

2. PARA QUE A UN PACTO SE LE PUEDA ATRIBUIR CARÁCTER REAL, AL AMPARO DEL CRITERIO DE «NUMERUS APERTUS» DEL ARTÍCULO 7 DEL REGLAMENTO, HA DE EXTREMARSE EL CUIDADO PARA EVITAR QUE SE ELUDA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY HIPOTECARIA Y QUEDE SIN CUMPLIR LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 29 Y 98 DE LA MISMA, Y EN EL DERECHO DE TANTEO-RETRACTO, PACTADO EN CONTRATO ONEROSO DURANTE EL PLAZO DE DIEZ AÑOS, DEL RECURSO, NO APARECEN CLARAMENTE DELIMITADOS LOS PERFILES DE UNA FIGURA DE DERECHO REAL, E INCLUSO LA LIMITACIÓN ESTABLECIDA ROZA CON EL PRINCIPIO GENERAL DEL 27, POR LO QUE HABRÍA DE SER CANCELADO, CONFORME A LOS ARTÍCULOS 98 DE LA LEY Y 355 DE SU REGLAMENTO. PERO NO HABIÉNDOSE PLANTEADO ESTA CUESTIÓN EN EL RECURSO, HASTA TANTO QUE FORMALMENTE NO SE DÉ CUMPLIMIENTO A LO INDICADO, EL ASIENTO HA DE PRODUCIR TODOS SUS EFECTOS, DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY.

Y NO PUEDE TENER CARÁCTER DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE LA MANIFESTACIÓN DE HABERSE NOTIFICADO AL TITULAR DEL TANTEO POR CARTA CERTIFICADA, AL NO REALIZARSE CONFORME AL 202 DEL REGLAMENTO NOTARIAL Y BAJO LAS CIRCUNSTANCIAS QUE SEÑALÓ LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 1965, NI SER SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR LA RENUNCIA AL EJERCICIO DEL TANTEO POR LA SOCIEDAD TITULAR DEL MISMO UNA CARTA SUSCRITA POR PERSONA QUE DICE SER SU PRESIDENTE Y CUYA FIRMA FUE LEGITIMADA NOTARIALMENTE.

*Resolución de 19 de septiembre de 1974 (B. O. del E. de 26 de septiembre).*

*Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada por el Notario de Puerto del Rosario don Enrique Giner Albalade el 6 de diciembre de 1971, los cónyuges don Thomas Harris y doña Eilee Harris vendieron al matrimonio constituido por don James Parker Pudge y doña Mary Middleton un solar de 1.160 metros cuadrados colindante con «Terrenos Canarios, Sociedad Anónima», de que procedía, con entrada al oeste o izquierda por una calle señalada con la letra A de la urbanización a que pertenecía, sita en la península de Jandía, del término municipal de Pajera, de la isla de Fuerteventura, plaza del Esquinazo, sobre cuyo solar habían edificado un

apartamento-vivienda de 113 metros cuadrados de superficie, 90 de ellos cubiertos y el resto dedicado a terrazas; el solar originario estaba sujeto a determinadas cargas de interés turístico, y en su inscripción figuraba también un pacto por diez años que establecía en favor de «Terrenos Canarios, S. A.», los siguientes derechos: «a) En caso de que el comprador pretendiese vender la finca por él adquirida, deberá comunicarlo fehacientemente a la Entidad vendedora, que en el plazo de treinta días podrá adquirirla en el precio y condiciones ofrecidas por aquél para la venta, que en dicho plazo no podrá efectuarse a terceros. Cumplidos los treinta días sin que «Terrenos Canarios, S. A.», ejercite su derecho, el comprador podrá vender la finca libremente. b) Si el comprador vendiese la finca sin comunicarlo fehacientemente a «Terrenos Canarios, S. A.», ésta tendrá derecho a retracto para adquirirla subrogándose en lugar del comprador abonando a éste el precio satisfecho y gastos ocasionados. Las partes contratantes se obligan a imponer las mismas condiciones, servidumbres, limitaciones y obligaciones establecidas en esta escritura de todo futuro comprador de la totalidad o parte de cualquiera de sus fincas respectivas», y el señor Harris declaró al Notario autorizante, y así consta en la escritura que según carta certificada número 460, de fecha 18 de noviembre de 1970, sellada previa comprobación del jefe de Correos, notificó a «Terrenos Canarios, S. A.», la indicada venta al señor Pudge, y «Terrenos Canarios, Sociedad Anónima», consintió en la expresada enajenación.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el precedente documento en este Registro, en unión de otros complementarios, se suspende la inscripción del mismo por no acreditarse fehacientemente que se realizó la notificación a la Entidad titular del derecho de tanteo. Es defecto subsanable y no se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la finca cuestionada estaba afecta, por razón de su procedencia, a un derecho de adquisición preferente, en su doble fase de preadquisición y posadquisición, a favor de la Compañía mercantil «Terrenos Canarios, S. A.», cuyo texto figura en la escritura calificada; que al tiempo de realizarse la operación se presentó por el vendedor un documento privado de renuncia firmado por don Douglas Villians Coonor, Administrador de «Terrenos Canarios, S. A.», al no ser posible una renuncia en documento público, por encontrarse fuera de España el indicado señor, pero cuya firma fue cotejada notarialmente con otras de la misma procedencia, lo que se consideró suficiente no ya para anular el personal derecho de tanteo, cancelable de oficio, sino también para dejar sin efecto el posible posterior retracto; que presentado el documento en el Registro, fue calificado en la forma conocida; que ante tal calificación procede distinguir, a efectos del cierre registral, las siguientes figuras jurídicas: a) La prohibición de disponer que no es un derecho real y que sólo tiene acceso al Registro y produce su cierre cuando se establece en testamento o se agrega a una donación, pues los demás derechos, salvo el retracto arrendaticio, sólo facultan para el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de incumplimiento; b) retractos legales que no cierran el Registro y sólo condicionan la adquisición real al ejercicio del derecho potestativo del retrayente; c) opción condicionada, que es un derecho personal que, aunque se admite como inscribible, al no poderse transmitir sin consentimiento del cedente, no cierra el Registro y sólo suspende la fe pública registral por causas que consten en los correspondientes asientos; d) retracto convencional o pacto de retro, que es un derecho potestativo ejercitable en plazo determinado para recuperar la cosa vendida, y que nunca cierra el Registro—sentencia de 6 de mayo de 1972—, aunque pueda enajenarse y gravarse, de donde resulta su posibilidad de inscripción; que

el derecho de tanteo es una figura distinta de las anteriores, de naturaleza puramente personal, admitido por el principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código civil, desarrollado por la doctrina jurídica, pero sin que exista precepto hipotecario que pueda fundamentar su acceso al Registro; que este derecho no condiciona la facultad de disponer ni la prohíbe ni limita, sino que sólo otorga una facultad de preadquisición o posadquisición en caso de venta; que se trata, por consiguiente, de un pacto obligacional que condiciona la adquisición del tercero y que no debe tener acceso al Registro—artículo 51, párrafo 6.º, del Reglamento Hipotecario—, sin que quepa incluirlo en el genérico *numerus apertus* del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, por lo que no debe producir los efectos de prohibición de enajenar ni cerrar el Registro (resolución de 4 de enero de 1927); que el Centro directivo, en la resolución de 20 de septiembre de 1966, propugna el cierre del Registro a los derechos de naturaleza personal, o sea, la exclusión o expulsión de los mismos, apoyándose en la de 29 de marzo de 1955 y artículo 2 de la Ley Hipotecaria; que la nota del Registrador perjudica gravemente a los adquirentes, que por ser extranjeros están sometidos a la condición de inscripción constitutiva, bajo pena de nulidad absoluta y negación de acciones civiles dimanantes de un documento no inscrito (Decreto-ley de 22 de marzo de 1962 y Ley y Reglamento sobre zonas polémicas y estratégicas), y que no resulta lógico calificar el pacto de tanteo, que es un derecho personal, y aplicarle los efectos radicales de las prohibiciones de disponer.

El Registrador informó: Que el documento privado de renuncia firmado por don Douglas V. Coonor no es sino una simple carta en que dicho señor renuncia al derecho de compra en nombre de la Sociedad «Terrenos Canarios, S. A.», pero sin acreditar su personalidad, facultades, etc., y como además no tiene carácter público, resulta totalmente insuficiente para inscribir la venta; que, por otra parte, es curioso comprobar la disparidad de fechas entre la legitimación de la firma y las que cruzan el sello de legalizaciones; que el Notario achaca en su escrito al informante confundir el derecho de tanteo con otras figuras jurídicas, entre ellas las prohibiciones de disponer; que sabe perfectamente que el tanteo no implica una prohibición de disponer, sino que, por el contrario, es un derecho de adquisición preferente, cuyo efecto principal no es privar al dueño de la posibilidad de enajenar una cosa, sino únicamente condicionar los actos de disposición que se realicen al cumplimiento de la previa notificación al titular del mencionado derecho; que una vez cumplido este requisito se podrá disponer de la cosa, bien a favor del titular del derecho o bien a favor de otro adquirente; que nunca ha pensado que la controvertida cláusula de la escritura sea un retracto legal arrendaticio, de características bien distintas; que es muy cierto que los retractos legales no cierran el Registro, pero esto no hace al caso discutido, pues el retracto requiere que se haya realizado ya la transmisión, mientras que el tanteo se realiza y ejercita precisamente antes que la transmisión tenga lugar; que, por consiguiente, los efectos registrales de ambos derechos, tanteo y retracto, son radicalmente distintos; que igualmente son distintos los efectos del tanteo y los del derecho de opción, por lo que su tratamiento registral es también diferente; que en cuanto al retracto convencional, se remite a las consideraciones anteriores; que respecto al criterio del recurrente de estimar al tanteo como un derecho personal, si bien no aparece expresamente regulado como real por la legislación hipotecaria, su consideración de tal es perfectamente posible dado el sistema de *numerus apertus* en cuanto a la admisión de los derechos reales inscribibles consignada en los artículos 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario, habiendo sido precisados su naturaleza y efectos por la doctrina jurídica y la jurisprudencia, que reconoce su existencia como derecho real en múltiples sentencias y resoluciones; que la resolución de 20 de septiembre de 1966 reconoce

incluso la posibilidad de constituir un derecho de tanteo de naturaleza real en las transmisiones gratuitas y permutas; que, por su parte, la doctrina científica perfila claramente las diferencias entre los derechos de tanteo y retracto, precisando que una vez inscrito el derecho de tanteo «el Registrador no podrá admitir la enajenación realizada sin justificar el aviso previo al titular de aquel derecho o que, en su caso, ha transcurrido el plazo estipulado desde él»; que incluso el Notario reconoce el carácter real del derecho controvertido al reseñarlo dentro del apartado de cargas de la escritura calificada y recoger la declaración del señor Harris de haber notificado la transmisión a «Terrenos Canarios, S. A.»; que en cuanto a los efectos del derecho de tanteo una vez inscrito, aparte del general de estar bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme determina el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, la resolución de 8 de abril de 1914 declara que producirá el cierre del Registro en cuanto a las enajenaciones respecto a las cuales tenga eficacia, si éstas se han realizado sin haber sido notificadas al titular de aquel derecho o no ha transcurrido el tiempo estipulado para el ejercicio del mismo; que, por otra parte, admitir la inscripción del derecho de tanteo y negarle su principal efecto de cierre del Registro constituiría una incongruencia y no tendría finalidad alguna; que si una notificación notarial carece de eficacia si no consta fehacientemente la recepción de la misma, menos valor puede tener la mera declaración de un compareciente basada en una carta privada de un tercero que no acredita su personalidad y facultades.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Y la Dirección General (1) resuelve la apelación interpuesta acordando que procede en la forma señalada confirmar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina:

*Doctrina de la Dirección.*—El presente recurso gubernativo tiene por objeto el dilucidar si para la inscripción de la escritura de compraventa calificada es necesaria la previa notificación fehaciente al titular de un denominado derecho de tanteo pactado como cláusula complementaria en otra escritura de venta anterior o si, por el contrario, no es necesaria dicha notificación, dada la renuncia contenida en el documento que se acompaña al título presentado o, en último término, por el carácter obligatorio del pacto transcrito, tal como sostiene el Notario recurrente.

En primer lugar, no puede tener el carácter de notificación fehaciente la manifestación hecha por el transmitente, en la escritura de venta, de haber notificado al titular del derecho a través de carta certificada, pues esta declaración no tiene más valor que la de haberse prestado ante un funcionario público, pero sin que la fe notarial pueda cubrir totalmente el acto, al no haberse realizado de conformidad con el artículo 202 del Reglamento Notarial y bajo las circunstancias que en situación parecida señaló la resolución de 1 de abril de 1965.

Igualmente no ha de tomarse en consideración a efectos registrales —cualquiera que pudiera ser su valor si los interesados acuden a los Tribunales para ventilar y contender acerca de su validez—la carta que se acompañó a la escritura calificada, por la que la Sociedad notificada renuncia a los derechos de tanteo y retracto que pudieran corresponderle, y que aparece firmada por persona que dice ser su presidente y cuya firma está legitimada notarialmente, ya que en este caso la fe notarial sólo se extiende a la autenticidad de la firma, pero no a datos tan importantes

(1) VISTOS: El artículo 1.257 del Código civil; los artículos 1, 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria; los artículos 7.º y 355 de su Reglamento; la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1965, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de marzo de 1947 y 20 y 21 de septiembre de 1946.

y fundamentales para la calificación como el de si tal persona se halla ejerciendo el cargo que se atribuye o, en su caso, si se encontraba facultada para realizar el acto de renuncia que en el documento se contiene.

En su consecuencia, todo el problema se centra en la naturaleza obligacional o real del pacto contenido en la primitiva escritura con una duración de diez años, y que se transcribió en los libros registrales.

Como reiteradamente tiene declarado este Centro directivo, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse, en consecuencia, todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los Registradores de la Propiedad—ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción—es la de velar por el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real.

El criterio de *numerus apertus* en materia de derechos reales, que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que concurriese 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 todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal.

En el presente supuesto—un derecho de tanteo y, en su caso, de retracto a favor del transmitente pactado en contrato oneroso durante un plazo de diez años, que fue inscrito en su día en los libros del Registro—no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento, habría de ser cancelado a instancia de parte interesada, cuestión no planteada en este recurso.

Hasta tanto en que formalmente no se dé cumplimiento a lo anteriormente indicado existe un obstáculo derivado de los libros del Registro, al producir todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO.—Ante todo, debemos entender que esta resolución no niega que el derecho de tanteo y retracto convencional (2) puedan establecerse como derechos reales inscribibles. Únicamente avisa de que hay que proceder con suma cautela para establecerlos con tal carácter. Y es verdad que esta cautela estuvo ausente en las cláusulas *a)* y *b)* del pacto de las escrituras de «Terrenos Canarios, S. A.». En la *a)* se refuerza un tanteo obligacional con una prohibición de venta durante treinta días, a contar de la notificación fehaciente para tanteo; en la *b)* se pretende establecer un claro derecho real de retracto convencional para el caso de falta de notificación para tanteo; pero a continuación, al hablarse de una obligación de repetir las condiciones en las ventas posteriores durante los diez años, repetición inútil si había un verdadero derecho real de tanteo-retracto inscrito a favor de «Terrenos Canarios, S. A.», parece que se estaba pensando en meras relaciones personales.

(2) Nos referimos al retracto convencional, diferenciado del ordinario pacto de retroventa, en el sentido de segunda fase de un derecho convencional de compra preferente

ROCA SASTRE en sus primeras ediciones pretendió demostrar que tanto el derecho de retracto como el de tanteo podían establecerse convencionalmente como derechos reales, a pesar de la doctrina contraria de la resolución de 4 de enero de 1927. Ya antes los anotadores del *Enneccerus* se habían encargado de refutar los argumentos de esta resolución (3). Después la jurisprudencia aparece vacilante (4). La resolución de 27 de marzo de 1947, citada en el vistos, llega a afirmar que la legislación y la jurisprudencia moderna son cada vez más opuestos a conceder alcance real a tales pactos, y siguiendo este criterio adverso estimó cancelable, conforme al artículo 98 de la Ley, un atípico retracto convencional; pero la de 20 de septiembre de 1966, en cambio, no solamente dio por buena la calificación del Registrador, favorable a la inscripción de un derecho de tanteo recíproco y real, sino que estimó también inscribibles otras cláusulas complementarias que extendían tal tanteo a supuestos de transmisión gratuita y permuta, que el Registrador rechazaba.

La otra resolución citada en el vistos, o sea, la de 21 de septiembre de 1966, no se refiere directamente a casos de tanteo, pero sí a la cancelabilidad de expresiones registrales de no clara configuración real (5). ROCA SASTRE en su última edición se muestra mucho más pesimista y parece rendirse ante la opinión contraria a la suya, en tanto que una disposición legal no establezca la anotación o inscripción del tanteo convencional. Hay que observar que los obstáculos que ahora se le presentan no son los argumentos de la resolución de 1927, que con indudable éxito desvirtuó, sino en otros más sutiles derivados de las discusiones teóricas sobre si el poder de disposición queda dentro o fuera del derecho subjetivo y sobre si es admisible o no la categoría de los derechos reales de adquisición (6).

Pero no cabe dentro de este comentario profundizar en tan arduas cuestiones, que, por otro lado, tampoco son abordadas por la resolución, la

(3) ROCA SASTRE *Instituciones*, 2ª ed., 1946, tomo II, págs. 550 v ss

(4) Por otra parte esta célebre Resolución de 4 de enero de 1927 tampoco rechazaba totalmente la figura, ya que decía «contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia como el que se reconoce en el auto recurrido militan gravísimas razones que imponen igualmente una interpretación restrictiva». Sobradamente conocidas son las gravísimas razones que enumeraba: silencio de la legislación, duración indefinida, vinculación de la propiedad, dificultades de su desenvolvimiento judicial y extrajudicial no responder a las finalidades concretas de los tanteos legales. Recordamos con añoranza el impacto que en los opositores a Notarías y Registros de los años 40 producía la impugnación de ROCA a esta Resolución.

La Resolución de 27 de marzo de 1947 consideró cancelable por tratarse de un derecho personal y conforme al artículo 98 de la Ley la cláusula inscrita de una escritura de venta de una casa almacén, según la cual para el caso de que la vendedora o sus herederos tuviesen que vender otra casa que se determina y el comprador o compradores de ésta les exigieren (?) la adquisición de la casa almacén que se vende, vendrá obligado el comprador o sus herederos a ceder a la vendedora o a los suyos la expresada casa almacén con un aumento de precio que no excederá del 160 por 100 en concepto de indemnización. Esta Resolución considera que «la legislación y la jurisprudencia moderna son cada vez más opuestas a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder alcance real a pactos que como el discutido no pueden desenvolverse sino en el campo propio del derecho de obligaciones, posición brillantemente defendida por la exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944 y que ha cristalizado en el artículo 98 del vigente texto refundido precepto que debe ser observado con su natural eficacia para no desvirtuar el sentido de la reforma ni hacer estériles los propositos del legislador, plenamente compartidos en este punto por la doctrina».

La Resolución de 20 de marzo de 1911 estableció que no puede considerarse derecho real de tanteo la estipulación a favor de un tercero de que el adquirente tendría que darle aviso dos meses antes de la fecha en que pretendiera venderla o gravarla.

(5) Consideró que debía cancelarse al amparo del artículo 98, por no ser servidumbre sino simple derecho personal, que no debería haber tenido acceso al Registro la cláusula contenida en una venta según la cual ésta se hace con la condición de que «no pueda el comprador edificar en el trozo de terreno vendido comprendido en el frente de la tejavana y el límite este del terreno». El Registrador la consideró servidumbre de no edificar y denegaba la inscripción de una declaración de obra nueva sobre un solar segregado de finca resultante de la agrupación de dos, una de las cuales era la vendida con dicha condición. La Dirección afirmó que la cláusula discutida no reunía las notas suficientes para caracterizarla como servidumbre, pero acaso resolviera así porque la denegación no se basaba en datos identificadores del predio dominante, y era dudoso que la supuesta servidumbre no hubiese desaparecido por el estado a que habían venido los predios y que la porción edificada fuese la sometida a la prohibición (real o personal) de edificar.

(6) *Instituciones*, 6ª ed., 1968, tomo III, págs. 648 a 658

cual, siguiendo el cómodo precedente de la de 20 de septiembre de 1966, soslaya el problema del *numerus apertus* con el principio de la extrema cautela y cuidado en la configuración de los derechos reales no típicos, principio que permite la decisión variable según las circunstancias del caso y según el cuidado y cautela que se haya tenido en la redacción de las cláusulas configuradoras (7).

El Registrador, partiendo de la inscribibilidad del tanteo convencional por su naturaleza real y con plenos efectos reales, tanto en fase de tanteo como de retracto, exigía el requisito de la notificación fehaciente para tanteo, tal como estaba estipulado en la cláusula. El Notario recurrente, aun considerando meramente personal el pacto, había procurado en lo posible respetarlo considerando suficiente una notificación y una renuncia menos solemnes y formales, pero entendía que no había lugar a que el Registrador entrase en la calificación de estos extremos por el carácter meramente obligatorio de la relación de tanteo. La Dirección niega la inscribibilidad del pacto de tanteo del caso concreto no sólo por no aparecer claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real, sino por rozar el principio general de no acceso al Registro de las prohibiciones de disponer, y llega a afirmar que habría de ser cancelado de acuerdo con el artículo 98 de la Ley y 355 del Reglamento. Todo parecía indicar que se iba a dar la razón al Notario recurrente, que se iba a declarar inscribible la escritura y que solamente hacía falta cancelar previamente la expresión registral del tanteo, como mero derecho personal, por aplicación del párrafo último del apartado 1.º de dicho artículo 355.

Pero al final la resolución toma un sesgo muy distinto, y partiendo de que la cuestión de la cancelación del derecho de tanteo no ha sido planteada en el recurso, considera que hasta que formalmente se dé cumplimiento a lo anteriormente indicado, o sea, hasta la cancelación del tanteo, produce todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

Si comparamos esta conclusión con la de la resolución que a continuación se comenta veremos que ambas son muy diversas, pero el resultado es el mismo: los artículos 98 de la Ley y 355 del Reglamento tienen una aplicación muy difícil. En la de 27 de septiembre no se entra en el problema de la naturaleza de lo que había sido inscrito y de si era o no inscribible, pero estimando inscrito un usufructo (derecho real) no ha lugar a cancelar por el 98. En la de 19 de septiembre se estima meramente personal lo registrado y por ello ha lugar a cancelarlo por el 98; pero como no ha sido formalmente cancelado, y sobre esta cancelación no ha versado el recurso, se mantienen los efectos del derecho de tanteo como si fuese real y *erga omnes*.

Esta manera de decidir coincide en gran parte con la opinión de Roca sobre el particular, pero se aparta de ella en dos aspectos:

Roca ha llegado a la conclusión pesimista de que en tanto no haya una admisión legal o, al menos, reglamentaria del tanteo como real e inscribible, el Registrador no debe inscribirlo, y si se lo encuentra inscrito debe cancelar la expresión registral, conforme al artículo 89 de la Ley o al amparo del artículo 355, 1, del Reglamento. Por ello deberá inscribir el título de transmisión de una finca, aunque en su folio conste algún pacto de tanteo convencional. A pesar de esto, posiblemente partiendo de sus opiniones en materia de integración de los artículos 29 y 98 de la Ley (8), aconseja al adquirente en ciernes que procure obtener la cancelación de la expresión registral a solicitud del transmitente.

(7) Por circunstancias que no son del caso, este comentario ha sido hecho con gran precipitación y además con posterioridad al de la Resolución de 27 de septiembre de 1974, que ha de ir a continuación. Por ello, en cuanto al enfoque de la aplicabilidad del artículo 98 de la Ley nos remitimos al comentario redactado primero.

(8) *Instituciones*, 6ª ed., tomo III, págs. 657-658.

Creo que la Dirección en esta resolución no es tan pesimista sobre la admisibilidad como real e inscribible del tanteo, por cuanto se limita a decidir que en el caso discutido no estaba suficientemente perfilado como tal. En cambio, parece mostrarse contraria a la cancelación de oficio, conforme al artículo 355, en estos supuestos, porque de otra manera no tendría sentido apoyarse en que el tema de la cancelación no se había planteado en el recurso para mantener que sin cancelación previa expresa la expresión registral improcedente surtía plenos efectos igual que si hubiera sido procedente. Y no tendría sentido porque versando el recurso sobre si la inscripción de la venta se debía o no suspender, su resolución, aunque no fuese más que por razones de economía procesal, debía contener simultáneamente el mandato de inscribir la venta y cancelar la expresión registral del tanteo, que la Dirección está decidiendo ser cancelable, conforme al 98.

Es verdad que el artículo 355 dice «podrá procederse» (a la cancelación) y no «deberá» procederse; pero por muchas que sean las dudas que haya originado esta cancelación de oficio de derechos personales al practicar cualquier asiento, creemos que cuando el asiento a practicar depende directamente de la calificación que se haga de la expresión registral a cancelar, la resolución favorable a la cancelabilidad debe implicar sin más el mandato de cancelación.

No lo ha entendido así la Dirección, que con rigor procesal y cierta razón ha considerado que no podía decidir sobre la cancelación del tanteo contra la voluntad del Registrador y sin ningún pedimento expreso de la misma por el recurrente. Y es que éste vuelca todo su escrito de recurso en demostrar haberse dado cumplimiento a lo que el tanteo exigía, y sólo incidentalmente alega el carácter obligacional del pacto y su cancelabilidad de oficio.

El recurso aparecía, pues, centrado en la fehaciencia de la notificación para tanteo y en la suficiencia de la renuncia a la compra por simple carta del presidente, todo lo cual sólo era necesario poner en cuestión si el pacto de tanteo habría de tener trascendencia real. No consideramos necesario el comentario de los considerandos segundo y tercero.

En resumen, creo que aunque existan ya varias resoluciones que versan sobre el problema de la naturaleza del derecho de tanteo-retracto convencional no hay doctrina de la Dirección sobre dicha naturaleza, y en ninguna de las resoluciones hay absoluto rechazo de la posibilidad de su configuración con efectos reales y su consiguiente inscribibilidad. Lo que sí hay es una insistente advertencia de la cautela y cuidado que debe tenerse antes de permitir el acceso al Registro con carácter real de los pactos constitutivos de tal derecho. Se parte, pues, como principio, del *numerus apertus*; pero reconociendo los inconvenientes de éste, se viene a exigir cierta tipicidad en las figuras nuevas, tipicidad que no puede ser conseguida sino a través de la práctica notarial-registral, única que en su día puede permitir al legislador el montaje adecuado de la tipicidad legal o reglamentaria, que venga a consagrar la nueva figura de derecho inscribible sin dudas.

T. C. G.