prima no se considera anticipo del precio, salvo pacto en contrario⁷³. Resultaría aplicable, de prosperar la Propuesta, la jurisprudencia moderna según la cual el impago de la prima permite exigir su reclamación judicial, no así resolver el contrato por esta causa, salvo que dicho impago se haya configurado con el carácter de condición resolutoria expresa⁷⁴.
- f) El domicilio del titular del derecho de adquisición preferente o del concedente de la opción a los efectos de las notificaciones preceptivas. Adicionalmente las partes pueden señalar una dirección electrónica para la práctica de las citadas notificaciones siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente del envío y recepción, y del momento en que se hizo.

Por su parte, el artículo 3113-8 PCC añade a las prescripciones anteriores dos cuestiones que deben incluirse en el título constitutivo del derecho de opción:

- a) El precio o contraprestación a satisfacer por el bien en caso de ejercerse la opción o los criterios objetivos para su determinación. La con-

traprestación, aunque no lo especifique el precepto, no tiene por qué ser pecuniaria. Ha de entenderse que cabe la fijación del precio por remisión al arbitrio de un tercero⁷⁵.

b) En su caso, el pacto al que se refiere el artículo 3113-10.5.II PCC. Se trata del pacto que faculta al optante para otorgar unilateralmente la escritura en que se formaliza su adquisición, sobre el que volveré después.

B) Duración

La Propuesta de Código civil regula básicamente tres cuestiones relativas a la duración del derecho real de opción:

1. El plazo máximo de duración, que se fija en diez años, con una especialidad para el supuesto de que el derecho de opción se constituya como anejo a un arrendamiento, superficie, hipoteca u otro derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso, la duración puede alcanzar, sin excederla, la totalidad de la de este, con las prórrogas correspondientes⁷⁶ (arts. 3113-9.1 y 3 PCC).

2. El plazo legal supletorio en defecto de pacto —que coincide con el anterior— (art. 3113-9.1 PCC).

3. Y la posibilidad y duración de eventuales prórrogas⁷⁷ (art. 3113-9.2 PCC). Las partes pueden pactar prórrogas sucesivas, cada una de las cuales no puede exceder del plazo máximo antes mencionado. Las prórrogas han de estipularse, en su caso, mientras no haya caducado el plazo inicial o la prórroga anterior, dado que se trata de una simple novación modificativa. Tales prórrogas, de producirse, solo afectarán a terceros una vez hayan accedido al Registro de la Propiedad.

Debe entenderse que el plazo es de caducidad, por lo que se aplica lo dispuesto en los artículos 620-1 a 620-4 PCC, que integran el título II del libro Sexto («*De la prescripción y de la caducidad*»).

B) Ejercicio

El artículo 3113-10 PCC, rubricado «Ejercicio» señala, de acuerdo con un criterio jurisprudencial ampliamente reiterado, que el derecho de opción se ejerce mediante declaración de voluntad unilateral recepticia dentro del plazo de duración. El optante debe notificar fehacientemente el ejercicio de la opción en el domicilio o, en su caso, en la dirección de correo electrónico señalada a tal efecto en el título constitutivo. Lógicamente, si el bien ha

pasado a ser propiedad de un tercero, será a este a quien haya que notificar el ejercicio de la opción. En el caso de haberse inscrito la transmisión, el domicilio del nuevo titular constará en el Registro de la Propiedad. Se considera ejercido tempestivamente el derecho de opción cuando el optante emite la correspondiente declaración de voluntad antes de que transcurra el plazo de caducidad del derecho, aunque la misma llegue al concedente (o al propietario actual) fuera de plazo sin culpa del optante.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la opción no es un modo de adquirir el dominio, sino que se exige que concurra tradición, por aplicación de las reglas generales de la Propuesta de Código civil sobre adquisición de la propiedad y demás derechos reales (cfr. arts. 400-1 y 411-1 PCC), de las que no se ha querido separar aquella en sede de derecho de opción. La solución es pues distinta a la acogida en el CCCataluña, según lo interpretan los autores⁷⁸.

El ejercicio de la opción supone, en su caso, la consumación del contrato de opción y la perfección del contrato definitivo, sin necesidad de que el concedente deba emitir, a tal efecto, una nueva declaración de voluntad, pues ya prestó su consentimiento a este, con carácter irrevocable, en el contrato de opción (cfr. art. 3113-10.4 PCC). Por el juego del artículo 523-3 PCC, equivalente, *mutatis mutandi* al artículo 1279 del Código civil, el optante tiene derecho a exigir la formalización en escritura pública del contrato definitivo, ya perfeccionado mediante el ejercicio de la opción. Dicha escritura servirá, en la mayor parte de los casos, como tradición (art. 412-2 PCC, equivalente al art. 1462.II CC), al efecto de transmitir la propiedad de la cosa. El concedente de la opción o, en su caso, el propietario actual del bien, tiene la obligación de colaborar en el otorgamiento de la citada escritura. Si no se aviene a otorgarla, lo hará el juez en su nombre. Sin embargo, el optante está facultado para otorgar unilateralmente la escritura cuando así se ha pactado de manera expresa, una vez acreditada la notificación y la consignación del precio, sin necesidad de que concurra la otra parte, que ya prestó su consentimiento al perfeccionarse el contrato de opción⁷⁹. En estos casos la DGRN entiende, en la actualidad, que el título inscribible, con valor traditorio, ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción, otorgada por ambas partes, y por la escritura de ejercicio de la opción, otorgada unilateralmente por el optante-adquirente (así, entre otras, la RDGRN de 19 de julio de 1991 —RJ 1991, 5445—).

El pago del precio del bien no es requisito de perfección del contrato definitivo salvo que se disponga lo contrario en el título constitutivo⁸⁰. Esta regla refleja el estado actual de la jurisprudencia⁸¹. Debe interpretarse que si se configura en el título constitutivo como requisito de perfección y el concedente o el propietario actual se niega a recibir el precio, el optante puede consignarlo a su disposición, con lo que se entendería cumplida su obligación.

C) Transmisibilidad del bien y del derecho de opción

La Propuesta dedica sendos preceptos a la transmisibilidad, por un lado, del propio derecho de opción (art. 3113-11 PCC) y, por otro, del bien sujeto al mismo (art. 3113-12 PCC)⁸². Son cuestiones que han suscitado tradicionalmente dudas interpretativas y sobre las que, en principio, cabía adoptar distintas soluciones.

Se establece que el derecho de opción es transmisible sin necesidad de consentimiento del concedente (ni del propietario actual del bien, de ser otro), salvo que se haya constituido en consideración a su titular (cuya muerte provoca, en tal caso, la extinción del derecho) o se disponga lo contrario en el título constitutivo. No son extraños en la realidad los casos en que el titular del derecho de opción lo ha convenido pensando en transmitirlo a otra persona interesada a cambio de un precio, en lugar de ejercerlo él mismo. Las partes pueden acordar que el concedente tenga derecho a participar del precio de la cesión onerosa del derecho de opción⁸³. Aunque no lo diga de modo expreso el precepto, hay que entender que el derecho de opción puede hipotecarse⁸⁴. Por otra parte, como señala COCA PAYERAS (2001, 195), la transmisión se somete a las mismas reglas formales que la constitución. Conforme con la PCC, será pues exigible su formalización en documento público e inscripción registral.

En cuanto al bien, puede transmitirse la propiedad del mismo sin consentimiento del optante, salvo que en el título constitutivo se establezca prohibición de enajenar. Existe obligación de notificar la transmisión al optante, dado que este ejercerá la opción, en su caso, frente al propietario actual del bien. La transmisibilidad del bien supone que la constitución de un derecho real de opción no implica cierre registral. Puede haber terceros interesados en adquirir el bien. Por una parte, no es seguro que el optante llegue a ejercer su derecho; por otra, el eventual riesgo de que sí que lo haga puede reflejarse en el precio de la transmisión si así lo convienen las partes. En cualquier caso, el derecho real de opción —que, recordemos, se habrá inscrito con carácter constitutivo— persiste y puede hacerse valer frente a quien resulte propietario del bien en cada momento (reipersecutoriedad).

F) Preferencia sobre las cargas posteriores

Dado que el derecho de opción no supone prohibición de disponer para el concedente y la inscripción de la opción no opera el cierre registral, aquel puede, aun después de la inscripción de la opción, enajenar la finca o constituir gravámenes sobre ella, y sus acreedores pueden embargar el bien y anotar la traba en el Registro de la Propiedad. Sin perjuicio, claro está,

de que, al ejercer la opción, el optante pueda hacer valer su preferencia, que se manifiesta, en el plano registral, en la cancelación por purga de las cargas posteriores. El artículo 3113-13 PCC, pensado para bienes inmuebles, establece, al respecto, las siguientes reglas.

Los derechos reales o gravámenes posteriores a la inscripción del derecho de opción (usufructo, hipoteca, anotación de embargo, etc.) *«no afectan al optante, que adquiere el bien libre de los mismos»*. Quedarán, pues, extinguidos si el titular de la opción la ejerce. En consecuencia, los asientos registrales mediante los que hayan accedido tales cargas al Registro de la Propiedad se cancelarán previa acreditación de la consignación del precio o contraprestación⁸⁵ —hasta el límite máximo del valor de las cargas— a disposición de sus titulares, a los que hay que notificar tanto el ejercicio del derecho de opción como la consignación practicada a su favor. No obstante, el optante puede elegir que las cargas subsistan con deducción de su valor del precio a satisfacer. Esta última regla no constaba en el texto de la PCC publicado en 2018, sino que se decidió incorporarla posteriormente⁸⁶.

De la cantidad a consignar puede deducirse:

- a) El importe de la prima de la opción cuando se considere parte del precio. Como señala la RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971), al constar en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción se deducirá del precio, si se ejercita tal derecho, cualquier titular de un derecho posterior tiene conocimiento de que tal cantidad no se consignará.
- b) El importe de las cargas anteriores y preferentes a la propia opción, asumidas o satisfechas por el optante⁸⁷, aun cuando este importe absorba la totalidad del precio. La finalidad es evitar un enriquecimiento injusto del titular de la carga posterior en perjuicio del optante⁸⁸.

Queda excluido el deber de consignar⁸⁹:

- a) Si los titulares de cargas posteriores a la inscripción del derecho de opción consienten en ello.
- b) Si los titulares de estas cargas admiten una prestación sustitutoria en lugar de la consignación del precio⁹⁰.

El pacto de compensar el precio con las deudas que el concedente tenga con el optante no excluye el deber de consignar.

Las reglas anteriores recogen doctrina consolidada de la DGRN, salvo la posibilidad de que el optante elija que las cargas subsistan con deducción de su valor del precio a satisfacer. Puede atenderse, entre otras, a las RRDGRN de 30 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2654), 16 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015,

6597), 27 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5498), 5 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 8272), 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971), 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684), 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184), 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217), o 28 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982, 5369).

En cuanto a la argumentación, la DGRN entiende aplicable la norma del artículo 79.2 LH a la cancelación de las cargas que hayan accedido al Registro de la Propiedad con posterioridad a la opción de compra aunque lo hayan hecho antes de su ejercicio, entre las que se encuentran las anotaciones de embargo, que constituyen el supuesto más litigioso —RRDGRN de 23 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 6923), 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971) o 2 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 6508), entre otras—. Para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores, salvo que dichos titulares consientan en lo contrario o admitan una prestación sustitutoria. El precio consignado, pasará a ocupar por subrogación real la posición jurídica que al inmueble correspondía [cfr. por analogía arts. 1504 CC, 131.17.a) LH y 175.6 RH], de modo que los derechos que antes convergían sobre este, pasan ahora a recaer sobre aquel⁹¹.

Debe entenderse que si se pactó el aplazamiento del precio que habría de satisfacer el optante, no cabrá, en principio, su consignación, ni por consiguiente la cancelación de las cargas no preferentes, hasta que venza el plazo⁹², salvo que el interesado renuncie o las partes pacten la extinción del beneficio del plazo, sin perjuicio de tercero.

La DGRN ha destacado en numerosas resoluciones, a partir de la de 7 de diciembre de 1978⁹³, la primera que estableció la doctrina que se recoge en el artículo 3113-13 PCC, que aunque la necesidad de consignación en el caso que analizamos no se regula de modo expreso por el Derecho positivo, resulta de los principios generales del Derecho y de la aplicación analógica del régimen correspondiente a dos supuestos con los que considera que guarda identidad de razón a la vista de los intereses en juego. El primero corresponde a la cancelación de los derechos constituidos sobre bienes sujetos a condición resolutoria, cuando esta se cumple (art. 175.6.^a RH). El segundo, redirige a las reglas del procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria, en cuanto establecen la necesidad de consignar el sobrante tras el pago al acreedor ejecutante y una vez cubiertos los gastos del procedimiento, a favor de los titulares de derechos posteriores (en la actualidad hay que estar al artículo 236.K.2 RH). El fin perseguido no es otro que cohonestar, en la medida de lo posible, el derecho preferente del optante con la tutela de los intereses de los titulares de cargas posteriores. En teoría caben varios sistemas posibles para lograr esto, que oscilan entre declarar la subsistencia de tales cargas con deducción de su valor del precio que el optante ha de satisfacer al concedente o al actual propietario de la finca; hasta establecer la extinción de tales cargas, pero garantizando en la medida de lo posible

la satisfacción de su valor a sus titulares. La DGRN defiende este último sistema⁹⁴; la consignación es la forma de garantizar la protección de los titulares de cargas no preferentes, que se liquidan⁹⁵. En coherencia con esta forma de gestionar el conflicto de intereses, no queda enervada la obligación de consignar el precio en su totalidad por haber pactado las partes que se compensaría el precio de la compraventa resultante del ejercicio del derecho de opción con las deudas que pudiera tener el concedente con el optante (pacto que podría encubrir una opción en garantía)⁹⁶.

En la Propuesta de Código civil se sigue, en principio, este modelo, pero con un importante matiz que consiste, como he dicho, en la posibilidad de que el optante elija, si así lo prefiere, que las cargas subsistan con deducción de su valor del precio a satisfacer.

G) Conservación del bien, gastos, frutos, mejoras y accesiones

El artículo 3113-14 PCC⁹⁷ regula con carácter dispositivo estas cuestiones, de modo que cabe establecer otras reglas diferentes en el título constitutivo. Impone al propietario la obligación de conservar con diligencia el bien objeto del derecho de opción, respondiendo frente al optante por el deterioro que sufra por su culpa o dolo, lo que incluye la pérdida parcial o total del bien⁹⁸. Igualmente, atribuye al titular del derecho de opción la facultad de inspeccionar el bien para comprobar su estado de conservación. Corresponden al optante los frutos pendientes al ejercerse el derecho de opción, sin que aquel deba satisfacer compensación alguna. Igual regla se aplica a las accesiones y a las mejoras útiles realizadas por el propietario. Las mejoras suntuarias o de puro lujo y recreo no son reembolsables pero el propietario goza de «ius tollendi».

H) Cancelación de la inscripción del derecho de opción caducado

Se ha considerado conveniente ordenar esta materia en la Propuesta de Código civil mientras no se regule en la legislación hipotecaria, que es su sede natural. La cancelación del asiento de inscripción del derecho de opción una vez transcurrido su plazo de duración, exige la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes (art. 3113-15 PCC):

- a) Consentimiento del optante.
- b) Resolución judicial de la que resulte que el derecho de opción se ha extinguido por no ejercicio del mismo.
- c) Estipulación expresa en el negocio constitutivo de la posibilidad y mecanismos para acreditar unilateralmente el concedente de opción o sus

causahabientes que el derecho ha caducado por transcurso del plazo sin que haya sido ejercido, unida a la citada acreditación⁹⁹.

d) Transcurso de cinco años desde la finalización del plazo para el ejercicio del derecho, salvo prórroga legal del asiento registral, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercido el derecho¹⁰⁰, modificado el título o reclamado judicialmente su cumplimiento¹⁰¹. Esta regla obedece a la norma del artículo 177.I RH¹⁰², que evita tener que acudir necesariamente a un proceso judicial con el fin de permitir la cancelación del asiento de inscripción en casos que versan sobre derechos temporales, cuyo ejercicio está sometido a un plazo de caducidad (opciones de compra, retractos convencionales, etc.)¹⁰³.

El supuesto de hecho parte del transcurso del plazo de duración del derecho de opción sin que en el Registro aparezca que ha sido ejercido. En esta tesitura, el propietario del bien, insta la cancelación de la inscripción del derecho de opción. Se trata de una materia delicada y litigiosa. ¿La razón? Puede suceder que este derecho haya sido ejercido legítimamente, pero esta circunstancia y la correspondiente adquisición a favor del optante no hayan accedido al Registro de la Propiedad. En tal caso, el Registro publica una opción cuyo plazo ha transcurrido sin que los datos registrales ofrezcan información acerca de si ha sido o no ejercida. La cuestión, entonces, es determinar si cabe la cancelación automática por caducidad de la inscripción de la opción, aunque sea a instancia del interesado, o, por el contrario, se requiere el consentimiento del optante o, en su caso, resolución judicial.

La Propuesta de Código civil intenta resolver de forma equilibrada el conflicto de intereses que plantea la hipótesis descrita, a partir de lo que constituye doctrina consolidada de la DGRN¹⁰⁴. Conforme con esta doctrina, la distinción entre el plazo de caducidad o duración del derecho de opción y la duración del asiento registral, que tiene, en principio, una vigencia indefinida, tiene dos consecuencias básicas. En primer lugar, permite al registrador de la propiedad hacer constar en el Registro el ejercicio tempestivo del derecho de opción aun después de transcurrido el plazo previsto para dicho ejercicio. Obsérvese que lo que se produce fuera del plazo de caducidad establecido para el ejercicio de la opción, no es —no podría serlo, por definición— dicho ejercicio, sino la inscripción de un ejercicio realizado temporáneamente fuera del Registro. En segundo lugar, y en relación con la cuestión anterior, el mero transcurso del plazo previsto para ejercer la opción no permite por sí solo cancelar el asiento de inscripción de esta (no resulta aplicable el procedimiento simplificado del art. 353.3 RH); si el derecho del optante se ha extinguido en la esfera civil —que es donde vive o fenece— hay que acudir, en principio, a la regla general del artículo 82 LH para obtener la cancelación de la inscripción: se requiere

consentimiento del titular o resolución judicial. El problema anterior, con todo, queda resuelto si al pactarse la opción de compra, las partes convienen con claridad un mecanismo que permita al concedente de la opción instar y obtener la citada cancelación. En cualquier caso, transcurridos cinco años desde la finalización del plazo de duración del derecho de opción, no se aplica el régimen anterior, sino que, ahora sí, podrá procederse a la cancelación automática del asiento en los términos del artículo 3113-15.d) PCC, antes expuestos.

2. EL DERECHO DE READQUISICIÓN

A) *Ideas introductorias*

La doctrina y la jurisprudencia modernas conciben en general el «retracto convencional» de los artículos 1507 a 1520 del Código civil como un derecho de naturaleza real¹⁰⁵. A partir de esta idea, se ha regulado la figura —bajo el nombre «derecho de readquisición»— en el libro III de la PCC, que le dedica la sección 4.^a («Derecho de readquisición»), del capítulo III («De los derechos de adquisición de constitución voluntaria») del título XI («De los derechos de adquisición»). Queda a salvo la posibilidad de estipular pactos de retroventa con eficacia meramente obligacional, cuyo incumplimiento se resolverá con una indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 3111-1.4 PCC describe de modo sintético su contenido, al señalar que el derecho de readquisición faculta a su titular para recuperar en los términos pactados el bien transmitido, con la obligación de satisfacer los reembolsos a los que se refiere el artículo 3112-6.

Se concibe como una modalidad del derecho de opción¹⁰⁶, pero con especialidades respecto del régimen general de este. Su ejercicio no se vincula a la previa intención de enajenar el bien o a la efectiva enajenación por parte del sujeto pasivo del mismo. Esto lo aleja de los tanteos y retractos de constitución voluntaria, que son derechos de adquisición preferente, como antes se ha explicado¹⁰⁷. El ejercicio del derecho de readquisición depende de la sola voluntad de su titular, temporáneamente manifestada y, por supuesto, cumpliendo los requisitos que marca la ley, lo que encaja con el patrón del derecho de opción. Pero al mismo tiempo, supone una especialidad respecto de la figura general del derecho de opción, en primer lugar, por tratarse de un derecho a readquirir o recuperar y no a adquirir de nuevo¹⁰⁸; y, en relación con la anterior característica, por originarse a raíz de un pacto accesorio a la compraventa o a otro contrato con finalidad traslativa del dominio¹⁰⁹, sin perjuicio de su ulterior transmisibilidad.

De ahí que pueda hablarse de una subcategoría dentro del derecho de opción, cuyas normas operan con carácter supletorio en lo no previsto en la sección 4.^a, relativa al derecho de readquisición (art. 3113-20 PCC)¹¹⁰. A través de esta remisión se resuelven cuestiones tales como la transmisibilidad, ejercicio del derecho, conservación del bien, mejoras y accesiones o cancelación de la inscripción del derecho de readquisición caducado. Por supuesto, también se aplican las normas contenidas en las disposiciones generales del capítulo I del título XI de la PCC, ya que el derecho se integra en la categoría de los derechos de adquisición.

Concorre, en relación con este derecho, una circunstancia significativa de la que no se benefician los derechos de tanteo y retracto de constitución voluntaria ni el derecho de opción. Consiste esta en su tipificación en el Código civil, donde, bajo la denominación «retracto convencional», anida una regulación bastante extensa (arts. 1507 a 1520 CC). De ahí que se haya podido respetar con relativa comodidad la indicación de la Junta Directiva de la APDC al plantear la elaboración de la Propuesta de Código civil, en el sentido de que esta se limitara a recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiera amplio consenso. Tal circunstancia también explica que la doctrina y jurisprudencia que interpreta los artículos 1507 a 1520 del Código civil sea, en su mayor parte, aplicable al derecho de readquisición regulado en la PCC. Así, p. e., en lo relativo al «dies a quo» del plazo de duración, a la posibilidad de sujetar su ejercicio a condición o término suspensivo, a las causas de extinción del derecho, su oponibilidad, reembolsos a satisfacer, etc. Por último, este factor condiciona el enfoque que he adoptado en esta última parte de la exposición, que se ciñe a un breve análisis comparativo entre la actual regulación del Código civil y la Propuesta, destacando y justificando los factores diferenciales.

Tanto en la Propuesta como en el Código civil se define el contenido del derecho como atributivo del poder de «recuperar» un bien previamente transmitido. Y de hacerlo satisfaciendo una serie de reembolsos y conforme con los términos pactados (arts. 3111-1.4 PCC y 1507 CC).

Se ha decidido prescindir, por superfluos, del artículo 1509 del Código civil (*«Si el vendedor no cumple lo prescrito en el art. 1518, el comprador adquirirá irrevocablemente el dominio de la cosa vendida»*), que ya queda implícito en la regulación propuesta; y del artículo 1511 del Código civil (*«El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones»*) que, además, generaba confusión, como denuncia la literatura científica¹¹¹.

En cuanto a la regla del artículo 1512 del Código civil, según el cual, los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador, sino después de haber hecho excusión en los bienes

del vendedor, se opta por no incluirla en la Propuesta pues, si se interpreta, tal y como es habitual, como concreción del artículo 1111 del Código civil (acción subrogatoria)¹¹² basta con esta norma, que encuentra su equivalente en el artículo 519-3 PCC. Es cierto que algún autor ha considerado que el artículo 1512 del Código civil no se refiere a la acción subrogatoria, sino al embargo del derecho de retracto. Aun así, dado que el derecho puede entenderse embargable según las reglas generales debido a su carácter patrimonial, el precepto, de nuevo, resulta superfluo.

Respecto de los reembolsos que debe efectuar el titular del derecho de readquisición para ejercer este, la cuestión se resuelve con una remisión a la norma que se aplica también en materia de retracto legal y voluntario (arts. 3112-6 y 3113-6). Como es bien sabido, el Código civil formula la regla de los reembolsos en sede de «retracto convencional» y después reconduce a ella al regular los retractos legales. Sin embargo, en la PCC, ha parecido más coherente alterar el orden, ya que el derecho de readquisición se regula en la última de las Secciones del Título XI. Hay que insistir en que, en materia de reembolsos, la norma aplicable no es la del derecho de opción sino la de los derechos de adquisición preferente, pese a que, como he dicho, el derecho de readquisición se concibe como modalidad del primero. Ello obedece a que el derecho de readquisición implica la existencia de una previa transmisión efectuada por quien se reserva la posibilidad de recuperar el bien, transmisión que si fue mediante precio determina el que habrá de pagar el readquirente para recuperar la propiedad del bien (o derecho real que en su día transmitió) y si es a título gratuito (lo que es posible en la Propuesta), se regirá por las reglas ya expuestas en relación con los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria. No voy a abundar en ellas de nuevo. Me remito, en este punto, a la explicación del epígrafe III. 3. A.

Llegamos así a la Sección específica dedicada al derecho de readquisición, en la que se regulan las siguientes cuestiones: duración, oponibilidad, frutos, relación con la comunidad de bienes y normas supletorias.

B) Duración¹¹³

Se formulan dos reglas en el artículo 3113-19 PCC, relativas, respectivamente, al plazo máximo de duración y al plazo legal supletorio en defecto de pacto, ambos de diez años. Así pues, se mantiene el plazo máximo contemplado en el artículo 1508 del Código civil. Y, a diferencia de este, se opta por el mismo plazo de duración con carácter supletorio, cuando las partes no han estipulado otro, en lugar del de cuatro años a que alude el artículo 1508 del Código civil. Se pretende, así, mantener la coherencia

con el plazo de duración establecido para el derecho de opción en el artículo 3113-9 PCC, sin distinguir, igual que se hizo en este, entre bienes muebles e inmuebles. En relación con el «dies a quo», al que no se refiere de modo expreso la Propuesta de Código civil, debe entenderse que es el momento en que el «comprador» o contraparte en el negocio con finalidad traslativa adquiere la propiedad (o derecho real) sobre el bien, como interpreta en la actualidad la doctrina mayoritaria en relación con el artículo 1508 del Código civil, en contra, incluso, de su tenor literal, ya que dicho precepto alude expresamente al cómputo «desde la fecha del contrato»¹¹⁴. Esta es la solución más acorde con la naturaleza del derecho, ya que mientras no se produce la tradición y el vendedor sigue siendo propietario, no tiene mucho sentido hablar de readquisición.

No se alude a la posibilidad de prórrogas. Caben, en teoría, dos interpretaciones. Bien entender que, si el plazo estipulado no alcanza los diez años, son admisibles prórrogas hasta cumplir estos. Bien, lo que parece contar con argumentos más sólidos, aplicar, con carácter supletorio la regla del artículo 3113-9 PCC, en sede de derecho de opción, por remisión del artículo 3113-20 PCC, de modo que las partes puedan pactar prórrogas sucesivas, cada una de las cuales no puede exceder del plazo máximo de diez años. En cualquier caso, estas prórrogas no podrán perjudicar derechos ya adquiridos por terceros y solo gozarán de eficacia real pro futuro si se inscriben en el Registro de la Propiedad.

C) Oponibilidad

Dispone el artículo 3113-17 PCC («Oponibilidad») que *«(e)l titular de este derecho puede ejercerlo frente a todo aquel cuya adquisición traiga causa del adquirente recibiendo la cosa libre de gravámenes posteriores, sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe»*¹¹⁵. La idea del primer inciso, aunque el tenor literal cambie, procede del actual artículo 1510 del Código civil. Resulta coherente con la afirmación de la naturaleza real del derecho de readquisición. En cuanto al segundo inciso (*«recibiendo la cosa ... buena fe»*) se toma del artículo 1520 del Código civil, aunque se ha preferido suprimir la excepción referida a los arriendos (art. 1520, último inciso del CC), que ya generaba problemas interpretativos. Se ha considerado mejor dejar que la cuestión se resuelva a partir de las normas que regulan los arrendamientos.

Debe tenerse en cuenta que, en la PCC, el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad garantiza la publicidad del derecho frente a terceros.

D) *Frutos*

En relación con los frutos, se incorpora la regla del artículo 1519 del Código civil con alguna adaptación terminológica por razones de coherencia con la utilizada en la sección. Dispone el artículo 3113-18 PCC que cuando al transmitirse la finca haya frutos manifiestos o nacidos, no se hará abono ni prorrateo de los que existan al tiempo de la readquisición. Si solo los hay al tiempo de la readquisición, se prorratean entre el readquirente y el transmitente, dando a este la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, a contar desde la adquisición.

E) *Derecho de readquisición y comunidad de bienes*

Se dedica a esta materia el artículo 3113-19 PCC (*Readquisición y comunidad de bienes*):

«1. El adquirente de una cuota indivisa gravada con derecho de readquisición que adquiere el bien como consecuencia del ejercicio de la acción de división, puede obligar al readquirente a adquirir el todo, reembolsando el precio y gastos correspondientes.

2. Cuando varios comuneros transmiten separadamente su cuota a la misma persona, con derecho de readquisición, cada uno puede ejercer este derecho por su cuota respectiva y el adquirente no puede obligarles a adquirir la totalidad del bien.

3. Cuando los comuneros transmiten conjuntamente el bien objeto de la comunidad con derecho de readquisición, ninguno de ellos puede ejercer este derecho más que por su parte respectiva. En este caso, el adquirente puede exigirles la adquisición de la totalidad del bien.

Las mismas reglas se aplican cuando quien transmitió un bien con derecho de readquisición fallece y este derecho es adjudicado en comunidad a varios herederos».

El número 1 incorpora la norma del artículo 1513 del Código civil con alguna modificación del tenor literal. La finalidad que la orienta no es otra que favorecer la extinción de la comunidad. Por otra parte, se corrige la omisión del Código civil, que nada dice sobre las condiciones que han de acompañar la redención del resto de la finca.

El número 2 asume la norma del artículo 1516 del Código civil, con alguna adaptación de estilo.

El número 3 incorpora, de nuevo con algunos ajustes en la fórmula utilizada, las normas del artículos 1514 y 1515 del Código civil.

En cuanto a la adjudicación del derecho de readquisición en comunidad a varios herederos, el artículo 3113-19.3.II PCC se refiere a la adjudicación resultante de la partición de la herencia. Se trata, por tanto, de un supuesto distinto a la existencia de comunidad de herederos antes de la partición, en que la herencia comprenda algún bien con derecho de readquisición a favor del causante. Esta situación no se ha regulado específicamente. Cuando se dé el caso, por aplicación del régimen de la comunidad de herederos, debe interpretarse que, fallecido el transmitente, el derecho de readquisición podrá ejercerse, antes de la partición de la herencia, en favor de la comunidad de herederos.

Una vez dividida la herencia, si el derecho de readquisición se ha adjudicado a uno solo de los herederos, este podrá ejercer el derecho de readquisición por el todo. Si el derecho de readquisición se ha adjudicado en comunidad ordinaria a varios de ellos, es cuando nos encontramos en el supuesto de hecho del artículo 3113-19.3.II PCC. En este caso, el derecho de readquisición no podrá ejercerse por cada uno sino por su parte respectiva, pero el adquirente puede exigir que se pongan de acuerdo para adquirir la totalidad del bien y si no lo hicieren, no se le puede obligar al retracto parcial.

No se contempla el caso del adquirente del bien gravado con un derecho de readquisición que fallece dejando una comunidad de herederos (supuesto regulado en el art. 1517 CC). En tal caso, debe entenderse, por vía de interpretación sistemática con las normas de Derecho de sucesiones, que el derecho de readquisición podrá ejercerse, antes de la partición de la herencia, frente a la comunidad de herederos. Una vez dividida la herencia, si el bien se ha adjudicado a uno solo de los herederos, podrá ejercerse el derecho de readquisición contra él por el todo; si el bien se ha adjudicado en comunidad ordinaria a varios de ellos, el derecho de readquisición no podrá ejercerse contra cada uno sino por su parte respectiva. Esta última regla es aplicable también a los casos de sucesión a título particular y de venta o donación del bien a varios sujetos, como defiende, en la actualidad, la doctrina mayoritaria.

V. CONCLUSIÓN GENERAL

La vitalidad actual de los derechos de adquisición de constitución voluntaria y la aceptación por la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN modernas de su posible configuración, cumplidos ciertos requisitos, como verdaderos derechos reales, justifica su futura regulación en un Código civil actualizado. El objetivo básico no sería otro que ofrecer a los particulares un modelo legal en el que apoyar la constitución negocial de estos derechos,

que evitara incertidumbres, coadyuvara a la interpretación del negocio y supliera, en su caso, las lagunas de las que este pudiera adolecer.

Diferentes Derechos autonómicos, entre los que destacan la Compilación del Navarra, recientemente actualizada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, y el Código civil de Cataluña, discurren en este sentido. Son un material digno de tener en cuenta como muestra de soluciones que representan Derecho vigente y como banco de pruebas para perfilar una regulación idónea o, al menos conveniente, en el marco de la sociedad actual.

En esta línea, se ha considerado oportuno, en la Propuesta de Código civil publicada por la APDC en 2018, ofrecer un ensayo de lo que podría ser este modelo en una futura reforma del Código civil. Como ponente del título XI («De los derechos de adquisición») del libro III («De los bienes»), puedo decir que ha sido uno de nuestros principales objetivos ofrecer soluciones a un elenco de problemas concretos que manifiesta la realidad, e incardinarlas en una construcción general, sistemática y coherente de esta categoría de derechos reales.

La regulación parcial y selectiva de la categoría de los derechos de adquisición en el Código civil, su cuestionable ubicación sistemática en sede de compraventa y la falta de unidad de criterio en la doctrina sobre algunas cuestiones básicas, como la propia naturaleza jurídico-real de estos derechos, han dificultado en gran parte seguir la directriz general que marcó la Junta Directiva de la APDC cuando lanzó el proyecto. Consistía esta en elaborar una propuesta que no tuviera pretensiones de cambio en lo sustancial, respecto del Código civil, limitándose a recoger y sistematizar el estado de la cuestión en la regulación de todas las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiera amplio consenso.

Espero que la Propuesta sobre los derechos reales de adquisición, en concreto los de constitución voluntaria, constituya un material útil a tener en cuenta por el futuro legislador cuando se plantee la actualización del Código civil. Es importante, a tal efecto, que a aquella se sumen análisis doctrinales que la expliquen en profundidad y fomenten el diálogo en la comunidad académica y profesional. Sin duda, esto enriquecerá el resultado. Vaya en estas páginas mi aportación al debate.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC, Sala Segunda, 12/1992, de 27 de enero (ECLI:ES:TC:1992:12)

- STC, Sala Primera, 145/1998, de 30 de junio (ECLI:ES:TC:1998:145)
- STC, Sala Segunda, 144/2004, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2004:144)
- STC, Pleno, 154/2015, de 9 de julio (ECLI:ES:TC:2015:154)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Civil, de 3 de julio de 1912 (*JC*, t. 124, núm. 109)
- STS, Sala Civil, de 2 de diciembre de 1914 (*JC* 1914, t. 131, núm. 167)
- STS, Sala Civil, de 3 de febrero de 1915 (*JC*, t. 132, núm. 54)
- STS, Sala Civil, de 11 de diciembre de 1944 (*JC* 1944, t. VIII, núm. 82)
- STS, Sala Civil, de 7 de julio de 1948 (*JC* 1948, t. VI, núm. 200)
- STS, Sala Civil, de 20 de junio de 1949 (*JC* 1949, t. X, núm. 152)
- STS, Sala Civil, de 1 de diciembre de 1953 (*JC* 153, t. XXXII, núm. 416)
- STS, Sala Civil, de 8 de junio de 1954 (*JC* 1954, t. XXXV, núm. 247)
- STS, Sala Civil, de 21 de junio de 1956 (*JC* 1956, t. L, núm. 480)
- STS, Sala Civil, de 29 de mayo de 1957 (*JC* 1957, t. LIX, núm. 428)
- STS, Sala Civil, de 10 de mayo de 1958 (*JC* 1958, t. LXIX, núm. 333)
- STS, Sala Civil, de 13 de diciembre de 1958 (*JC* 1958, t. LXXIV, núm. 754)
- STS, Sala Civil, de 20 de marzo de 1959 (*JC* 1959, t. LXXVII, núm. 192)
- STS, Sala Civil, de 5 de diciembre de 1959 (*JC* 1959, t. LXXXIV, núm. 676)
- STS, Sala Civil, de 30 de abril de 1964 (*JC* 1964, núm. 391)
- STS, Sala Civil, de 11 de mayo de 1965 (*JC* 1965, núm. 360)
- STS, Sala Civil, de 14 de febrero de 1973 (*JC* 1973, 69)
- STS, Sala Civil, de 19 de enero de 1974 (*JC* 1974, núm. 15)
- STS, Sala Civil, de 28 de febrero de 1978 (*JC* 1978, núm. 62)
- STS, Sala Civil, de 3 de abril de 1981 (*RJ* 1981, 1477)
- STS, Sala Civil, de 12 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3232)
- STS, Sala Civil, de 10 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 4815)
- STS, Sala Civil, de 20 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6843)
- STS, Sala Civil, de 30 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 158)
- STS, Sala Civil, de 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 3117)
- STS, Sala Civil, de 16 de mayo de 1991 (*RJ* 1991, 3709)
- STS, Sala Civil, de 16 d marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2185)
- STS, Sala Civil, de 25 de abril de 1992 (*RJ* 1992, 3413)
- STS, Sala Civil, de 11 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 3896)
- STS, Sala Civil, de 21 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993, 6651)
- STS, Sala Civil, de 19 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9156)
- STS, Sala Civil, de 20 de abril de 1994 (*RJ* 1994, 3214)
- STS, Sala Civil, de 30 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 5994)

- STS, Sala Civil, de 30 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 5997)
- STS, Sala Civil, de 3 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 1776)
- STS, Sala Civil, de 11 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5579)
- STS, Sala Civil, de 11 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5666)
- STS, Sala Civil, de 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5413)
- STS, Sala Civil, de 15 de abril de 1998 (*RJ* 1998, 2982)
- STS, Sala Civil, de 10 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6609)
- STS, Sala Civil, 27 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 5740)
- STS, Sala Contencioso-administrativa, de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083)
- STS, Sala Civil, de 25 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 3382)
- STS, Sala Civil, de 6 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4996)
- STS, Sala Civil, de 3 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 809)
- STS, Sala Civil, de 15 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3850)
- STS, Sala Civil, de 31 de enero de 2005 (*RJ* 2005, 1744)
- STS, Sala Civil, de 29 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 4548)
- STS, Sala Civil, de 13 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 3997)
- STS, Sala Civil, de 6 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 8761)
- STS, Sala Civil, de 22 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1995)
- STS, Sala Civil, de 2 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 4362)
- STS, Sala Civil, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2903)
- STS, Sala Civil, de 12 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 4741)
- STS, Sala Civil, de 13 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 4744)
- STS, Sala Civil, de 14 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 3697)
- STS, Sala Civil, de 28 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6943)
- STS, Sala Civil, de 12 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8049)
- STS, Sala Civil, de 7 de marzo de 2011 (Tol 2061570)
- STS, Sala Civil, de 14 de enero de 2014 (*RJ* 2015, 353)
- STS, Sala Civil, de 21 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5648)
- STS, Sala Civil, de 17 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4622)
- STS, Sala Civil, de 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 82)

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Burgos (Sección 2.^a) de 4 de diciembre de 2018 (*JUR* 2019, 36756)
- SAP Burgos (Sección 2.^a) de 5 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 226984)
- SAP Cádiz (Sección 2.^a) de 29 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 220704)
- SAP Badajoz (Sección 3.^a), de 12 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 957)
- SAP Málaga (Sección 4.^a) de 21 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 167056)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 4 de enero de 1927 (*Anuario* 1927, p. 149)
- RDGRN de 27 de marzo de 1947 (*RJ* 1947, 440)
- RDGRN de 20 de septiembre de 1966 (*RJ* 1966, 4020)
- RDGRN de 19 de septiembre de 1974 (*RJ* 1974, 5051)
- RDGRN de 7 de diciembre de 1978
- RDGRN de 7 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982, 5366)
- RDGRN de 28 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982, 5369)
- RDGRN de 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217)
- RDGRN de 30 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6667)
- RDGRN de 19 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5445)
- RDGRN de 8 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5227)
- RDGRN de 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184)
- RDGRN de 6 de marzo de 2001 (*RJ* 2002, 2172)
- RDGRN de 18 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 7823)
- RDGRN de 11 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 8905)
- RDGRN de 23 de abril de 2003 (TOL 268.141)
- RDGRN de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 6341)
- RDGRN de 12 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004, 229)
- RDGRN de 23 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 6923)
- RDGRN de 5 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 3897)
- RDGRN de 4 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 2776)
- RDGRN de 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684)
- RDGRN de 12 de marzo de 2009 (TOL 1.464.936)
- RDGRN de 14 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 127)
- RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971)
- RDGRN de 22 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 8422)
- RDGRN de 5 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 8272)
- RDGRN de 10 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2381)
- RDGRN de 27 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5498)
- RDGRN de 2 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 6508)
- RDGRN de 16 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 6597)
- RDGRN de 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 2981)
- RDGRN de 30 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2654)
- RDGRN de 8 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4858)

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1992). Artículos 1506 a 1525. En *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t. V. Madrid: Trivium, 370-473.

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991). *Derecho civil*. T. III, vol. 2.º. Barcelona: Bosch.
- ALBIÑANA CILVETI, I. (2004). Consideraciones prácticas para una mejor protección del derecho de opción de compra inscrito. *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 7, 19-30.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ (1955). La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser. *Revista General de Derecho*, 469.
- APDC (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Tecnos.
- ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2011). Artículos 1506 a 1520. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (Dir.). *Código civil Comentado*, Vol IV. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 259-288.
- (1996). Sentencias comentadas: Retracto convencional: legitimación pasiva y ejercicio en las subastas judiciales: analogías y diferencias entre compraventa y subasta judicial: Estudio a propósito de sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995. *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 2, 885-906.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. (1980). Los derechos de tanteo y retracto convencional configurados con carácter personal. *Revista de Derecho Privado*, 123-136.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*, Madrid: Tecnos.
- BADENES GASSET, R. (1958). *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*. Barcelona: Bosch.
- BELLO JANEIRO, D. (2009). *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- BLASCO GASCÓ, F. de P. (2015). *Instituciones de Derecho civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2008). Artículos 568-13 a 568-20 y Artículo 568-27. En Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 1704-1746 y 1768-1772.
- (2006). Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto. En E. Llamas Pombo (Coord). *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al Prof. Mariano Alonso Pérez*, I. Madrid: Wolters Kluwer, 225-244.
- (2004). *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona: Marcial Pons/Servicio de Estudios Registrales de Cataluña.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Artículo 1506. En *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 988-989.
- CANALS BRAGUE, F. (1988). Comentario de la Resolución de 30 de septiembre de 1987. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 586, 977-1032.
- CARRETERO, T. (1957). Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad (Cap. I). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 354-355, 773-827.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1982). *Derecho civil español, común y foral*. T. II, vol. 1.º. Madrid: Reus.
- (1985). *Derecho civil español, común y foral*. T. IV. Madrid: Reus.

- COCA PAYERAS, M. (2001). Los derechos de adquisición preferente: tanteo y retracto. *La notaría*, 9/10, número monográfico dedicado al Ier. Congrès de Dret Civil Català: el dret patrimonial en el futur Codi civil de Catalunya, 191-199.
- (1986). *Tanteo y retracto. Función social de la propiedad y competencia autonómica*. Bolonia: Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España.
- (1991). Comentario de la STS de 28 de junio de 1991, *CCJC*, núm. 27, 807 a 822.
- CUMELLA GAMINDE, A. (2008). Artículos 568-1 a 568-12. En Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 1662-1703.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.^a (1982). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, Madrid: Marcial Pons.
- DE DIEGO, C. (1959). *Instituciones de Derecho civil español*. Madrid.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2001). *El derecho de retracto convencional*. Madrid: Lex Nova.
- DEL POZO, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2012). *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Madrid: Marcial Pons.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho civil*, III-2. Madrid: Tecnos.
- DÍEZ SOTO, C.M. (2013a). Artículos 1506 a 1523. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código civil*, Tomo VIII (arts. 1485 a 1759). Valencia: Tirant Lo Blanch, 10662-10747.
- (2013b). Artículo 1525. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Comentarios al Código civil*, Tomo VIII (arts. 1485 a 1759). Valencia: Tirant Lo Blanch, 10756-10782.
- (2003). Notas sobre la nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre. En A. Cabanillas Sánchez (Coord.). *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II. Madrid: Civitas, 1697-1730.
- (2000). *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*. Madrid: Dykinson.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2000). *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de modernización de las explotaciones agrarias (Derecho general y autonómico)*. Madrid: La Ley.
- ESPÍN CÁNOVAS, M. (1977). *Manual de Derecho civil español*. Vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (1996). *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de arrendamientos rústicos y en la Ley de arrendamientos rústicos históricos*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho.
- FELIÚ REY, M.I. (1995). *El tanteo convencional*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA AMIGO, M. (1976). Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general). *Revista de Derecho Privado*, 99-131.
- GARCÍA CANTERO, G. (1991). Artículos 1445 a 1541. En M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XIX, Madrid: EDESA.

- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III. Madrid.
- GÓMEZ CALERO, J., Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español, *RDP*, 1963, 774 y sigs.
- GÓMEZ CALLE, E. (2009). El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente. *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, fasc. II, 613-645.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1992). *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1989). Retracto de origen voluntario. En: *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Murcia (321-343).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et Alii (2009). *Elementos de Derecho civil*, III-2. Dykinson: Madrid.
- LLEDÓ YAGUE, F. (1989). Comentario de la STS de 30 de enero de 1989. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 19, 139-148.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1908). *Comentarios al Código Civil Español*, t. X. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2010). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2009, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, 749-759.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C. (1983). Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente. Comentario a la Sentencia de 3 de abril de 1981. *Anuario de Derecho Civil*, 299-311.
- MAS BADÍA, M.^a D. (2014a). El retracto de comuneros: perfiles dogmáticos y cuestiones litigiosas. En: M.^a J. Reyes López (dir.). *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 147-224.
- (2014b). *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial. Compraventa, arrendamiento, ejecución judicial, liquidación de sociedad de ganancias, partición de herencia y división de cosa común*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- (2013a). La compraventa de viviendas de protección oficial. En: F. Lledó Yagüe (dir.) y Á. Monje Balmaseda (coord.). *La protección del consumidor de inmuebles*. Madrid: Dykinson, 119-181.
- (2013b). La opción de compra y el Registro de la Propiedad: Cancelación de la opción caducada y cancelación por purga de cargas posteriores a la opción ejercitada. En: Carrasco Perera, Á. (dir). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 479-489.
- (2006). Artículo 22.2-9. En R. Ballarín Hernández y M.^a D. Mas Badía (Dir.). *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*. Madrid: Tecnos.
- (2003). La prelación entre el retracto de colindantes de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias y el Retracto Arrendaticio Rústico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 678, 2035-2075.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L. (1978). *El contrato de permuta*. Madrid: Tecnos.
- POTHIER (1861). *Traité des Retraits*. En: *Oeuvres de Pothier*, t. III. Paris.

- PUIG BRUTAU, J. (1983). *Fundamentos de Derecho civil*, III. Barcelona: Bosch.
- RAMÓN CHORMET (1989). Derecho de opción: cancelación de cargas ulteriores y breve apunte sobre su naturaleza real. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 591, 309-372.
- RIAZA (1919). *Los retractos: errores dominantes acerca de la materia*, Madrid: Reus.
- RIVAS TORRALBA, R. (2006). *Anotaciones de embargo*, I, Madrid: Bosch.
- RIVERA SABATÉS, V. (2001). *El retracto convencional*. Granada: Comares.
- ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho Hipotecario*, III, Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ MORATA, F. (1996). *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*. Pamplona: Aranzadi.
- RUBIO TORRANO, E. (1995). Comentario de la STS, Sala Civil, de 3 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 1776). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 38, 795-802.
- (1991). Artículos 1507 a 1520. En *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 989-1006.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2007). *La opción de compra*. Madrid: Dykinson.
- SANTOS BRIZ, J. (1971). Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española. *Revista de Derecho Privado*, t. LV, 337-377.
- (1972). *Derecho civil. Teoría y práctica*, II. Madrid: Edersa.
- TORRES LANA, J.A. (1993). La opción en el Derecho civil de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 115, 327-333.
- (1987). *Contrato y derecho de opción*. Madrid: Trivium.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973). *Estudio sobre derecho de cosas*. Madrid: Montecorvo.
- VÁZQUEZ BARROS, S. (2008). *Retracto convencional y legal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

NOTAS

¹ El artículo se inscribe en la labor de investigación realizada en el seno del Proyecto de investigación sobre «Derecho civil valenciano y europeo» GVPROMETEO/2015/014, Generalitat Valenciana.

² Disponible en: <http://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>

³ En la página web de la APDC puede encontrarse noticia sobre los seminarios y sus resultados: <http://www.derechocivil.net>

⁴ Se trata de un título del que fui ponente, aunque el texto final es el fruto del intercambio de opiniones y las sesiones de trabajo desarrolladas a lo largo de varios años por el grupo de profesores a los que se encomendó la elaboración del libro III. La coordinadora del libro III ha sido la profesora M.^a Elena Lauroba Lacasa. En él han participado los siguientes profesores de Derecho civil procedentes de diferentes universidades públicas: José Manuel Bustos Lago, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Helena Díez García, Juan Antonio Fernández Campos, José Gallego Vega, M.^a Elena Lauroba Lacasa, Luis Miguel López, José Antonio Martín Pérez, Celia Martínez Escribano, M.^a Dolores Mas Badía, Pedro Robles Latorre y Esther Torrelles Torrea.

⁵ Extracto de la carta remitida por la Junta Directiva de la APDC a todos sus miembros, el 18 de junio de 2014.

⁶ Centrado en los retractos legales y el que denomina «retracto convencional», conocido también como pacto de retro o de retrovendo.

⁷ El Código civil se ocupa del retracto al regular la compraventa, en un Capítulo (cap. VI, tit. IV, lib. IV) rubricado «De la resolución de la compraventa», distribuido en dos secciones: «Del retracto convencional», dedicada a la regulación de la compraventa con pacto de retro, y «Del retracto legal». Hay acuerdo doctrinal en que, pese a compartir el nombre, acompañado de un calificativo diferente («convencional» y «legal», respectivamente) y a pesar de que alguna norma (art. 1518 CC y el criticable art. 1511 CC) resulte aplicable a ambos (*vid.* remisión del art. 1525 CC) son dos instituciones diferentes, no dos modalidades solo diferenciadas por el origen legal o paccionado (véanse los autores citados en la nota 107). La STS, Sala Civil, 22 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1995) es representativa de una línea de jurisprudencia que distingue claramente el «retracto convencional» del tanteo/retracto de constitución voluntaria. Por otra parte, existen referencias concretas y parcas a lo largo del articulado a determinados retractos legales: coherederos (art. 1067 CC), consocios (art. 1708 CC) y enfiteútico (arts. 1636 y 1655 CC). Fuera del Código civil, se regulan supuestos de derechos de adquisición en leyes especiales (LAR, LAU, Hipoteca naval, LMEA, etc.), incluyendo el reconocimiento de los mismos a favor de las Administraciones públicas en algunas leyes sectoriales (p. e., sobre VPO —más información en MAS BADÍA, M.^a D. (2014b, 194 y sigs.) y (2013, 143 y sigs.)—, patrimonio histórico o medio ambiente).

⁸ En palabras de CASTÁN TOBEÑAS (1985, 165).

⁹ Se hace eco de la polémica, la DGRN en diversas resoluciones, de las que resulta representativa la RDGRN de 10 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2381). En contra de la naturaleza jurídico-real de estos derechos se pronuncian, entre otros, DÍEZ-PICAZO (1995, 102) —y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (2016, 220)—; o VALLET DE GOYTISOLO, J. (1973, 187). El principal argumento es que falta en ellos una de las notas que la teoría clásica predica de los derechos reales: la existencia de un poder directo e inmediato sobre la cosa. A favor, en cambio, de su naturaleza real, o admitiendo que puedan constituirse bien con naturaleza real, bien con carácter meramente personal: ALBÁCAR (1992, 37); BOSCH CAPDEVILA (2004, 67 y sigs.); DE DIEGO (1959, 515 y sigs.); ESTRUCH ESTRUCH (1996, 22); GARCÍA AMIGO (1976, 123 y sigs.); GARCÍA CANTERO (1991, 483 y sigs.); GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 333), aunque en la p. 341 y respecto de los de constitución voluntaria señala que quizá su lugar más adecuado sería una posición intermedia entre el derecho personal y el real, como un *ius ad rem*; LACRUZ BERDEJO (2009, 343); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (1983, 301); PUIG BRUTAU (1983, 393 y sigs.); ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1979, 585 y sigs.); SANCINENA ASURMENDI (2007, 162); SANTOS BRIZ (1972, 701 y sigs.). No pocos autores hablan de derechos potestativos o facultades de configuración jurídica.

¹⁰ En relación con esta cuestión, se han barajado tres tesis principales. La primera defiende que el ejercicio del retracto provoca la resolución del negocio transmissivo entre el propietario y el tercero y la celebración de un nuevo contrato con el retrayente. Se sustenta en el artículo 1506 del Código civil y en la ubicación sistemática de la regulación del retracto legal en el Sección 2.^a, Capítulo VI («De la resolución de la venta»), Título IV del Libro IV del Código civil. Ahora bien, esta posición resulta incompatible con la falta de legitimación pasiva del vendedor en la acción de retracto, que afirman con insistencia la jurisprudencia (con la salvedad de la STS, Sala Civil, de 25 de febrero de 1950, *RJ* 1950, 361, «obiter dictum») y la doctrina modernas —pueden verse, al respecto, las SSTs de 28 de enero de 1950 (*RJ* 1950, 39); 1 de diciembre de 1953 (*RJ* 1953, 3151), 11 de mayo de 1965 (*RJ* 1965, 2534), 30 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 158); 11 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 3896); 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 5413); 27 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 5740); o 3 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 809)—.

La segunda tesis, con numerosos partidarios, es la de la subrogación, que parece apuntar a una cesión forzosa del contrato. La venta celebrada entre el transmitente y

el tercero no se resuelve, sino que se produce una modificación subjetiva en la relación contractual, ocupando el retrayente el lugar del comprador, tal y como se desprende del artículo 1521 del Código civil. Es representativa de esta tesis la STS de 30 de enero de 1989 (*RJ* 1989, 158), comentada por LLEDÓ YAGÜE (1989, 139 y sigs.). Algunos autores clásicos han defendido, incluso, que operaba, al mismo tiempo, una resolución de la primitiva compraventa y una subrogación del retrayente en el lugar del comprador —p.e., GÓMEZ CALERO (1963, 777) O ÁLVAREZ MARTÍNEZ (1955, 469)—. Sin embargo, esto, en puridad de conceptos, no es posible, dado que no cabe subrogación en un negocio o en una relación jurídica ineficaz. La tesis de la subrogación, en efecto, es susceptible de serias críticas, que no se han hecho esperar. Puede atenderse a los trabajos de GARCÍA CANTERO (1991, 633 y sigs.) o GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 331). En esta misma línea, COCA PAYERAS (1988, 42) o RODRÍGUEZ MORATA (1996, 40 y sigs.) entienden que la expresión «subrogación» solo puede admitirse en sentido atécnico. Las razones de la incorporación de la idea de subrogación habría que buscarlas en la influencia de POTHIER (1861, 259), que habla de un derecho a ser subrogado en la compra, no en la posición contractual del comprador. Esto —señala COCA PAYERA (1988, 42)— equivale a «subrogación en la titularidad de lo comprado», que no es técnicamente una subrogación, sino una transmisión de una titularidad real.

Por último, hay quienes interpretan que, efectuada la transmisión que da pie al retracto, el adquirente queda obligado a transmitir el bien al retrayente, previo reembolso de las partidas contempladas en el artículo 1518 del Código civil. Así, ALBALADEJO (1991, 342), COCA PAYERAS (1988, 56), GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 332) o BOSCH CAPDEVILA (2006, 242), entre otros.

¹¹ BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019 y DOGV núm. 8453, de 28 de diciembre de 2018.

¹² En el título constitutivo no se expresó que el derecho tuviera carácter real, ni se estableció que sería inscribible, ni se determinaron las consecuencias en caso de que se incumpliera lo estipulado, y no aparecía fijado el concreto contenido y extensión de las facultades que integraban el derecho cuyo acceso al Registro se pretendía.

¹³ Como el de comuneros o los arrendaticios. El de colindantes tal y como lo diseña el Código civil ha quedado desfasado. A criterios más modernos de política agraria responde el regulado en el artículo 27 LMEA —sobre este, puede profundizarse en DOMÍNGUEZ LUELMO (2000)—.

¹⁴ El planteamiento inicial de la DGRN fue negar que los derechos de adquisición voluntariamente constituidos pudieran tener carácter real. En este sentido, pueden citarse las RRDGRN de 4 de enero de 1927 (*Anuario* 1927, p. 149) o de 27 de marzo de 1947 (*RJ* 1947, 440). En la primera de ellas, fueron argumentos determinantes, el silencio de la ley, la vinculación de la propiedad que podían provocar, las dificultades para su desenvolvimiento tanto judicial como extrajudicial o el no responder la figura al criterio legal de reconstrucción de la propiedad desmembrada o de evitar la indivisión. La RDGRN de 20 de septiembre de 1966 (*RJ* 1966, 4020), como he dicho, supuso un punto de inflexión en esta materia, admitiendo a partir de entonces la DGRN la posibilidad de que los derechos de tanteo y retracto voluntarios fueran configurados por las partes en el título constitutivo como verdaderos y propios derechos reales. Para ello se exige la concurrencia de determinados requisitos. En primer lugar, que en el convenio se dote de eficacia «erga omnes» al derecho sin crear un simple derecho de crédito; el derecho debe configurarse como derecho real en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto, teniendo en cuenta que el dominio, en principio, se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. Han de contemplarse plazos determinados de duración, evitando derechos indefinidos o perpetuos, y de ejercicio. Debe existir un interés legítimo a cuya satisfacción sirva el derecho real de adquisición. Y, por supuesto, determinarse con claridad el objeto. En definitiva, fijar sin ambigüedades quiénes, cuándo y cómo pueden ejercitar el derecho dotándolo de modo expreso de

eficacia «erga omnes». Esta línea aperturista fue seguida después por RRDGRN como la de 19 de septiembre de 1974 (*RJ* 1974, 5051), 6 de marzo de 2001 (*RJ* 2002, 2172), 10 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2381), o la más reciente al cerrar estas páginas, la de 26 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1989). En cada una de ellas se declara o no la naturaleza real del derecho según se cumplan o no las citadas exigencias.

¹⁵ En el caso concreto discutido, la DGRN entiende que «*aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real (...) 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 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 1447 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 solo 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».*

¹⁶ La aceptación de la doctrina del «*numerus apertus*» en la creación de derechos reales «*no significa que sea suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que este se considere derecho real. (...) 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 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal*». La resolución insiste, reforzándolo con apoyo en distintas sentencias del Tribunal Supremo, en que la admisión, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, de derechos reales de tanteo y retracto voluntario, en tanto que derechos atípicos o innominados, no plantea en la actualidad especial dificultad, pese a no hallarse regulados en el Derecho positivo (se refiere al común). Debe estarse en cuanto a su titularidad y ejercicio a lo pactado, siendo por tanto esencial en su configuración el título de su constitución. «*(S)i bien en la mayoría de las ocasiones el que un derecho sea real o personal depende de la voluntad del legislador que, si impone una obligación pasiva universal mandando a todos que respeten un derecho, lo modela como real, y si no la impone, lo reduce a personal, en relación con otros supuestos, precisamente a causa de su atipicidad, hay que entender que el legislador ha transmitido esta facultad a las propias partes contratantes, que podrán constituir el correlativo derecho como personal o como real, siempre que se cumplan las exigencias estructurales propias de los derechos de esta naturaleza, según antes se ha indicado (...)*».

¹⁷ La sentencia diferencia el retracto de constitución voluntaria del pacto de retro o «*retracto convencional*» regulado en los artículos 1507 y siguientes del Código civil, aunque de forma criticable, afirma que ambos derechos se asemejan, debiendo regirse el retracto voluntario por los artículos 1507 a 1520 del Código civil.

¹⁸ En el caso de autos resuelto por esta sentencia, se había pactado un derecho de adquisición preferente en fase de tanteo y de retracto. El Tribunal Supremo, que reconoce la naturaleza real del derecho convenido, argumenta: «*De las tres clases de retracto que se admiten en nuestro ordenamiento, el convencional previsto en los artículos 1507 y siguientes*

del Código civil, el legal que establecen tanto el Código civil como diversas leyes especiales y el llamado voluntario, este es el que se presenta en el presente caso. Es el procedente de la voluntad de las partes y se constituye como derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Ha sido estudiado por la doctrina, aplicado en la práctica y reconocido jurisprudencialmente en sentencia de 29 de abril de 2005 (RJ 2005, 4548)».

¹⁹ Comentada por MARÍN LÓPEZ (2010: 749). El derecho de adquisición preferente voluntario se había pactado en un contrato de arrendamiento de industria o negocio (una discoteca) con ocasión de la prórroga del mismo. La propiedad se reservaba el derecho a dar por resuelto el contrato, preavisando en determinado plazo, para el caso de que decidiera vender urgentemente la discoteca. Ante tal circunstancia —se añadía— la arrendadora concede el derecho de retracto a la arrendataria y si esta no lo ejercitara, le indemnizará con la cantidad de veinte millones de pesetas contra la devolución de la discoteca. La arrendadora vendió el edificio en que estaba situada la discoteca arrendada activándose el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Se discute la eficacia de este frente a la compradora. El derecho no llegó a acceder al Registro de la Propiedad aunque era conocido por el adquirente retraído. Tras declarar que nos hallamos ante «un supuesto del denominado derecho de adquisición preferente voluntario —también “retracto” voluntario—», el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, concluye la naturaleza real del derecho litigioso, aunque no se le oculta que se trata de una cuestión doctrinalmente polémica: «Ciertamente, el tema es doctrinalmente polémico, y de Sentencias anteriores a las citadas podría deducirse otro criterio, aunque también es oportuno señalar que la Compilación de Navarra (Ley 460) permite la configuración con carácter real y la Ley de Cataluña 5/2006 (arts. 568-5 a 568-7) regula los derechos de adquisición voluntaria como derecho real. Y si bien, por otro lado, cabría cuestionar la atribución de la condición de derecho real cuando no concurren los requisitos generales que permiten el reconocimiento de las figuras atípicas dentro del sistema de «numerus apertus» generalmente aceptado, no se advierte en el caso problema alguno al respecto al no existir indeterminación en el plazo para su ejercicio por no operar la caducidad hasta haber transcurrido los seis meses del plazo de duración del arrendamiento (S. 19 de noviembre de 1993) computados desde la fecha del preaviso de resolución contractual, ni objeción en ninguna otra perspectiva, pues 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».

²⁰ La STS, Sala Civil, de 25 de abril de 1992 (RJ 1992, 3413) afirma que el derecho de adquisición preferente voluntariamente constituido supone una prohibición de disponer, lo que no es, desde luego, correcto, pues estos derechos no implican tal prohibición sino que conceden preferencia adquisitiva a su titular (supuestos de tanteo/retracto) o facultad de adquisición directa en el caso de la opción. La RDGRN de 26 de abril de 2019 (RJ 2019, 1989) niega claramente que los derechos de adquisición preferente impidan «la transmisión salvo que se hubiera pactado alguna limitación dispositiva al respecto, de manera que salvo que expresamente se convenga (en los casos de origen convencional) (...) o la ley expresamente lo disponga (así ocurre en determinados tanteos y retractos legales) no producen el cierre registral de la transmisión efectuada, sino que tan solo determinan la preferencia en la adquisición por parte del titular del derecho, lo que mediante la inscripción se hace oponible a terceros adquirentes del inmueble». Sobre las diferencias entre las prohibiciones de disponer y los supuestos en que la enajenación atribuye un derecho de adquisición preferente, reflexiona GÓMEZ GALLIGO (1992, 133 y sigs.).

En la STS, Sala Civil, de 3 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1776) se niega carácter real al derecho de tanteo y retracto voluntario litigioso establecido a favor del donante de una finca, pero no por considerar que un derecho de este tipo no puede tener naturaleza

real, sino porque en él no se había determinado el plazo de ejercicio, lo que se estima incompatible con la naturaleza real e indicativo de su carácter meramente obligacional. La sentencia ha sido comentada por ARANDA RODRÍGUEZ (1996, 885 y sigs.) y RUBIO TORRANO (1995, 795 y sigs.).

²¹ Así, ALBALADEJO (1975, 329 y sigs.); ARECHEDERRA ARANZADI (1980, 124); BADENES GASSET (1950, 7 y 26); CASTÁN (1982, 231); ESPÍN (1977, 51); GARCÍA AMIGO (1976, 104 y 121); GARCÍA CANTERO (1991, 531-532); GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 322); SANTOS BRIZ (1971, 338).

²² DOGC núm. 4640, de 24/05/2006, BOE núm. 148, de 22/06/2006.

²³ Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. DOGC núm. 7314, de 22/02/2017, BOE núm. 57, de 08/03/2017.

²⁴ BON núm. 74, de 16 de abril de 2019, BOE núm. 137, de 8 de junio de 2019. Conforme con su disposición final cuarta, la citada ley foral entró en vigor en el plazo de los seis meses siguientes a su publicación en el Boletín Oficial de Navarra. El nuevo libro tercero acoge lo que hasta ahora ha constituido el contenido de los títulos I a VII del mismo, pasando el resto a integrar el libro cuarto, separándose de esta manera sistemáticamente el derecho de bienes del derecho de las obligaciones, estipulaciones y contratos (Exposición de Motivos de la Ley Foral 21/2019).

²⁵ Aboga por «la elaboración de un régimen legal de carácter general para estos derechos, que sirviera como punto de referencia interpretativo y fuente supletoria de los distintos supuestos concretos regulados por la Ley, y cuya sede adecuada sería, evidentemente, el Código civil», DIEZ SOTO (2000, 15). Así lo habían defendido ya, GARCÍA AMIGO (1976, 123), GARCÍA CANTERO (1991, 483) o RIAZA (1919, 15).

²⁶ En este último sentido, DIEZ SOTO (2013a, 10673), con cita de algunas sentencias y del §1094.2 BGB.

²⁷ Reconoce la limitación del poder de disposición del dueño de la cosa, la Ley 445 CN.

²⁸ Véase la nota 14.

²⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 338), pone algunos ejemplos de intereses considerados legítimos en diversas sentencias. Destaca que este interés no tiene por qué resultar análogo a algunos de los previstos en la Ley. Así se refiere a la STS de 7 de mayo de 1927, en que se trataba de una especie de derecho de retracto de abolengo; la STS de 17 de noviembre de 1931, en que el retracto voluntario se estipula por la mutuataria a favor del acreedor sobre finca que luego se hipoteca; y la STS de 13 de diciembre de 1958, en que el retracto afectaba a una parte de la finca cuyo dominio se reserva el vendedor con objeto de facilitar el paso a otra finca de su propiedad.

³⁰ Art. 3111-1-1 PCC: «*Son derechos reales de adquisición, el derecho de tanteo, el derecho de retracto, el derecho de opción y el derecho de readquisición*».

³¹ Así sucede en la enfiteusis —que, por cierto, desaparece en la PCC, salvo en lo que a su régimen transitorio se refiere—. En realidad, se prescinde de la regulación de cualquier modalidad de derecho real de censo todavía admitida por el Código civil (atiéndose a la Exposición de Motivos de la Propuesta).

³² Así ocurre en la legislación arrendaticia (art. 25 LAU y artículo 22.2 y 3 LAR).

³³ Es el caso del retracto de comuneros y del retracto de colindantes del Código civil (arts. 1521 a 1525 CC).

³⁴ En este mismo sentido, la Ley 445 CN afirma, con carácter general, que el derecho de retracto presupone siempre el de tanteo. Y la Ley 462, sobre tanteo y retracto voluntarios, señala que el derecho de tanteo implica también el de retracto si la notificación no se hubiere practicado en forma o si la transmisión se realizase en condiciones distintas a las notificadas.

³⁵ Aunque el artículo 3113-5.a) diga «en defecto de pacto», debe interpretarse en sentido extensivo, incluyendo los negocios unilaterales, como p.e. el testamento, en que se constituya el derecho de adquisición preferente.

³⁶ En el mismo sentido se pronuncia el artículo 568-14.1 CCCataluña.

³⁷ El artículo 568-14.5 CCCataluña admite la constitución voluntaria de derecho de retracto sin tanteo previo.

³⁸ Si se excluye el retracto y se limita el derecho de adquisición preferente al tanteo, cabe defender que el derecho tendrá una eficacia meramente obligacional. En este sentido GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 334).

³⁹ Deben notificarse no solo la intención de enajenar, sino las condiciones de la enajenación proyectada, sobre cuya base adoptará el titular del derecho de adquisición la decisión de ejercerlo o no y conforme con las cuales efectuará, en su caso, la adquisición.

⁴⁰ En este mismo sentido discurren la Ley 445 de la Compilación de Navarra, el artículo 568-15 CCCataluña y, en la legislación arrendaticia, el artículo 22.3 LAR y el artículo 25.3 LAU.

⁴¹ En esta línea, FELIU REY, M.I. (1997, 22).

⁴² Es cierto que no se evitan al tercero los gastos y esfuerzos de negociación que le han llevado a fijar las condiciones del negocio proyectado y que después quedan frustrados, aprovechándose el tanteante de este esfuerzo. La alternativa hubiera sido regular la posibilidad de tanteo cuando el propietario tuviera intención de vender sin requerir la presencia de un tercero concreto dispuesto a comprar. Según este sistema, el propietario ofrecería el bien al tanteante en determinadas condiciones. Si este decidiera no ejercer el tanteo, el propietario quedaría libre de venderlo a un tercero por estas mismas condiciones; si lo vendiera en otras, el tanteante podría ejercitar el retracto. En este sentido, BOSCH CAPDEVILA (2006, 231 y 244) estudia la viabilidad de una figura intermedia entre los derechos de preferencia y opción «una preferencia condicionada no a la existencia de un acuerdo con un tercero, sino a la intención de enajenar del propietario (...) el concedente, una vez tomada la decisión de enajenar y antes de entrar en negociaciones con terceros, estuviese obligado a ofrecer la cosa al titular de la preferencia, a cambio de una contraprestación previamente estipulada, o fijada conforme a criterios objetivos». Pero obsérvese que el problema quizá persistiría pues la venta en otras condiciones partiría del mismo esfuerzo de negociación por el tercero al que me refería y de la frustración de su adquisición ante el ejercicio del retracto. Por otra parte, al margen de cualquier derecho de tanteo, el propietario puede negociar una posible venta del bien con el sujeto que tiene derecho de adquisición preferente, como con cualquier otro, en cualquier momento.

⁴³ En este sentido, en relación con el Derecho vigente, ALBALADEJO GARCÍA (1991, 349); COCA PAYERAS (1988, 54); ARECHEDERRA ARANZADI (1980, 123 y sigs.); o RODRÍGUEZ MORATA (1996, 53). En cambio, sitúan el punto de inflexión entre tanteo y retracto en la perfección del negocio transmisivo, FELIU REY (1995, 19) o DÍEZ SOTO (2000, 40 y sigs.).

⁴⁴ En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA (1991, 335), que cita las SSTs de 16 de diciembre de 1958 y de 27 de noviembre de 1963; GONZÁLEZ PACANOWSKA (1989, 327); o BOSCH CAPDEVILA (2006, 237 y 244).

⁴⁵ Entre los comentaristas clásicos del Código civil, lo consideraba así MANRESA Y NAVARRO (1908, 347), aunque este autor entendía que el retracto operaba a partir de la perfección del negocio.

⁴⁶ Así lo reconoce BOSCH CAPDEVILA (2006, 231 y 244) con referencia al CC-Cataluña,

⁴⁷ La RDGRN de 10 de abril de 2014, entre otras, conecta la necesidad de determinar el plazo de duración con la restricción que en cierta medida y sin llegar a constituir prohibiciones de disponer, suponen los derechos reales de adquisición preferente para la facultad de disposición del propietario, vinculando relativamente la propiedad. Reflexiona sobre la litigiosidad de la cuestión del plazo, al no existir en la actualidad una regulación del tanteo y retracto de constitución voluntaria. Recuerda que el Tribunal Supremo (p.e., en STS de 3 de abril de 1981) ha rechazado la aplicación analógica de los plazos contemplados en la regulación del pacto de retro (art. 1508 CC), por no cumplirse los

requisitos del artículo 4.1 del Código civil. Lo mismo hace la reciente la RDGRN de 26 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1989).

⁴⁸ Véanse, en este sentido, la Ley 462 de la Compilación Navarra y el artículo 568-13 CCCataluña.

⁴⁹ Regulan esta cuestión la Ley 462 CN los artículos 468-14 y 568-15 CCCataluña.

⁵⁰ Entiende Díez Soto (2000, 154) que si se supeditara la viabilidad del retracto a la concurrencia de algún mecanismo especial de publicidad (escritura, inscripción, notificación, etc.) «se dejaría en manos de los sujetos intervinientes en el contrato la posibilidad de retrasar indefinidamente el ejercicio del retracto mediante el sencillo procedimiento de evitar la utilización de tales mecanismos». Cita, en este sentido, la STS de 3 de febrero de 1915.

⁵¹ La PCC no detalla las condiciones atinentes a la transmisión proyectada que deben ser notificadas. La doctrina discute si entre ellas se encuentra la identidad del tercero a favor de quien se proyecta enajenar el bien. Autores como FELIÚ REY (1995, 93) o Díez Soto (2013a, 10669) creen que solo es un dato a notificar cuando así se haya establecido de modo expreso o, en palabras de este último, «cuando, en función de las circunstancias del caso, deba entenderse que el conocimiento de la identidad del tercero que podría llegar a adquirir los bienes o derechos ha de ser especialmente relevante para el titular de la preferencia a efectos de tomar una decisión sobre la conveniencia o no de hacer valer su derecho (piénsese, p. ej., en los derechos de adquisición preferente sobre acciones o participaciones reconocidos a otros socios de una sociedad personalista)». En fase de retracto, habrá que notificar la identidad del tercero, frente al que se dirigirá el retrayente para hacer valer su preferencia.

⁵² Optó por el criterio de la notificación o requerimiento para fijar el «*dies a quo*», el Proyecto de Código civil 1851 (art. 1452). GARCÍA GOYENA (1852, 427) lo justificaba en razones de seguridad jurídica y evitación de posibles fraudes.

⁵³ En este sentido, Díez Soto (2000, 160).

⁵⁴ La Ley 458 CN fija este deber de diligencia respecto del retracto gentilicio.

⁵⁵ En la doctrina, han sugerido sistemas de este tipo, CARRETERO (1957, 825) o Díez Soto (2000, 169).

⁵⁶ Distinguen claramente entre reembolsos y consignación la STC 145/1998, de 30 de junio (ECLI:ES:TC:1998:145) y la STC 144/2004, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TC:2004:144).

⁵⁷ Así lo proclama reiteradamente la jurisprudencia, respecto de los retractos legales, pese a alguna sentencia antigua en sentido contrario. SSTS, Sala Civil, de 11 de mayo de 1965 (*RJ* 1965, 2534), 12 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3232), 20 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6843), 30 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 3117), 11 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5666), 25 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 3382), 6 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 8761), entre muchas otras. Sobre el tema, puede atenderse a GÓMEZ CALLE (2009, 613 y sigs.).

⁵⁸ Muchos autores sitúan el fundamento de la obligación de restituir los gastos útiles en la consideración del adquirente como poseedor de buena fe resultando aplicable el artículo 453 del Código civil, que permite al retrayente elegir entre pagar el importe de los gastos útiles o el mayor valor de la cosa mejorada (así, p.e., MANRESA, 1908, 340). Otros encuentran este fundamento bien en evitar un enriquecimiento injustificado del retrayente, bien en la aplicación analógica de los artículos 112 y 113 LH. Esta última es la solución por la que aboga GARCÍA CANTERO (1991, 608). Según esta interpretación es el adquirente retraído el que puede optar entre exigir el importe de los gastos, o retener los objetos en que consistan las mejoras si ello puede hacerse sin menoscabo. En otro orden de cosas, no existe acuerdo doctrinal acerca de si el adquirente goza o no de «*ius retentionis*» sobre la finca, hasta tanto no le sean abonados los gastos útiles. Lo afirman quienes parten de la aplicación del régimen del poseedor de buena fe (cfr. art. 453 CC) —así, RUBIO TORRANO (1991, 1004)—. GARCÍA CANTERO (1991, 610-611), de modo coherente con la tesis por él mantenida, lo niega, por considerar que

el «ius tollendi» que corresponde al adquirente retraído por aplicación analógica del artículo 113 LH representa una protección más eficaz que el «ius retentionis».

⁵⁹ En este sentido citan GARCÍA CANTERO (1991, 606-607) y RUBIO TORRANO, (1991, 1003) la STS de 3 de julio de 1912 (*JC*, t. 124, núm. 109), que negó el carácter de reembolsables a los gastos de construcción de una casa sobre el predio rústico destinado a cereales, realizada durante la tramitación del juicio de retracto; o la STS de 5 de diciembre de 1959 (*JC* 1959, t. LXXXIV, núm. 676), que procedió igualmente respecto de los gastos de construcción de un chalet edificado de mala fe por el comprador.

⁶⁰ Por todos, MANRESA (1908, 340).

⁶¹ También habla de gastos de legítimo abono la Compilación de Navarra en sus Leyes 450 y 451.

⁶² Un elenco de gastos y pagos legítimos que deben incluirse y otros que quedan excluidos, según la jurisprudencia, puede encontrarse en GARCÍA CANTERO (1991, 605-606); RUBIO TORRANO, E. (1991, 1003); BELLO JANEIRO, D. (2009, 208 y sigs.); o MAS BADÍA, M.^a D. (2014a, 202-203).

⁶³ BELLO JANEIRO (2009, 208).

⁶⁴ Estos documentos podrán utilizarse después como prueba documental sobre el fondo. No pueden inadmitirse por no haberse satisfecho las obligaciones tributarias vinculadas a los mismos, lo que contravendría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE— (cfr. STC 141/1988, de 12 de julio, ECLI:ES:TC:1988:141).

⁶⁵ La obligación de consignación se refería al precio y no a los gastos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1518 del Código civil (SSTS de 20 de junio de 1949 —*JC* 1949, t. X, núm. 152—, 8 de junio de 1954 —*JC* 1954, t. XXXV, núm. 247—, 21 de junio de 1956 —*JC* 1956, t. L, núm. 480—, 19 de enero de 1974 —*JC* 1974, 15—, 16 de marzo de 1992 —*RJ* 1992, 2185— y 20 de abril de 1994 —*RJ* 1994, 3214—).

⁶⁶ Así ocurre, p. ej., con el artículo 595 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en relación con el derecho de abolorio. O con la Ley 450 de la Compilación de Navarra.

⁶⁷ BELLO JANEIRO (2009, 119).

⁶⁸ Un estudio a fondo, en MAS BADÍA, M.^a D. (2014a, 212 y sigs.).

⁶⁹ Salvo quizá en el de permuta a cambio de bienes fungibles.

⁷⁰ Sobre los inconvenientes de tal déficit, GARCÍA AMIGO (1976, 125) o GARCÍA CANTERO (1991, 540).

⁷¹ Actualmente, la opción de compra inscrita se beneficia de la prioridad, legitimación y fe pública registrales, resultando oponible *erga omnes*. La transmisión del bien por el concedente a un tercero permite al optante, según autores, bien impugnar la transmisión, dejando las cosas como estaban antes de la misma (cancelándose, en su caso, la inscripción de la adquisición del tercero), y ejercitar la opción frente al concedente; bien ejercitar la opción directamente frente al tercero, haciéndose otorgar por este la escritura de compraventa. Si la opción no está inscrita, el optante solo podrá exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios —por vía de responsabilidad contractual— al concedente de la opción que enajenó el bien. Si el adquirente conocía la existencia de la opción estará obligado, igualmente a indemnizar, como responsable extracontractual, siendo discutible si su mala fe provoca la nulidad del contrato que sirvió de título a su adquisición (cfr. art. 1275 CC). Parece lo más justo considerar que la opción es oponible al adquirente de mala fe o a título gratuito, con independencia de que esté o no inscrita. Este adquirente nunca estará protegido por el artículo 34 LH. El optante adquiere el bien libre de las cargas constituidas con posterioridad a la inscripción de la opción, lo que provocará su cancelación siempre que se acredite la consignación del precio de la compraventa (doctrina que inicia la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, con base en la aplicación analógica de diversas normas registrales, en especial el art. 175.6.^a RH).

⁷² La inscripción constitutiva, de convertirse en ley la Propuesta, afectaría al artículo 14 RH, pues el derecho de opción sería inscribible cumplidos los requisitos de aquella y no los que actualmente contempla artículo 14 RH.

⁷³ En este sentido, el artículo 568-5-2 CCCataluña.

⁷⁴ Se detiene en la cuestión DÍEZ SOTO (20131, 10664), con cita de las SSTs, Sala Civil, de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 9007) y de 9 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1980).

⁷⁵ Véanse la STS de 13 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 3997) o la RDGRN de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 6341).

⁷⁶ A semejanza del artículo 568-8.3 CCCataluña y a diferencia del artículo 14 RH, la prórroga del arrendamiento o derecho al que se vincule la opción no hace caducar esta, que se prolonga hasta donde alcance dicha prórroga (hay que entender, siempre que en el título constitutivo no se disponga otra cosa).

⁷⁷ En la actualidad, para que el derecho sea inscribible, no podrá exceder de cuatro años salvo en el caso del arrendamiento con opción de compra, en que la duración «podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento» (art. 14 RH), admitiendo la jurisprudencia la extensión del plazo al de la prórroga convencional expresa. A la cuestión del plazo de duración se refiere la Ley 461.I y II CN (sobre el Derecho navarro, TORRES LANA, 1993, 327 y sigs.) y el artículo 568-8 CCCataluña. Acerca de la prórroga del asiento de inscripción de la opción de compra, pueden verse, por todos, CANALS BRAGUE (1988, 977 y sigs.) y SANCINENA ASURMENDI (2007, 185-187).

⁷⁸ Por todos, DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2012, 427), consideran que en el CCCataluña la opción real tiene una eficacia adquisitiva directa.

⁷⁹ La referencia a la consignación del precio no se contenía en la versión de la PCC publicada en 2018, aunque en los trabajos posteriores de revisión se agregó este inciso.

⁸⁰ La regla es diferente en el artículo 568-12 CCCataluña.

⁸¹ En este sentido, las SSTs, Sala Civil de 6 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4996), 12 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 4741) o 14 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 3697), citadas por DÍEZ SOTO (2013a, 10666). En las SSTs de 6 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3147), 7 de marzo de 2011 (Tol 2061570) o 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 82), se contempla la posibilidad de que las partes hagan depender el ejercicio de la opción del pago del precio.

⁸² También se efectúa esta distinción en el CCCataluña (art. 568-9).

⁸³ Así se admite en la STS de 12 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8049), citada por DÍEZ SOTO (2013a, 10665).

⁸⁴ El artículo 569-35 CCCataluña regula la hipoteca sobre los derechos de adquisición preferente.

⁸⁵ *Vid.* artículo 568-12.2 CCCataluña, que no regula esta obligación simplemente a efectos registrales y de cancelación de cargas, sino a efectos sustantivos.

⁸⁶ La modificación obedece a una propuesta que efectuó antes de que se celebrase el cuarto Seminario conjunto para el Estudio de la Propuesta de Código civil (RCDI-APDC), el 16 de mayo de 2019. Fue sometida al juicio de los asistentes y aceptada. En la doctrina, se habían referido a la solución consistente en dejar subsistentes las cargas, deduciéndose su valor del precio de la compra, TORRES LANA (1987, 232) o RAMÓN CHORNET (1989, 362).

⁸⁷ La RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971) especifica que, si la carga es una hipoteca, podrá deducirse «no solo el importe del principal, sino también de aquellos otros conceptos garantizados por la hipoteca que hayan podido devengarse, como en el caso presente, intereses de demora de la hipoteca cambiaria vencida».

⁸⁸ La RDGRN de 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684), aceptó que se detrajera de las cantidades a consignar el importe de las cargas en que se subrogó el adquirente (derivadas de un préstamo hipotecario, que gravaba la finca, inscrito con anterioridad al derecho de opción), en los términos del artículo 118 LH. La retención absorbía la

totalidad del precio de la compra. El conflicto se plantea con el titular de una anotación preventiva de embargo practicada con posterioridad a la inscripción de la opción, pero antes de su ejercicio. La Dirección, concluye que carece de sentido que la cancelación de la anotación preventiva de embargo «*quede subordinada en el presente caso a la previa consignación del precio de la venta retenido por el comprador. Lo contrario implicaría un evidente enriquecimiento injusto a favor del anotante —repárese en que el objeto de la anotación tenía en el momento de practicarse un valor patrimonial neto negativo, al exceder el importe de la deuda garantizada del precio pactado para la opción inscrita— en perjuicio del comprador*». La misma solución aplica la RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971) al caso en que el optante paga en el acto las cargas preferentes, provocando su extinción y cancelación.

⁸⁹ Tampoco hay obligación de consignar cuando la adquisición de la finca como consecuencia del ejercicio del derecho de opción sea la contraprestación pactada (el «precio») a cambio de otra que realizó el optante. En el caso de la RDGRN de 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217), A vendió dos solares a B, concertándose una opción de compra sobre varios departamentos a construir (obra futura) en dicho solar, siendo B el concedente de la opción y A el optante. A ejercitó la opción, pero lógicamente no satisfizo ninguna cantidad en concepto de precio, pues la contraprestación por la adquisición de los departamentos era la cesión de suelo anteriormente producida y, por tanto se encontraba ya recibida por el concedente. La DGRN entiende, con buen criterio, que nada hay que consignar.

⁹⁰ Cumplido este requisito y el anterior, no se requiere para la cancelación, mandamiento que la ordene (no resulta aplicable el art. 83 LH) —RRDGRN 8 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5227) o 30 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6667)—.

⁹¹ En cualquier caso hay que reconocer que existe una línea de jurisprudencia del Tribunal Supremo, con efecto de arrastre sobre las sentencias de las Audiencias Provinciales, que considera que, dado que la opción inscrita goza de oponibilidad *erga omnes* y convierte en claudicantes los derechos y cargas que accedan al Registro de la Propiedad con posterioridad (entre ellos, las anotaciones de embargo practicadas tras la inscripción de la opción, aunque sea antes de su ejercicio), no cabe cancelar las mismas ni consignar el precio, pues con la mencionada eficacia real quedan salvaguardados los derechos del optante frente a los eventuales adjudicatarios en el procedimiento de apremio (así, la STS de 10 de septiembre de 1998, *RJ* 1998/6609) —cfr. artículo 79.2.º LH—. El derecho del optante se hará valer a través de una tercería de dominio interpuesta por el optante con el fin de alzar el embargo por corresponderle a él y no al deudor ejecutado la propiedad de la finca una vez ejercitada la opción, sin que sea exigible la consignación. Así lo estimó la STS de 5 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003, 8257) —comentada por RIVAS TORRALBA (2006, 324 y sigs.)—, que rechaza que el problema deba definirse en términos de conflicto de preferencia de créditos: no resulta aplicable el artículo 1923.4.º CC, porque más que un conflicto de preferencia de créditos lo que tenemos es que la anotación resulta aniquilada por la opción inscrita y ejercitada temporáneamente. Es decir, queda extinguido uno de los supuestos derechos en conflicto, con lo que no cabe hablar de tal. En igual sentido, la STS de 6 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 4619). En cambio, en la línea marcada por la DGRN se pronuncia la STS de 10 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6609). Más información en MAS BADIA (2013b, 488).

⁹² En este sentido, ALBIÑANA CILVETI (2004, 29).

⁹³ Así, las RRDGRN 28 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982, 5369), 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217), 8 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5227), 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184), 18 de abril de 2002 (*RJ* 2002, 7823), 11 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 8905), 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684), o 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971).

⁹⁴ Tal sistema ha sido acogido en el artículo 568-12 del Código civil de Cataluña.

⁹⁵ En contra de la opinión mayoritaria de la doctrina, alineada con la posición de la DGRN, se manifiestan, en cambio, CHICO Y ORTIZ (1982, 87) o RAMÓN CHORNET (1989, 311 y sigs.).

⁹⁶ Así, la RDGRN 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 5365). La compensación es admisible con los requisitos de los artículos 1195 y 1196 del Código civil, pero no puede perjudicar a los titulares de cargas constituidas por el concedente no preferentes al derecho del optante, que para hacer valer la compensación debe renunciar a su cancelación.

⁹⁷ Muy semejante al artículo 568-10 CCCataluña.

⁹⁸ El artículo 568-11 CCCataluña regula de modo expreso las consecuencias de la pérdida total o parcial del bien, diferentes según la causa a la que obedezca.

⁹⁹ Un ejemplo de una estipulación de este tipo, en la RDGRN 22 de enero de 2013 (*RJ* 2013, 8422).

¹⁰⁰ En la RDGRN 12 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004, 229) se deniega la cancelación por existir constancia registral del ejercicio de la opción.

El asiento que indique haberse ejercitado el derecho de opción puede ser el de inscripción de la adquisición por la compraventa a favor del optante, o la anotación de la demanda en que se ejercita judicialmente la opción (en este sentido, SANCINENA, 2007, 188). Se discute, en cambio, si puede acceder al Registro de la Propiedad, mediante nota al margen de la inscripción de la opción, el requerimiento notarial dirigido al concedente notificándole el ejercicio extrajudicial de la opción por el titular del derecho de adquisición, antes de que se otorgue la correspondiente escritura de compraventa (en contra, la RDGRN 7 de diciembre de 1982).

¹⁰¹ En la RDGRN 5 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 3897) se deniega la cancelación de la opción de compra al haberse adoptado una medida cautelar de suspensión del plazo en procedimiento criminal. Además, el optante había presentado en el Registro de la Propiedad un documento que acreditaba su intención de ejercitar la opción.

¹⁰² La STS de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083) no ha afectado a la vigencia del artículo 177, párrafo I RH.

¹⁰³ Aún así, la eficacia práctica de la norma se encuentra limitada por la exigencia de que hayan transcurrido cinco años desde el vencimiento del plazo de la opción para que pueda practicarse la cancelación automática.

¹⁰⁴ Véanse, entre otras, las RRDGRN de 14 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 127), 23 de abril de 2003 (TOL 268.141), 12 de marzo de 2009 (TOL1.464.936) o 14 de diciembre de 2010 —*RJ* 2011, 127—. Más información en MAS BADÍA (2013b, 479 y sigs.).

¹⁰⁵ En este sentido, ARANDA RODRÍGUEZ (2011, 265); DE LA IGLESIA MONJE (2001, 364); Díez Soto (2013.^a, 10679); GARCÍA AMIGO (1976, 122); o MERINO (1978, 317). Se busca apoyo en el artículo 1510 del Código civil, o en la posibilidad de hipotecar este derecho (art. 107.8.º LH). BLASCO GASCÓ (2015, 447), matizando los argumentos que utiliza la doctrina mayoritaria, considera el pacto de retroventa más como una estipulación con eficacia real que como un derecho real propiamente dicho.

¹⁰⁶ GARCÍA CANTERO (1991, 530 y sigs.) insiste en la proximidad de ambos derechos, subrayando que «la posición del retrayente en el pacto de retro es similar a la del optante, pues dispone de una preferencia adquisitiva absoluta e incondicionada sobre la cosa, sin que la voluntad del propietario actual de esta tenga relevancia a efectos de la adquisición. Lo que ha ocurrido hasta ahora es que la regulación legal de este derecho y su elaboración doctrinal ha girado en torno a la idea de retroacción, de recuperación de una cosa de la que anteriormente se era propietario; pero, en lo que aquí interesa, la posición del comprador con pacto de retro es idéntica a la del propietario que ha concedido, con carácter real, una opción de compra sobre su cosa».

¹⁰⁷ Así lo afirman de forma generalizada los autores: BADENES GASSET (1958: 32); BOSCH CAPDEVILA (2006, 226, nota 4); CABANILLAS SÁNCHEZ (1991, 989); CASTÁN TOBEÑAS (1985: 165 y sigs.); GARCÍA CANTERO (1980: 445); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1989, 321); MARÍN LÓPEZ (2010, 749 y sigs.) o RIAZA (1919, 192 y sigs.). El TS subraya la diferencia, entre otras, en la STS de 22 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1995).

¹⁰⁸ Suele entenderse, bajo el Código civil, que el ejercicio del «retracto convencional» supone la resolución del título del adquirente retraído y, por tanto, la readquisición

automática del bien o derecho por el retrayente con efectos retroactivos al momento en que se produjo la transmisión original, sin que haya de efectuarse una nueva transmisión del adquirente en favor del retrayente, que no ha dejado nunca de ser dueño (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, 988; Díez SOTO, 2013a, 10687; o RIVERA SABATÉS, 2001, 148 y sigs., en cuyas obras puede encontrarse un elenco de autores clásicos a favor y en contra de esta posición).

¹⁰⁹ Aunque el Código civil regula el «retracto convencional» en sede de compraventa, contrato al que la figura nace históricamente vinculada y en relación con el cual suele estipularse en la práctica, diversos autores abogan por su aplicación en relación con otros negocios. MERINO HERNÁNDEZ (1978, 313 y sigs.) destaca, entre ellos, la permuta. Aduce el principio de autonomía de la voluntad, los artículos 1258 del Código civil y 1541 del Código civil y argumentos de Derecho comparado, y cita la STS de 2 de diciembre de 1914, que lo aplica a un contrato de transacción. La referencia al precio del artículo 1518 del Código civil debe entenderse —dice— como relativa al valor pecuniario del bien cuando no haya precio propiamente dicho. RIAZA MATEO (1919, 193), en cambio, circunscribe este derecho al contrato de compraventa.

¹¹⁰ En un sentido similar, el artículo 568-28 CCCataluña.

¹¹¹ Resultan representativas las palabras de RUBIO TORRANO (1991, 997), cuando escribe que el precepto «resulta obvio, innecesario y en su literalidad no muy afortunado; así, el comprador no puede sustituir al vendedor en el derecho que este tiene de que aquel le pague el precio, ni en el derecho de recuperar la cosa vendida ... Lo que esta norma parece querer reforzar es el principio de que el comprador con pacto de retro lo es a todos los efectos y, por tanto, una vez producida la tradición de la cosa vendida esta será propiedad del comprador (...)».

¹¹² Véase VÁZQUEZ BARROS (2008, 132 y sigs.).

¹¹³ En el CCCataluña, la solución es diferente. Cfr. artículo 568-29 (*Duración*).

¹¹⁴ En este sentido, GARCÍA CANTERO (1991, 571) o Díez SOTO (2013.^a, 10684), entre otros.

¹¹⁵ Se introduce alguna pequeña modificación de estilo sobre la versión publicada en 2018, que establecía: «El titular de este derecho puede ejercerlo frente a todo aquel cuya adquisición traiga causa del adquirente y recibe la cosa libre de gravámenes, sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe».

*(Trabajo recibido el 1-9-2019 y aceptado
para su publicación el 7-11-2019)*