

El derecho de tanteo: Su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción

Entre los diversos problemas sin solución concreta y precisa en Derecho Inmobiliario Registral, destaca el que se plantea con el llamado Derecho de Tanteo. Este problema, como casi todos los existentes en nuestra disciplina, no sólo debe su origen al contorno ambivalente o impreciso de este derecho, intermedio entre los de naturaleza personal y naturaleza real, sino también a la diferente y a veces contradictoria doctrina que sostuvieron los hipotecaristas clásicos en los albores del sistema.

Antes de examinar el tratamiento hipotecario de este derecho, conviene, aunque sea de modo somero, dar una noción civilista de su significación.

En la clasificación de los derechos reales de GIERKE, pertenecen el tanteo y el retracto al grupo de los denominados «derechos de adquisición»; y son limitativos del dominio porque restringen o al menos condicionan la facultad de libre disposición inherente al mismo. Pueden ambos ser de creación legal o constituirse por negocio jurídico.

El tanteo, al igual que el retracto, es, pues, un derecho de preferencia o prelación. Consiste en la preferencia que por disposición de la Ley o por virtud de acto o negocio jurídico, tiene su titular para la adquisición de una cosa cuando su propietario se dispone a enajenarla. Y siendo éste su contenido, no tiene relevancia a efectos registrales la crisis de identidad que sufren los derechos reales de adquisición en el ámbito del derecho civil.

Ahora bien, este derecho de prelación actúa en el tanteo, *a priori*, antes de que la enajenación se efectúe, a diferencia del retracto, en el cual la prelación se ejercita *a posteriori*, o sea, cuando la enajenación ya se ha realizado, subrogándose el retrayente en el lugar del adquirente, mediante pago al mismo del precio que satisfizo y gastos legítimos ocasionados. También son diferencias claras el que el derecho de tanteo se ejercita o se opone frente al vendedor; el de retracto frente al comprador; el primero puede paralizar la enajenación, pero si éste se efectúa, queda firme; el segundo equivale a una condición resolutoria que resuelve el derecho del adquirente. Cuando la Ley concede derecho de tanteo, suele también conceder, subsidiariamente, el de retracto, para evitar que aquél sea ilusorio; de aquí que ambos puedan conceptuarse, como lo hace la doctrina, no como derechos distintos, sino como dos fases del mismo derecho prelativo o como dos diversas oportunidades para su ejercicio. Lo cual quiere decir que el retracto es la sanción legal del tanteo.

Lo más interesante para nuestro estudio es determinar la naturaleza jurídica del tanteo; concretamente si es un derecho real o un derecho personal. Pues siendo un derecho real, tendrá acceso al Registro de la Propiedad, conforme dispone el número segundo del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que establece la inscripción en el Registro de los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales*.

La doctrina moderna no sin vacilaciones y aun excepciones, reputa al tanteo de derecho real, por recaer sobre cosa específica y ejercitarse no contra persona obligada individualmente, sino contra todo dueño que enajene la finca afectada por el derecho de tanteo, mientras éste subsista. Pero aunque sea aceptable esta teoría y crea perfectamente posible una construcción real del tanteo, conviene establecer, como lo hacen los comentaristas hipotecarios, una previa distinción entre el tanteo de creación *legal*—o sea el establecido con carácter forzoso por la ley, v. gr.: el dispuesto a favor de ambos condueños en la enfiteusis—y el tanteo *convencional*, o sea, el concedido voluntariamente por el titular de un inmueble a otra persona para el caso de venta de éste, mediante acto o negocio jurídico. Y además entre el tanteo considerado doctrinalmente y en su regulación en otros derechos y el tanteo considerado positivamente en la legislación y en la jurisprudencia españolas.

A) El tanteo legal establecido por el Código Civil para procurar la refundición en una sola mano de los dos dominios, directo y útil, en la enfiteusis, foros y *rabassa morta* (art. 1.636 y regla sexta del 1.656), concediendo facultad lo mismo al dueño directo que al útil de ser prefe-

ridos por el *tanto*, o sea, en igualdad de precio y condiciones, a cualquiera otra persona a quien haya de transmitirse uno u otro dominio por compra o dación en pago, es, evidentemente a mi consideración, un derecho subjetivamente real, una facultad entrañada en ambos dominios, una parte jurídica integrante de ambos y produce acción real, según reconoció el Tribunal Supremo en sentencias muy lejanas en el tiempo (1). Dos hipotecaristas clásicos como DÍAZ MORENO y GAYOSO (2) reputan de derecho real por excelencia al tanteo legal, en contra de la opinión de MORELL (3), que, fundado en que es válida la enajenación que se realice prescindiendo del mismo, sostiene que no es un derecho real.

DÍAZ MORENO nos dice que los derechos reales de tanteo y retracto, que son más reales que cualesquiera otros, puesto que se dan en favor de cosas, sin miramiento alguno a las personas, no pueden inscribirse: el de tanteo, ni siendo voluntario ni siendo legal; el de retracto cuando lo sea de esta última clase. Por tanto, sólo admite la inscripción del retracto voluntario.

Por su parte, GAYOSO ARIAS dice que el tanteo, derecho de adquisición por el tanto de su precio de la cosa que se va a enajenar, se concede en la enfiteusis, foros y *rabassa morta*, a ambos condueños y en las adquisiciones de parcelas y terrenos de la zona marítimo-terrestre. Añade que el retracto se da en estos mismos casos y entre comuneros y colindantes, viniendo a ser, según doctrina del Tribunal Supremo, como la sanción del tanteo. Pero puede pactarse en las ventas la resolución de las mismas a favor del vendedor, devolviendo el precio y cumpliendo lo demás convenido. A esto se llama en el Código Civil retracto convencional, a diferencia de los anteriores que se denominan legales. Sigue diciendo que los derechos de tanteo y retracto no se inscriben en el Registro, al menos especialmente (4). Trata al retracto convencional de condición resolutoria que debe constar en la inscripción de la venta, pero no apta para inscripción separada y especial.

Actualmente, la doctrina sigue mostrándose algo vacilante, lo mismo en cuanto a su naturaleza como a su posible inscripción, pero la opinión dominante se inclina por su acceso al Registro de la Propiedad. ROCA

(1) Puede citarse, como una de las más antiguas, la Sentencia de 11 de octubre de 1905.

(2) EUSTAQUIO DÍAZ MORENO: *Contestaciones a la Parte de Legislación Hipotecaria del programa para oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad*. Imprenta de Antonio Marzo. San Hermenegildo, 32, duplicado. Madrid, 1911.

RAMÓN GAYOSO ARIAS: *Nociones de Legislación Hipotecaria*, tomo II, págs. 19 y ss. Imprenta de Cleto Vallinas. Calle de Luisa Fernanda, 5. Madrid, 1918.

(3) J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Imprenta Hijos de Reus, Editores. Calle de Cañizares, 3, duplicado. Madrid, 1916.

(4) Cita para la enfiteusis la Resolución de 17 de abril de 1867.

SASTRE (5), maestro de todos, se inclina, aunque últimamente con menos seguridad, a que tanto el retracto como el tanteo convencionales puedan construirse con caracteres de derechos reales y ser, por tanto, inscribibles en el Registro de la Propiedad. En cambio, opina que el tanteo y retracto legales, por su misma esencia, no tienen naturaleza real y están excluidos del Registro. Son simples restricciones de la propiedad, que por ser establecidas por la Ley, están investidas de una publicidad que supera la que el Registro pueda proporcionar, haciendo superflua su inscripción. Son, por tanto, asimilables a las servidumbres legales (6).

Me adhiero a esta doctrina. El tanteo y retracto de origen legal, bien en virtud de la teoría de las limitaciones del dominio, o bien por el motivo de ser derechos secundarios e inherentes al mismo, con el fin de favorecer determinadas directrices del legislador, no deben ser inscribibles, ni además necesitan la inscripción; por el contrario, si estos derechos deben su origen a la voluntad de los particulares, en uso de sus facultades de creación de derechos reales, permitidas por el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, en régimen de *numerus apertus*, no sólo pueden, sino que deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad para su efectividad *erga omnes*. Podría configurarse el tanteo de creación legal como un derecho subjetivamente real, como facultad entrañada en la titularidad de ambos dominios, directo y útil, del mismo modo que pueden serlo las servidumbres legales en relación con el predio dominante. Pero, no obstante y aun con esta construcción como derecho subjetivamente real, el tanteo legal no es inscribible de modo independiente, ni lo precisa, en el Registro de la Propiedad. Así lo tiene reconocido nuestra Dirección General hace ya muchos años, cuando dijo que el derecho de tanteo que tienen los dueños directos no es inscribible por sí sólo y separadamente de la inscripción del dominio directo.

En resumen, esta clase del tanteo es una limitación del *ius disponendi* del dueño directo o útil, impuesta inmediatamente por la Ley y está fuera del tráfico inmobiliario y de su seguridad, que son las finalidades primordiales de nuestro sistema registral; y por eso, por ser un derecho *intransferible* con separación del dominio en que va entrañado y sin posibilidad de gravamen, aunque sí renunciable por su titular, no precisa de inscripción, como tampoco la requieren las servidumbres legales de utilidad pública, que están revestidas de publicidad sin necesidad del Registro (art. 5.º, núm. tercero, del Reglamento Hipotecario). Y por si

(5) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 355. Imprenta Clarasó. Villarreal, 17. Barcelona, 1941.

(6) Para la inscripción y efectos de esta clase de servidumbres puede verse mi trabajo titulado «Las servidumbres en el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 521, de julio-agosto de 1977.

fuera poco, las inmunidades (7) del sistema registral no pueden obtenerse, frente al posible ejercicio de los tanteos legales, que son efectivos frente a cualquier tercero, del mismo modo que las acciones de retracto legal se dan contra los mismos (8).

Finalmente, por ser una parte jurídica integrante del derecho inscrito, dominio directo o útil, puede en cierto modo afirmarse, como acertadamente opina ROCA SASTRE (9), que el tanteo legal en su aspecto activo, ya está inscrito cuando lo está el dominio o derecho, de cuyo contenido aquél es una simple ampliación. Inscrita una enfiteusis, con ella queda inscrita la facultad de tanteo, y aun sin necesidad de que en la inscripción se haga mención de tal derecho y sin contemplación a la persona que ostente la titularidad, puesto que la ley concede este derecho por consideraciones puramente objetivas para facilitar la refundición de los dominios. En las legislaciones extranjeras, como la alemana, se aplica el tanteo al servicio del interés público y a la equitativa división del suelo y a la colonización. En nuestra legislación de arriendos, rústicos y urbanos, se concede el retracto a ciertos colonos e inquilinos, y hubo proyectos agrarios que regulaban especiales derechos de adquisición o preferencia a favor de cultivadores directos del suelo.

B) En cuanto al *tanteo convencional*, bien consecuencia de una declaración unilateral de voluntad en disposición testamentaria por ejemplo, o de un concierto bilateral de voluntades, en virtud de contrato cuyo único objeto sea la constitución del tanteo; bien sea una condición o pacto agregado a un contrato de enajenación de inmuebles, en cuya virtud se obligue al adquirente para el caso de que a su vez se proponga enajenarlos, a transferirlos con preferencia por el tanto al enajenante, es forzoso distinguir la concepción teórica, doctrinal, de la regulación práctica, positiva y jurisprudencial en nuestra legislación.

Doctrinalmente, el tanteo convencional puede configurarse, a semejanza de otros derechos de prelación, como el retracto, con las características de un verdadero derecho real, perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad y esgrimible frente a los titulares posteriores o terceros que adquieran los bienes a que aquél afecte; esto es indudable y acorde con nuestro actual sistema. Los derechos reales limitativos del

(7) Me gusta utilizar la palabra inmunidad, que era muy cara a mi padre, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. Creo que fue el primer hipotecarista que basó en ella parte de los efectos de la inscripción en su conferencia titulada «Valor efectivo de la inscripción en la nueva Legislación Hipotecaria», pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia el 13 de marzo de 1948. A los efectos defensivos de la inscripción los denominó efectos inmunizantes. Puede verse en el tomo II, página 321 del Libro Homenaje, publicado por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad.

(8) Así lo dispone el número segundo del artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

(9) ROCA SASTRE: *Ob. cit.*

dominio, lo mismo pueden restringir facultades de disfrute que facultades de uso o aprovechamiento, que facultades de disposición. La hipoteca, en cuanto implica una participación del hipotecante o acreedor en el valor de la finca, condiciona la facultad dispositiva del dueño; y los derechos de adquisición, en suma, representan una restricción de la facultad dominical de libre disposición del llamado *ius disponendi*. Construido como derecho real, el tanteo no implica prohibición de disponer, es decir, no «cierra el Registro», pero las enajenaciones que el dueño realice a otra persona, sin las notificaciones o avisos que el tanteo presupone, no pueden prevalecer y anular el derecho del titular del tanteo, el cual podrá ejercitarlo frente al nuevo propietario. No debe equivocarnos la suspensión de la inscripción en el caso de venta de finca urbana arrendada, sin las notificaciones o la renuncia del inquilino que es de carácter legal. Claro que cuando aquel último supuesto se realice, el tanteo pasa ya a ser verdadero retracto, puesto que implica una subrogación en el lugar del adquirente, con lo que se demuestra, como dije anteriormente, que ambos derechos de preferencia no son más que fases distintas de un mismo y único derecho.

EFFECTOS DE LA INSCRIPCION DEL TANTEO VOLUNTARIO

La eficacia registral del derecho de tanteo convencional inscrito puede sistematizarse en tres diferentes posiciones, que conviene exponer, aunque sea someramente, para ver cuál de ellas es la más ajustada a su naturaleza. Partiendo de un ejemplo expondré con mayor claridad la cuestión:

A constituye, por negocio jurídico, derecho de tanteo a favor de B por tiempo determinado y con carácter real y se inscribe en el Registro como limitación de las facultades de disposición del titular. Si A enajena la finca a C sin haber dado a B posibilidades de ejercer su derecho por no haberle dado aviso, teóricamente en el Registro pueden darse tres soluciones diferentes:

1) La adquisición de C es válida e irrevocable, en cuyo caso el tanteo, pese a su inscripción, sólo surte el efecto de un derecho personal. Por otra parte, cancelable, conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento.

2) La adquisición de C no es inscribible por vulnerar la limitación del *ius disponendi* de A inscrita, en cuyo caso el tanteo funciona solamente como una prohibición de enajenar, y

3) La adquisición de C es inscribible, pero puede revocarse si B, titular del tanteo, ejercita su derecho, en cuyo caso el tanteo surtirá los efectos de verdadero derecho real de preferencia.

De estas tres posiciones señaladas hay que convenir que la correcta, para solucionar el problema del derecho de tanteo convencional inscrito como derecho real, es la del apartado tercero.

Efectivamente, la solución del apartado primero no tiene en cuenta la naturaleza del derecho de tanteo, configurado voluntariamente por los interesados como derecho real, oponible a terceros, y niega, arbitrariamente, los efectos de los mismos derechos reales. Y como no existe precepto legal ni sanción jurisprudencial que impida la construcción real del tanteo, sino más bien de los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria, 7.º de su Reglamento y hasta del 1.255 del Código Civil, se pueden extraer argumentos para su validez, hay que convenir que inscrito ese derecho, con carácter real, debe quedar sujeto a las normas hipotecarias de todo derecho limitativo del dominio, en este caso en su faceta dispositiva, y, por tanto, a que el adquirente del inmueble, sujeto a ese derecho de tanteo, tenga que sufrir las consecuencias jurídicas del mismo y mediante el subsiguiente retracto perder el dominio del inmueble. Todo ello fundado en el propio juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (10).

La solución del apartado segundo tampoco es correcta, pues desnaturaliza el tanteo convencional real y lo convierte en otro derecho diferente: en prohibición de enajenar. El Registro de la Propiedad tiene como misión primordial el garantizar y favorecer el tráfico de inmuebles y, por tanto, debe ser, por principio, enemigo de las prohibiciones de disponer (11) y sólo admitirlas en casos predeterminados e interpretarlas en sentido restrictivo; por lo que no es correcto que, en virtud de una extraña taumaturgia, se convierta el derecho de tanteo convencional, configurado como derecho real, en un derecho diferente no sólo en cuanto a denominación, sino en cuanto a contenido y efectos. Pero es que además si tenemos en cuenta que las prohibiciones de disponer no son inscribibles en el Registro cuando tengan su origen en actos o contratos a título oneroso, según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, mal puede verse en el tanteo convencional inscrito una prohibición de enajenar, que en todo caso puede asegurarse con hipoteca u otra garantía real a

(10) El artículo 34 de la Ley Hipotecaria no protege al tercer adquirente cuando las causas de resolución del derecho adquirido constan en el Registro.

(11) Que el Registro de la Propiedad acoge con recelo a las prohibiciones de enajenar o disponer es tan cierto que no hay más que leer el contenido de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria. Sobre esta materia puede verse mi trabajo titulado «Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 490, de mayo-junio de 1972.

efectos de indemnización. La solución estriba en no admitir la inscripción de un tanteo convencional con carácter real reforzado con prohibición de enajenar, supuesto no infrecuente en la práctica, puesto que, además de su imposibilidad legal, si el contrato es oneroso, no es necesario si el tanteo está configurado como derecho real, cumpliendo los límites que en cuanto a duración, precio de adquisición y plazos para su ejercicio determina la jurisprudencia.

La solución del apartado tercero es la correcta; no sólo porque se ajusta a la verdadera naturaleza y efectos del propio derecho inscrito, sino también por ceñirse a los postulados hipotecarios que se derivan de los principios informadores del sistema. Así, pues, podrá inscribirse la escritura de venta, sin que en la misma consten las notificaciones del tanteo, pero el titular de este derecho podrá ejercitar el retracto dentro del plazo convenido y cumpliendo lo demás estipulado, puesto que este retracto es la otra faceta, la sanción, del tanteo.

Todo lo expuesto sobre el tanteo convencional debe estar apoyado por nuestra legislación y jurisprudencia, puesto que responde a la verdadera esencia de esta clase de derecho. Pero hay que confesar que no son muy explícitas al respecto. Más claro es el Derecho alemán (12), que ya define al tanteo como derecho real y puede constituirse voluntariamente a favor de una determinada persona o a favor de quien en cada momento sea propietario de otro inmueble (derecho subjetivamente real); el primero será intransmisible y el segundo se transmite juntamente con el inmueble del que constituye parte integrante. Necesita de inscripción en el Registro y constituye un gravamen de la cosa, siendo esgrimible no sólo contra el concedente (derecho personal), sino contra quien sea propietario del inmueble. La venta hecha a persona distinta del titular del tanteo es inscribible, pero este derecho tiene la eficacia de una anotación preventiva de garantía y, por consiguiente, la transmisión a persona distinta del titular del tanteo es ineficaz en esa o en otra transmisión. Aquí se ve la patente naturaleza real concedida al tanteo.

En cambio, en nuestra legislación y en nuestra técnica, el problema es diferente y ha de plantearse sobre supuestos también distintos, sin que sea posible, por motivos de diversa índole y por el momento, considerar al tanteo convencional como un derecho real *de orígenes y des-envolvimiento propios*. Ante todo, hay que señalar que las leyes vigentes no proveen plenamente de normas para la regulación de un derecho de tanteo convencional y a la vez real, pues deja a la voluntad de las partes la configuración de derechos atípicos de difícil creación, como lo

(12) ARTHUR NUSSBAUM: *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, pág. 8.

tiene reconocido la propia Dirección General, y ante el silencio legislativo las opiniones se dividen y hay que acudir a las pautas fijadas por la jurisprudencia.

Desde luego, el tanteo puede estipularse por las partes como una simple obligación personal, como una especie de compromiso de venta preferente, sin engendrar otra clase de acciones que las personales, para indemnización de perjuicios, caso de incumplimiento. Pero el problema estriba en precisar si en nuestra legislación se autoriza la constitución del tanteo convencional con efectos reales. Y éste es el problema que, desde los comienzos del sistema registral hasta nuestros días, ha preocupado a todos los estudiosos del Derecho inmobiliario registral.

En opinión de DÍAZ MORENO (13), el tanteo en su forma voluntaria no producirá más efecto que el de una obligación personal, viniendo a constituir una promesa de venta, seguramente no inscribible, conforme al artículo 9 del Reglamento Hipotecario (antes 18); equiparaba este ilustre hipotecarista el tanteo convencional con un contrato de opción de compra (14). GAYOSO veía en el tanteo convencional una promesa de venta, aunque era de la opinión de que podía atribuírsele efecto real por voluntad de las partes. MORELL niega carácter de derecho real al tanteo legal y cree, en cambio, que el convencional es inscribible bajo la forma de una limitación del derecho de disponer del propietario. Por último, ROCA SASTRE, ya hemos visto que se muestra partidario de la opinión favorable a la configuración del tanteo convencional como derecho real perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque este criterio sea últimamente más vacilante al dar a entender que mientras no haya un reconocimiento legal o reglamentario del tanteo como derecho real, no debiera inscribirse (15).

Por su parte, la primitiva jurisprudencia registral permitió configurar el tanteo convencional como una limitación del derecho de disponer del propietario, apoyando la tesis de MORELL, pero abriendo a la vez el portillo para poder dar efectos reales al tanteo. Así, la Resolución de 9 de septiembre de 1887 admitió la inscripción del pacto de no poder vender el comprador la finca comprada sin dar previo aviso al vendedor, que se reservó el derecho de volverla a adquirir por el tanteo, con preferencia a un tercero, en igualdad de precio. En este caso, el tanteo actúa como una prohibición condicional o parcial de vender, e inscrito, su efecto real consistirá en no poderse inscribir la segunda enajenación,

(13) En la obra citada anteriormente.

(14) Claro que esto era antes de la regulación que a la opción de compra dio el vigente Reglamento Hipotecario en su artículo 14, puesto que a tenor de este artículo la opción inscribible funciona como derecho real.

(15) En la edición de 1968, tomo III, de sus *Instituciones de Derecho Hipotecario*.

si no se acredita haberse dado aviso al titular del tanteo, sin que éste haya ejercitado su derecho en el plazo señalado. Esto no me parece muy acertado, pues así el tanteo no funciona en verdad como derecho real, lo que sucede es que se le adiciona para robustecerle una garantía de esa naturaleza.

De todas formas, la primitiva jurisprudencia ha ofrecido cierta resistencia a la configuración del tanteo convencional como derecho real efectivo. Nos basta recordar en este sentido, la Resolución de 4 de enero de 1927. Tratábase de un derecho de tanteo concedido por un testador a favor de sus hijos sobre una finca legada a un extraño, y cuando el legatario vendió la finca sin previa notificación a los titulares del derecho de tanteo ni renuncia por parte de éstos a su ejercicio, el Registrador denegó la inscripción de la venta; pero la citada resolución revocó la nota del Registrador y declaró, entre otros extremos, que «contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia, militan gravísimas razones que imponen una interpretación restrictiva, como son: primero, el silencio de nuestra legislación hipotecaria sobre tal *preemptio*; segundo, la duración indefinida que se le atribuye; tercero, los vínculos que impondría a la propiedad, frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas, ya que el precio no se fija en el mercado libre como en el tanteo, de una vez para siempre; cuarto, las dificultades que su desenvolvimiento judicial y extrajudicial presentaría, por la indeterminación de los plazos en que haya de hacerse la oferta y de los efectos de las ventas realizadas sin previo aviso; quinto, el no responder la figura creada al criterio legal de reconstitución de la propiedad desmembrada o de parcelación agronómica ni a la finalidad de evitar indivisiones o situaciones anormales de propiedad». El contenido de esta resolución, contemplado con visión moderna del problema, me sugiere que aunque estos razonamientos hacen de la dificultad supuesto, no justifican el rechazo de plano del tanteo convencional, sino a lo sumo imponen a toda figura de este tipo jurídico que los particulares pueden establecer, el cauce y las restricciones que marca la ley al regular esos derechos de tanteo y retracto, así como de figuras afines. Y que cumpliendo esos límites y teniendo como objeto fomentar situaciones de proyección legal, pueden tener acceso a los Libros del Registro.

Modernamente, la Resolución de 20 de septiembre de 1966 admite al tanteo convencional como derecho real cuando se den ciertos requisitos, que bien pudieran servir de pauta para la constitución de futuras figuras jurídicas de este tipo. En el caso que la resolución contemplaba, se establecen los siguientes requisitos:

- a) Convenio en el que se conceda al titular la facultad *erga omnes* de adquirir el inmueble sin crear un simple derecho de crédito.
- b) Que el precio para adquirir el inmueble en ejercicio del derecho no quede fijado de antemano, sino que con las garantías necesarias se determine por terceras personas (u otra forma similar) en el momento de la transmisión.
- c) Que el plazo para el ejercicio del derecho, computado desde la notificación fehaciente de la transmisión, sea breve y determinado.
- d) Que se circunscriba o sea ejercitable en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil, porque así no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida.
- e) Que favorezca el cese de una indivisión o la reconstitución del inmueble (agrupación), es decir, que se justifique el interés legítimo de las partes al establecer este derecho.

Por último, la Resolución de 19 de septiembre de 1974 determina que el sistema del *numerus apertus* del artículo 7 del Reglamento Hipotecario no autoriza para ampliar el campo de esta clase de derechos, hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues tendrían que tener los requisitos típicos de los derechos reales. TIRSO CARRETERO (16) entiende muy acertadamente que esta resolución no niega que el derecho de tanteo y retracto convencional puedan establecerse como derechos reales inscribibles, lo que hace es avisar de que hay que proceder con suma cautela para establecerlos con tal carácter. Y resume su opinión diciendo que no hay doctrina de la Dirección sobre la naturaleza del derecho de tanteo-retracto convencional ni absoluto rechazo de la posibilidad de su configuración con efectos reales y, por consiguiente, su inscribibilidad.

De toda esta jurisprudencia podría sintetizar como válido el siguiente tratamiento del derecho de tanteo convencional: Es admisible su constitución con efectos reales, y digo constitución y no *creación*, puesto que no se crea un derecho *ex-novo*, una nueva figura jurídica sin nombre propio, lo que se hace es dotar a un derecho preexistente de caracteres reales no reconocidos por la ley. Y para que esa constitución sea válida es necesario:

- 1) Que tienda a favorecer intereses protegidos por la ley.

(16) TIRSO CARRETERO: Comentarios a dicha Resolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 506, de enero-febrero de 1975, págs. 131 y ss.

- 2) Que se le atribuya de manera indubitada los requisitos y circunstancias de los derechos reales.
- 3) Que no vulnere las normas civiles ni los principios hipotecarios encubriendo verdaderas vinculaciones, prohibiciones de disponer y, en general, trabar de alguna forma el tráfico jurídico inmobiliario.

Aun con todo, y trasladándonos al plano práctico, lo cierto es que en nuestra legislación, no obstante el criterio de *numerus apertus* que en la configuración de nuevos tipos de derechos reales inspira el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, resulta difícil construir un tanteo convencional inscribible y con plenos efectos reales, a no ser por la vía indirecta de un derecho diferente. Y esto es así aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra favorable a la teoría del tanteo como derecho real, como no es arriesgado afirmar. En esto supera a la propia Dirección General; basta para ello recordar la Sentencia de 17 de noviembre de 1931.

Por último, creo conveniente indicar algunas orientaciones marcadas por la jurisprudencia de nuestra Dirección General en orden al tanteo en su relación con el Registro: El derecho de tanteo legal no es inscribible por sí solo y separadamente de la inscripción del dominio directo, y la renuncia de aquel derecho por una sola vez, que es lo que significa la licencia para la venta, no es ni enajenación ni modificación de los derechos que nacen del dominio directo; cuando por motivos atendibles, que se consignarán en la escritura de enajenación del dominio útil enfitéutico, no haya sido posible hacer constar en ella la aprobación del dueño directo, los derechos de laudemio y retracto y demás a favor de éste quedarán salvados, consignándose así en el documento y en el Registro en la forma preceptuada por la Ley Hipotecaria respecto de los títulos que contienen cláusula resolutoria; no puede citarse disposición alguna en nuestro Derecho que castigue con nulidad la enajenación del dominio útil otorgada sin conocimiento del señor directo, y, por último, el artículo 1.639 del Código Civil da por supuesta la procedencia de la inscripción de las escrituras de venta de fincas enfitéuticas, aunque no se hubiere dado el previo aviso que ordena el artículo 1.637, de lo que se deduce que tal falta no es de las que puedan motivar la suspensión de la inscripción.

TITULO INSCRIBIBLE Y CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCION

La constitución del tanteo convencional del legal, ya queda dicho que no requiere título especial y que no es inscribible por sí solo; podrá tener lugar:

- a) Como acto independiente:
 - 1) por negocio oneroso o lucrativo,
 - 2) por disposición testamentaria.
- b) Como pacto agregado a otra convención: como condición de una venta, arrendamiento, transacción, etc. (17).
- c) Por sentencia judicial que declare la existencia de tal derecho.

El que el negocio sea oneroso o lucrativo tiene gran importancia a estos efectos. Siendo lucrativo pueden inscribirse los pactos prohibitivos, a que se refiere la regla tercera del artículo 26 de la Ley Hipotecaria; por el contrario, siendo oneroso, no debe el tanteo ir acompañado de pactos de este tipo, ya que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tendrá acceso al Registro, sin perjuicio de asegurar su cumplimiento mediante hipoteca u otra garantía real, a los solos efectos de indemnización.

En estos casos, el título inscribible será la escritura pública donde conste el derecho constituido; el acta de protocolización o escritura de partición acompañada de los documentos complementarios, entre los que se encuentra el testamento, de donde nace el derecho a inscribir, y la sentencia firme que reconozca o declare la existencia del mismo.

En cuanto a las circunstancias de la inscripción, en el supuesto de que llegase a inscribirse como derecho real, cosa que puede ser posible, creo que serán las generales de toda inscripción, consignadas en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, teniendo muy presente lo consignado en el apartado sexto. Además habrá que hacer constar las especiales o peculiares del derecho que se hayan establecido, según su modalidad, y a las que ya he hecho alusión. Por tanto, habrá de especificarse si se constituye

(17) Profesionalmente he conocido un caso en el que un padre dividía horizontalmente en seis fincas independientes una casa y donaba a cada uno de sus seis hijos una de ellas. Configurando realmente un derecho de tanteo en caso de venta a favor de cada uno de ellos y pudiendo ejercitar el retracto en plazo limitado, caso de no haber dado el aviso de la enajenación. El fundamento de este derecho estribaba en evitar, en lo posible, que las fincas o pisos de la casa salieran de la familia.

a favor de una persona, como derecho personalísimo o como derecho transmisible, o a favor de quien en cada momento sea titular de un inmueble determinado (derecho subjetivamente real de tanteo); si su ejercicio podrá efectuarse sólo en el primer caso de venta o en varios casos (sin rebasar los límites ya fijados por la jurisprudencia de la Dirección General), por lo que en esta segunda hipótesis se debe fijar un plazo de duración no vinculante, y, finalmente, las modalidades y plazo del aviso de la enajenación que se proyecta, y que enajenada la finca sin este aviso, el titular del tanteo podrá ejercitar su derecho contra el adquirente mediante el retracto, subrogándose en su lugar.

RAMÓN DE LA RICA