

Titularidades limitadas

LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONALES Y EL DE OPCION, COMO LIMITATIVOS DE UNA TITULARIDAD

Retracto convencional es el Derecho potestativo ejercitable durante un plazo determinado, que corresponde al vendedor para readquirir la cosa que vendió a un tercero.

Tanteo convencional es la facultad concedida por plazo cierto a una persona de ser preferida para la compra de determinada cosa en atención a la relación que guarda con otra de su propiedad o sin ninguna consideración de este tipo, y en las mismas condiciones que hubiere de hacerlo un tercero.

La opción consiste en la facultad de adquirir una cosa por un precio fijado de antemano y durante un tiempo determinado, ya por las relaciones que el optante pueda tener con el predio afectado, ya por sus cualidades personales o vínculos puramente afectivos u obligatorios.

Encuadrados por un sector de la doctrina entre los derechos reales de adquisición y configurados por otros autores (concretamente los derechos de tanteo y opción), como derechos personales, las posibilidades de inscripción, cuando afecten a bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios, aumentarán o disminuirán según la dirección que se siga para la determinación de su respectiva naturaleza.

De todos estos derechos es el de retracto el que con mayor firmeza se ha abierto camino en el enmarañado campo de la «per-

sonalidad» o de la «realidad», adhiriéndose a ésta y abandonando aquélla. El de opción, accede al Registro (art. 14, R. H.), sin discriminación de su propia naturaleza; y el de tanteo, encuentra en muchos casos graves obstáculos para su registración, dada la dificultad de discernir entre una promesa puramente obligacional de contratar (de inscripción prohibida según el art. 9.º, R. H.) y una verdadera limitación de facultades dispositivas (de registración permitida por los amplios términos del art. 7.º del propio Reglamento).

EL DERECHO DE RETRACTO CONVENCIONAL

Nacido de la venta con pacto de retro, su configuración real, discutida en otro tiempo, viene dada por el artículo 1510 del Código civil.

Art. 1510. *«El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros.»*

Dos regulaciones diferentes y de signo contrario se desprenden del precepto:

Una, regulada íntegramente por el Código civil, se encamina a la seguridad del derecho en perjuicio de la seguridad del tráfico y se refiere—hablamos en términos hipotecarios—a fincas no inmatriculadas en el Registro de la Propiedad, respecto a las cuales el retracto opera como una verdadera limitación legal que afecta a terceros adquirentes desconocedores de su existencia; y

Otra recogida por los preceptos de la Ley Hipotecaria que vela por la seguridad del tráfico y, partiendo de una presunción de titularidad (ser dueño y ser, además, poseedor—art. 38—), brinda protección al adquirente inscrito.

No inscritas las fincas y, por tanto, no inscribible el retracto, tanto aquéllas como éste corren por cauces extrahipotecarios, pudiendo el tercero adquirente ver resuelta la titularidad de la finca

adquirida si el retrayente ejercita su derecho en tiempo oportuno, en cuyo caso, la publicidad estática de la posesión que con la cosa le fue transmitida, nada vale frente al rigor de la Ley. Pero el artículo 1.510 del Código civil, lejos de proteger a todo trance al retrayente, deja a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto a tercero y, por ende, los preceptos de ésta le pondrán en grave aprieto si el adquirente a título oneroso del comprador intenta contactos hipotecarios inmatriculando la finca en el Registro y publicando su titularidad como libre.

Ciertamente, no será la norma del artículo 34 de la Ley Hipotecaria la adecuada para la protección, puesto que no se trata de un adquirente de titular inscrito, pero sí la del artículo 32, que acoge en su amplio seno a todo tercero de buena fe no germánico. En consecuencia, lo no inscrito (el derecho de retracto), no puede oponerse a lo que estuviese inscrito (la adquisición como libre por parte del tercero).

Todo titular inscrito ostenta, sea o no tercero, una doble presunción que emana del artículo 38 de la Ley:

- Presunción de ser dueño.
- Presunción de ser, además, poseedor.

Que esa presunción reciba o no protección hipotecaria, sólo depende de que el titular sea tercero o sea parte. Es decir—y refiriéndonos al supuesto concreto de retracto convencional que aquí nos ocupa—, la protección se otorgará o no, según los casos siguientes:

- Si el inmatriculante fuere el mismo comprador con pacto de retro y por cualquier circunstancia (error en la calificación, pacto subyacente de retro en documento diferente del que produjo la inmatriculación, etcétera), la adquisición resoluble del mismo no se hubiese hecho constar en el asiento, el artículo 38 concede, en principio y sin discriminación de ninguna clase, la doble presunción antes aludida; pero esa presunción no será defendida frente a las pretensiones del retrayente, ya que el inmatriculante no es tercero en la relación jurídica del retracto, sino parte, rigiendo las normas civiles del artículo 1.510.
- Si el inmatriculante fuere el adquirente a título oneroso del comprador con pacto de retro, volverá el artículo 38 a conceder su doble presunción; pero esta vez, las demás normas del sistema brindarán protección. Sólo falta determinar qué precepto será el que admita la protección de ese tercero. No tratándose de un adquirente de titular inscrito (estamos en presencia de una inmatriculación), el artículo 34 no nos servirá, puesto que uno de los requisitos que exige es, precisamente, ese. Pero, en cambio, sí valdrá la norma del artículo 32 que, sin exigencia de requisitos (excepto el de buena fe proclamado como principio por las normas

sustantivas) habla de un tercero protegido con una inoponibilidad (inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito).

- Si este inmatriculante, a su vez, transmite a un tercero la protección para éste, podrá ser la del artículo 34.

Si la finca que se transmite con pacto de retro estuviere inscrita, entrará en juego el inciso final del artículo 1.510 del Código civil y, en consecuencia, las disposiciones de la legislación hipotecaria con exclusión de las civiles. Los resultados no se hacen esperar:

Si por error en la calificación (o por cualquiera otra causa extraña), al inscribirse el acto traslativo no se hiciese constar en la inscripción el retracto reservado por el vendedor, quedará éste sin protección frente a los terceros que adquieran del primitivo comprador y registralmente publiquen *erga omnes* su titularidad como libre. Las normas extrarregistrales (inciso primero del art. 1.510 del C. c.) no son invocables, y si lo son, en cambio, las hipotecarias por remisión expresa que a ellas hace el inciso final del propio artículo 1.510.

Si, a pesar de estar inscrita la finca a favor del vendedor, el acto transmisivo que realicen no se inscribiese en el Registro de la Propiedad, el comprador no podrá hacer valer sus derechos ante un posterior adquirente que traiga su causa del vendedor e inscriba su adquisición. La colisión de publicidades (posesión frente a Registro) se resuelve a favor de la publicidad formal de los libros registrales. Si el segundo adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, invocará su protección; caso contrario, se acogerá—teniendo buena fe—, a la inoponibilidad de lo no inscrito ante lo inscrito que prescribe el artículo 32 de la misma Ley. Así, pues, si el primitivo comprador no obtiene del Registro la proclamación *erga omnes* de su titularidad a través del asiento oportuno, la publicidad estática de la posesión que con la cosa le fue transmitida, nada vale frente al rigor de la Ley.

Consecuentemente, el derecho de retracto convencional, no sólo puede ser publicado por los libros registrales, sino que debe serlo como único medio de salvaguardar los derechos de todos los interesados. Hipotecariamente, es admisible su enajenación, su hipoteca e, incluso, la constitución sobre él de un derecho de tanteo convencional.

Publicidad registral del retracto.

El retracto convencional accede al Registro sin asiento autónomo, sino embebido en el de inscripción de la venta a favor del comprador. Inscrita la venta, el Registro publicará dos titularidades:

- La del adquirente, sometida a una posible resolución si el retracto se ejercitare en el plazo estipulado.
- La del vendedor retrayente que, al reservarse la facultad de adquirir la cosa vendida, ostenta un derecho potestativo que limita la titularidad del comprador.

Por el afán de encuadrar todo lo resoluble en el ámbito propio de las condiciones resolutorias (de lo que tiene bastante culpa la falta de tecnicismo de nuestras leyes a la hora de regular las condiciones *facti*), son muchos los autores y es copiosa la jurisprudencia hipotecaria que mantiene la condicionalidad de esta clase de adquisiciones (Vid. RR. 25 diciembre 1862, 14 agosto 1863, 14 enero 1876, 27 mayo 1879, 6 mayo 1902, 19 julio 1922, entre otras).

Verdaderamente, la propiedad del comprador es resoluble, pero no todo lo resoluble es, en sentido técnico, condicionado. A nuestro juicio, el comprador, al adquirir la cosa afectada por un derecho de retracto, no ostenta una propiedad sometida a una condición resolutoria, sino limitada por un derecho potestativo que corresponde al vendedor por el cual, este último, por su sola voluntad, puede influir en la esfera patrimonial del comprador, siempre que a su indisputable decisión de retraer, acompañe el cumplimiento de las obligaciones que el ejercicio de su derecho le impone.

En parte, al menos, avalan nuestra postura: de un lado, la autoridad doctrinal indiscutible de PORPETA CLÉRIGO (1); y de otro, la D. G. R. en resolución de 27 de mayo de 1926.

Para PORPETA, el retracto convencional es uno de los llamados derechos potestativos, facultativos o, más técnicamente, de configuración jurídica, entendiéndose por tales—según la noción precisa de SECKEL—, aquellos que atribuyen «un poder para la formación de relaciones jurídicas concretas mediante negocio jurídico unilateral». Basado en la resolución de 27 de mayo de 1926, PORPETA estima que en el retracto convencional, el retrayente no reclama

(1) PORPETA CLÉRIGO, *Caducidad y prescripción*, Conf. Col. Not., Valencia, 1949.

nada del primer comprador, sino que se limita a recuperar por decisión unilateral suya y en uso de su derecho de configuración, la propiedad de los bienes que anteriormente había enajenado. Aunque dicho primer comprador fuese un menor de edad o un incapacitado, no habría que pedir la autorización judicial ni obtener el «placet» del Consejo de familia para llevar a cabo la retroventa, porque no se trata de un nuevo contrato ni de resolver el anterior por mutuo disenso, en cuyo caso sí sería necesario que colaborase el primitivo adquirente. Pero tampoco estorbaría que lo hiciera, ni cometería ninguna incorrección jurídica emitiendo una declaración de voluntad concorde con la del retrayente, es decir, accediendo a su pretensión. Sigue en esto la línea de Von THUR para quien el efecto a que tienden los derechos de configuración no está condicionado por el concurso del sujeto pasivo ni puede ser impedido por su oposición, aunque dicho concurso sea posible y, en algunos casos, pueda realizar el sujeto pasivo verdaderas prestaciones.

Algo fuerte parece la postura de PORPETA, pues aun admitiendo que la decisión de retraer es unilateral, por cuanto emana de un derecho potestativo atribuido al vendedor, no puede olvidarse que presupuestos para la readquisición son: no solo esa decisión de retraer, sino, además, el cumplimiento de otras obligaciones (pago del precio otrora recibido, abono de gastos del contrato e indemnizaciones, en su caso) y, en consecuencia, la intervención del sujeto pasivo no servirá, ciertamente, para transmitir (ya que la readquisición no se produce por acto bilateral), pero sí para constatar documentalmente que en el retracto se han dado todos los requisitos de juridicidad, pues a esto tiende la conformidad manifestada respecto a la recepción de las cantidades entregadas por el vendedor. Tanto es así, que si el sujeto pasivo no concurre al acto, su voluntad conformista ha de ser suplida por la decisión judicial declarativa de que el retracto está bien hecho y las oportunas consignaciones realizadas. Ni la voluntad del sujeto pasivo, ni la decisión del Juez producen la transmisión; pero sí revelan la legitimidad y oportunidad del derecho potestativo ejercitado.

La resolución de 27 de mayo de 1926, se produce en estos términos:

- 1.º El pacto de retroventa en cuya virtud, quien tiene urgente necesidad de metálico vende las cosas de su propiedad por un precio equitativo sin perder irremisiblemente la esperanza de readquirir lo vendido, aparece en el artículo 1.506 de nuestro Código civil como una verdadera causa de resolución, de suerte que al ejercitar su derecho el primitivo vendedor dentro del plazo señalado no perfecciona un nuevo contrato de compra con transferencia completa de propiedad, sino que provoca el desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo y coloca las relaciones patrimoniales en el mismo estado en que se hallaban cuando dicha enajenación se llevó a efecto.
- 2.º Por estas razones los autores han negado al nuevo acto el nombre de «recomprarreventa» o rescate, y aún la categoría de contrato, para reputarlo *distractus* o resolución de la venta efectuada, sin necesidad de nueva tradición, como si el vendedor no hubiese transferido nunca la propiedad de la cosa, y tal concepto jurídico se halla exactamente incorporado a la denominación «retracto», cuya etimología indica que mediante un acto material al antiguo vendedor vuelve a tomar posesión de la cosa.

- 3.º En el fondo, yacen dos ideas fundamentales sobre el ejercicio del pacto de retroventa: Primera, que la voluntad del antiguo vendedor, unida al reembolso del precio de la venta con los gastos hechos, pagos legítimos e indemnizaciones debidas, decide sobre la readquisición de la cosa vendida, si se manifiesta en tiempo oportuno. Segunda, que las declaraciones de la persona contra quien se ejercita el retracto son, en cierto modo, accesorias, y no implican una transferencia hipotecaria, sino que acreditan el recibo de cantidades por persona autorizada para realizar cobros en nombre del primer comprador o de su causahabiente.
- 4.º La consecuencia inmediata de la anterior discusión es que desde el momento en que la madre, con potestad paterna, está autorizada para recibir cantidades debidas a su hija menor e impúber como si se tratara de un precio aplazado, dando carta de pago válida y eficaz, carece de base la afirmación del Registrador de haber de exigirse la autorización judicial que prescriben los artículos 164 del Código civil y 231 del Reglamento Hipotecario.

A nuestro juicio, esta resolución no puede servir para todos los casos de representación legal o de actuación de órganos de disposición, ya que no es lo mismo un retracto ejercitado contra un menor sometido a la patria potestad o respecto al marido sobre bienes gananciales, que el dirigido contra un menor sujeto a tutela. El padre o, en su caso, la madre, sólo ven limitadas sus facultades respecto al patrimonio del hijo, en cuanto sus actos rocen con la disposición de bienes (art. 164) y siempre que tal disposición fuere voluntaria; el marido, queda tan sólo limitado por el artículo 1.413 del Código civil en los justos términos del precepto; es decir, para enajenaciones voluntarias, mas no para el cobro (obligado, por cierto) de cantidades ni para la declaración de suficiencia de indemnizaciones en metálico emanadas de un derecho potestativo correspondiente a un tercero. En cambio, el tutor no puede celebrar contratos o *actos sujetos a inscripción* sin autorización del Consejo de familia (art. 269 del C. c.), por lo cual, malamente podrá intervenir en este acto inscribible sin dicha autorización.

Como decíamos antes, una vez inscrita la compraventa con pacto de retro y publicados los respectivos derechos de los interesados por los libros registrales, tanto el vendedor como el comprador podrán realizar hipotecariamente actos dispositivos de su derecho.

El comprador podrá enajenar los bienes afectados por la retroventa (art. 1.510, C. c.) e hipotecarlos (art. 107-7.º, L. H.), posibilidades que nunca le fueron discutidas.

Y el vendedor puede disponer de su derecho de retracto e hipotecarlo (art. 107-8.º, L. H.) e, incluso, constituir sobre él un derecho de tanteo convencional (Res. 8 abril 1914).

Resolución de 8 de abril de 1914.—Habiéndose convenido en una escritura de venta con pacto de retro que si el vendedor cedía su derecho de retracto

lo pondría en conocimiento de los compradores, quienes podrían ejercer el derecho de tanteo dentro de los 30 días siguientes a la notificación, el documento en que se hace por el vendedor cesión de su derecho de retracto a un tercero, carece de los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro, si se otorgó mucho antes que la notificación se hiciera y se presentó en el Registro sin haber transcurrido los 30 días siguientes a la notificación.

Partiendo de una prohibición absoluta, la jurisprudencia hipotecaria ha ido evolucionando hasta permitir la disponibilidad del derecho de retraer. Las resoluciones de 14 de agosto de 1863, 8 de enero y 16 de febrero de 1864, se encuadran dentro de la fase prohibitiva; la Resolución de 13 de febrero de 1864 adopta un criterio intermedio proclamando el aspecto personal del derecho y reconociendo, en cambio, su constatación registral por medio de nota marginal; la de 17 de junio de 1864 representa la iniciación de la última etapa evolutiva al proclamar un carácter real, tanto al derecho que asiste al vendedor para retraer, como al del comprador respecto a su adquisición resoluble.

En atención a que el derecho potestativo del vendedor primitivo ha de ser ejercitado en un plazo determinado, conviene que, caso de concesión de prórroga, se haga constar ésta en los libros del Registro a fin de asegurar los derechos del vendedor a un plazo mayor y evitar la consolidación registral de la adquisición por el comprador, impidiendo la disposición de la cosa como libre, por parte de éste, que diese lugar a la aparición de un tercero protegido por la fe pública.

Dados los términos del artículo 177 del Reglamento Hipotecario —que seguidamente hemos de examinar—, el vendedor salvaguarda su derecho si publica registralmente la prórroga en el lapso de tiempo que media entre el momento de su concesión y el octavo día siguiente a aquel en que el primitivo plazo hubiera de extinguirse, ya que durante esa fase el derecho de retracto no puede extinguirse registralmente sin su expreso consentimiento. Requisito indispensable es que la prórroga se conceda dentro del plazo de vigencia del retracto.

En nuestros textos legales sólo incidentalmente se hace referencia a la publicidad de la prórroga cuando el artículo 177 del Reglamento Hipotecario permite «el asiento que indique la modificación del contrato de venta». Ese asiento será el de nota marginal, ya reconocido de antiguo por la jurisprudencia hipotecaria.

Ejercicio del retracto: La constatación de la readquisición en el Registro de la Propiedad.

Ni la Ley ni el Reglamento continen una norma que regule la forma de inscribirse la readquisición en favor del primitivo vendedor. En términos de gran generalidad, y como de pasada, el artículo 177 del Reglamento alude a ello ("...sin que exista en el Registro asiento alguno que indique la resolución... del contrato de venta..."). En realidad, nuestra legislación ha sido consecuente con sus propias ideas: si la compraventa con pacto de retro supone una transmisión sometida a condición resolutoria, ¿para qué más norma reguladora que la del artículo 23 de la Ley Hipotecaria? En tal caso, la registración tendrá lugar mediante asiento de inscripción en favor de quien corresponda.

Pero las cosas no surgen en la realidad con esa sencillez (y más en materia de retracto, institución que, al no haber sido perfilada por el criterio práctico de los jurisconsultos romanos, nos hace andar a todos de cabeza). Por ello, se hace necesaria una aclaración de ideas. Al Registro llegará un título continente de una readquisición, en el que se pida la inscripción a favor del vendedor primitivo como consecuencia del retracto ejercitado; mas para llegar a esta última fase, cual es la de publicidad registral, habrán tenido que producirse extrarregistralmente todos los elementos básicos del proceso de readquisición que servirán de presupuestos a la admisibilidad del título como apto para la registración. En el ejercicio que de su derecho haga el vendedor, deberemos distinguir, por tanto: de un lado, los presupuestos básicos para su existencia; y de otro, las consecuencias ineludibles que se producen.

a) *Presupuesto del ejercicio del retracto.*

El derecho potestativo o de configuración jurídica que ostenta el vendedor para modificar la esfera patrimonial del comprador, está basado en dos elementos indispensables: consiste el uno, en la propia decisión de retraer manifestada unilateralmente y que, indefectiblemente, con oposición o sin ella, se encamina hacia la readquisición. El otro se basa en el cumplimiento de ciertas obligaciones, como son el ejercicio del retracto en tiempo oportuno y el abono de cantidades (ya fijadas de antemano, como el precio

a devolver y los gastos del contrato primitivo; ya a determinar en el momento del retracto, como es la indemnización por gastos necesarios o mejoras útiles hechos en la cosa retraída).

Esos elementos acusan los caracteres de ser interdependientes y esenciales para que la readquisición (finalidad básica del ejercicio del retracto), tenga lugar; pero se entremezclan con una obligación ajena al contenido propio del retracto: la de indemnización por gastos necesarios y mejoras útiles en la cosa que, como derecho accesorio, se atribuye al comprador retraído con un criterio de estricta justicia (no es justo que los gastos que sirvieron para la conservación de la cosa que se retrae y aquellos otros que proporcionaron utilidad mayor a la misma, sean satisfechos por quien se ve privado de ella; antes al contrario, el que obtenga su beneficio deberá cargar con su pago).

- 1.º La decisión unilateral de retraer constituye la manifestación externa del derecho potestativo atribuido al vendedor primitivo. Todo lo que viene después, es lógica consecuencia de este derecho: el tiempo en que se realiza proporciona existencia al retracto; el abono de cantidades previamente fijadas, juridicidad; las indemnizaciones pertinentes, justicia. Esto es, no se trata de un derecho potestativo ejercitable arbitrariamente, sino encerrado en los justos límites de un contenido perfectamente delimitado por el pacto y por la Ley. Inversamente, la adquisición de que en su día hizo el comprador, tiene un corto contenido en orden al tiempo: adquirió todo menos la perdurabilidad, que fue dejada en manos del vendedor.
- 2.º La existencia del retracto se halla supeditada, en primer lugar, a que el vendedor lo ejercite en el plazo de vigencia estipulado o en el de su prórroga. La retroventa actuada fuera de plazo es un contrasentido, toda vez que el derecho potestativo que la sostiene caduca indefectiblemente con el transcurso del tiempo de su vigencia.

Confusamente, comenzó la Dirección General de los Registros a ocuparse de esta cuestión en resolución de 27 de mayo de 1879, y con mayor claridad acabó por decir en otra resolución de 19 de julio de 1919 que la nueva venta no tenía de retroventa más que el propio nombre que se le daba.

Resolución de 27 de mayo de 1879.—Los supuestos que contempla acaecieron por este orden: 1.º Vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del retracto. 2.º Constancia en el Registro, a instancia del comprador, de la consolidación de su adquisición. 3.º Posterior enajenación a favor del primitivo vendedor no existiendo, entre tanto, terceros que pudieran ser perjudicados.

Declara la resolución: «Aun en el supuesto de que la escritura de retroventa no se fundase en una obligación anterior consignada en documento privado, como parece ser el caso de este recurso, según los términos de dicha escritura, es lo cierto que desde el momento en que el comprador o quien su derecho representa, consiente en retrovender la finca objeto del primitivo contrato de venta, a pesar de haber expirado el plazo concertado, hay una verdadera novación del mismo que a nadie perjudica, y que es válida en derecho con arreglo al principio de libertad de los contratantes».

Comentarios: Admite la resolución dos posibilidades, a nuestro juicio insostenibles:

- 1.ª Que la nueva venta se funda en una obligación anterior (o puede fundarse en ella), cuando en realidad sólo puede basarse en el derecho a retraer.
- 2.ª Que a pesar de haber expirado el plazo concertado, se da una verdadera novación del contrato. Si el derecho del retrayente tiene un plazo y éste ha transcurrido sin ejercitarlo, tal derecho se ha extinguido por caducidad; luego, ni la nueva venta puede fundarse en un derecho ya inexistente, ni puede haber novación de lo que ya no vive.

Esto no es obstáculo para reconocer a los interesados la libertad de contratar nuevamente sobre el mismo inmueble y proceder a la venta ordinaria del mismo, cuyo destinatario (comprador) lo mismo puede ser un tercero extraño que el primitivo vendedor.

Resolución de 19 de julio de 1919.—Declara: «Si bien es cierto, y así está reconocido por este Centro (se refiere a la resolución antes comentada) que es inscribible la escritura en la que el comprador con pacto de retro, después de transcurrido el plazo en que pudo ejercitarse el retracto y aun constando la nota de consumación de la venta en el Registro, retrovende al vendedor la misma finca o derecho, porque este contrato, *salvo la impropiedad del nombre*, es lícito como comprendido dentro de los moldes marcados por la Ley al arbitrio de los contratantes, tal doctrina, que rige en los casos comunes y en todos aquellos en que los vínculos de derecho se realizan entre las partes contratantes de la venta y de la retroventa, no puede ser aplicada al que motiva este recurso, por razón de que entre la inscripción de la venta y la nota de su consolidación, fueron inscritos o anotados sobre la misma finca derechos de terceras personas que de ser inscrita la escritura del expediente, resultarían perjudicados».

3.º En la fase de vigencia del retracto, si el vendedor quiere ejercitarlo provocando la readquisición, debe cumplir las obligaciones que impone el artículo 1.518 del Código civil: unas, previamente fijadas (ya en la misma venta—precio para retraer—, ya en las consecuencias de la venta—gastos e impuestos del contrato—), que delimitan y perfilan el propio contenido del retracto; y otras, aleatorias, de posible nacimiento (abono de indemnizaciones, cuando fuere procedente), establecidas por la legislación sustantiva con un criterio de estricta justicia para evitar enriquecimientos injustificados y que si nacen, habrán de ser fijadas por los interesados en el momento de ejercitarse el retracto.

— Respecto a las primeras prestaciones del retrayente (precio y gastos del contrato), no cabe discusión. El comprador sólo puede allanarse o, caso contrario, someterse a los resultados de una consignación de tales cantidades ante el Juez, quien resolverá y decretará la readquisición.

— Respecto a las últimas (indemnizaciones por gastos necesarios en la cosa o mejoras útiles), el retrayente no puede determinarlas por su exclusiva voluntad, necesitando el concurso del retraído o de su representante, legal o voluntario, para fijarlas y discutir las. Pero estas indemnizaciones pueden no haber nacido (por no haberse hecho gastos ni necesarios ni útiles) y, en cualquier caso no perfilan el contenido propio del retracto, antes bien, quedan fuera de su contexto y sólo son mantenidas por el Código, como antes decíamos, para evitar enriquecimientos injustos. Esto quiere decir que, si son necesarias para evitar perjuicios, resultan accesorias para la configuración del retracto, y como tales, deberá ser probada su existencia por quien las alegue.

b) *Consecuencias del retracto: la resolución y la readquisición.*

Ejercitado en tiempo y forma el derecho potestativo del retrayente, sobrevienen simultáneamente estas dos consecuencias:

la resolución de la titularidad del comprador y, por derivación, la readquisición del vendedor. Producida aquélla (la resolución), se produce ésta (la readquisición). La intervención del comprador irrelevante para la readquisición resulta necesaria para la recepción del precio y gastos del contrato y para, en su caso, la valoración de suficiencia de las indemnizaciones debidas por el retrayente. Pero ni mucho menos es imprescindible, ya que la resolución del derecho puede ser decretada por el Juez si el comprador no se allana (aunque no se oponga), previa consignación por el vendedor retrayente de los pagos, gastos e indemnizaciones debidos y declaración judicial de que están bien hechos.

Por tanto, en la formalización del retracto podrá darse el supuesto normal de intervención del retraído; podrá acaecer la ausencia de conformidad sin oposición efectiva, o podrá, en fin, plantearse una oposición que concluya en el Juzgado.

Si el comprador interviene en el título formal donde se constata el retracto, su intervención no tiende a manifestar una voluntad traslativa ni a renunciar la propia titularidad, sino a cumplir con un deber de diligencia que deja el camino libre a la consumación del retracto. Sin embargo, respecto a las indemnizaciones por gastos necesarios o mejoras útiles, alguien diferente del retrayente deberá decir si existieron en realidad o no existieron, y, caso de existencia, discutir en paridad de derechos con el retrayente, la cuantía de las mismas. De aquí que los menores o incapacitados requieran la representación de su padre, madre o tutor, no porque dispongan de un bien inmueble, ni renuncien a una titularidad real inmobiliaria, sino para poder mantener una igualdad de posiciones a la hora de discutir sobre la procedencia o no de indemnizaciones y su valor. De aquí que la resolución de 1926 no exija la autorización judicial para el padre o la madre representantes de sus hijos.

Así, pues, los menores o incapacitados deberán estar representados por el padre, madre o tutor, ya que, a nuestro juicio, carecen de la suficiente capacidad para allanarse a las pretensiones del retrayente y mucho menos, para discutir con ventaja o, al menos, con igualdad, sobre la existencia o inexistencia de indemnizaciones. Subrayamos que aquel allanamiento y esta discusión no se centra sobre la disposición de inmuebles, sino sobre la percepción de cantidades cuyo cobro no es facultativo del retraído, sino obligado. No

obstante, se marca una diferencia trascendental entre la intervención del padre o madre, titulares de la patria potestad, y la del tutor. Los primeros, tienen, por Ley, legitimación para todos aquellos actos que no sean de disposición de inmuebles y, por ende, pueden representar a sus hijos como sujetos pasivos del retracto, sin necesidad de recabar autorización del Juez. El tutor, en cambio, no puede otorgar actos sujetos a inscripción—como es el de readquisición—, sin autorización del Consejo de familia (art. 269 del C. c.).

No es obstáculo a esta doctrina la que se desprende de la resolución de 14 de enero de 1876 cuando exige a los padres representantes de sus hijos la autorización judicial, porque en el supuesto por ella contemplado se entremezclan los conceptos de retracto, de novación del contrato primitivo y de verdadera enajenación.

Si la finca fue adquirida con pacto de retro para la sociedad legal de gananciales, el marido por sí solo, sin necesidad de consentimiento «uxoris» ni autorización judicial, puede intervenir como sujeto pasivo del retracto cuando éste llegue, ya que, siendo el órgano de disposición de la sociedad de gananciales, puede recibir el precio y gastos del contrato primitivo y valorar la suficiencia de las indemnizaciones a cargo del retrayente. La resolución que sobreviene después y la consiguiente readquisición por el vendedor, es algo que escapa a su voluntad y no puede encuadrarse en la limitación del artículo 1.413 del Código civil.

Conviene que en la escritura, aparte de la descripción de la finca con todos los pormenores que exige la Ley Hipotecaria, se deje constancia clara de la posición jurídica que adopta cada uno de los que en ella intervienen; esto es, el retrayente manifestará ante el Notario su decisión de ejercitar el retracto y de cumplir con las obligaciones propias del caso; el retraído o su representante expresará su allanamiento a las pretensiones del primitivo vendedor y dejará libre el camino para la resolución de su titularidad y consiguiente readquisición, lo cual, quíéralo o no, se habrá de producir sin su consentimiento, siempre que el retracto esté bien ejercitado.

Si el comprador no se allana pero tampoco se opone, el derecho potestativo del retrayente no se detiene, pero su camino se desvía hacia la Autoridad judicial. Ante ella, consignará (arts. 1.176 y siguientes del Código civil) sus prestaciones y, estimadas como suficientes por el Juez, decretará éste la procedencia del retracto y dictará auto que servirá de título para resolver la titularidad registral del comprador (art. 180, R. H.).

Para el caso de oposición por el comprador, ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento hablan del título adecuado en que se constate el retracto. Es la resolución de 23 de julio de 1927 la que,

incidentalmente, se refiere a él al exigir la presentación en el Registro de la escritura pública o la *sentencia en que se acredite el ejercicio del retracto*.

c) *Registración.*

Concebida impropriamente la compraventa con pacto de retro por nuestra legislación como una adquisición sometida a condición resolutoria, no debe extrañarnos que sólo el artículo 177 del Reglamento se refiera a ella a efectos de consolidación del dominio a favor del comprador y extensión de la nota marginal prevenida por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria; esto es, como un supuesto más de condición. Para la resolución de la titularidad del comprador por consecuencia del retracto ejercitado por el vendedor, nada dice el Reglamento. Pero observemos lo siguiente:

- 1.º La resolución de 27 de mayo de 1926 declara que al ejercitar su derecho de retracto el primitivo vendedor, dentro del plazo señalado, no perfecciona un nuevo contrato de compra con transferencia completa de la propiedad, teniendo significación accesorias las declaraciones de la persona contra quien se dirige, ya que no implican una transferencia hipotecaria.

De aquí puede desprenderse la improcedencia de una nueva inscripción de transferencia a favor del primitivo vendedor.

- 2.º La resolución de 5 de noviembre de 1919 proclama que el ejercicio del retracto por el vendedor o su causahabiente, repone las cosas al estado que tendrían si la venta no se hubiese verificado; y a mayor abundamiento, la citada resolución de 1926 considera al pacto de retroventa, siguiendo las normas de nuestro Código civil, como una verdadera causa de resolución.

En consecuencia, si la adquisición del comprador se resuelve, la titularidad del vendedor renace por derivación; y tal resolución debe constatar en el Registro, no por un asiento de inscripción, sino por otro de cancelación.

Queda otra cuestión por resolver: si se trata de una cancelación, todo lo que anteriormente exponíamos acerca de la no necesidad de autorizaciones judiciales para padre o madre representantes de sus hijos, o para marido como órgano de disposición de la sociedad de gananciales, se viene abajo ante los dictados del artículo 178 del Reglamento Hipotecario.

Este precepto exige: la autorización judicial, para los representantes legales de menores o incapacitados que hayan de cancelar derechos a éstos pertenecientes. Permite a los maridos la cancelación unilateral de hipotecas gananciales, sólo cuando las mismas estuviesen inscritas a nombre de él, no cuando después de la reforma del artículo 96 del propio Reglamento, estuviesen inscritas a nombre de ambos cónyuges.

En cambio, el mismo precepto, autoriza a los menores emancipados la cancelación por sí solos, sin necesidad de consentimiento del padre, madre o tutor. Y la Dirección General de los Registros se muestra vacilante:

- Unas veces (resolución de 26 de octubre de 1964) corrobora la primera exigencia para que los padres puedan cancelar en nombre de sus hijos hipotecas constituidas a favor de éstos.
- Otras (resolución de 27 de mayo de 1926), prescinde de tales formalidades en cuanto al ejercicio del retracto convencional.
- Otras, finalmente, amplían las facultades del marido para la cancelación de hipotecas gananciales, sin necesidad del consentimiento «uxoris» (resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964)

Ante este cúmulo de exigencias y permisiones dispares, debemos organizar los criterios, intentando—como hace DÍEZ PICAZO (2)—acabar con el tópico de que toda cancelación haya de ser considerada como acto dispositivo. Más aún, conviene desechar la idea de identificar la cancelación con la causa que la origina. La extinción del derecho se produce extrarregistralmente, y si tal extinción supone un acto dispositivo (condonación de una deuda, novación de un contrato, renuncia a la consolidación que tuviere el comprador con pacto de retro por haber transcurrido el tiempo concedido para el ejercicio del retracto, etc.), se exigirán los requisitos que el Derecho sustantivo impone para los actos de disposición; pero esos requisitos no son para que la cancelación se produzca, sino para que el derecho se extinga; y extinguido el derecho no queda más remedio que proceder a la cancelación, sin necesidad de nuevo consentimiento. Lo mismo ocurre con la inscripción: el acto constitutivo—por regla general—, surge fuera del Registro y nadie piensa que sea necesario un nuevo consentimiento para la inscripción.

Si la extinción del derecho es un acto obligado (pago de la deuda en el plazo convenido, por ejemplo), el acreedor no tiene opción para rechazar la extinción y ésta se producirá sin los requisitos exigidos por la Ley para la enajenación de inmuebles, ya que no es una enajenación, sino una extinción forzada.

(2) DÍEZ PICAZO, en el núm. 462 de esta REVISTA.

Por ello:

- Si la extinción del derecho que provoca la cancelación fuere, efectivamente, un acto de disposición, sobre bienes inmuebles:
 - El padre o la madre, necesitarán autorización judicial.
 - El menor emancipado, precisará del consentimiento de padre, madre o tutor.
 - El marido, las autorizaciones prevenidas por el artículo 1.413 del Código civil.
- Pero si la causa que motiva la cancelación no fuere acto de disposición, puede resultar:
 - Un acto obligado para el titular registral que, sin embargo, exija una determinada capacidad, ya para percibir unos pagos, ya para discutir unas indemnizaciones. La extinción del derecho, exigirá esa capacidad o su complemento, pero nunca las formalidades propias del acto de enajenación de inmuebles. Así:
 - El padre o la madre, no necesitarán la autorización del Juez. Pero el menor o incapacitado deberá estar representado por aquéllos, ya que tal vez no se encuentre en condiciones de discutir la suficiencia de los pagos
 - El tutor, en cambio, sí necesitará autorización del Consejo de Familia, no porque se trate de un acto de disposición, sino por tratarse de acto sujeto a inscripción.
 - El marido podrá cancelar hipotecas por pago sin necesidad de consentimiento «uxoris».
 - El menor emancipado con capacidad para obtener cobros, podrá extinguir el derecho sin complementos de su capacidad.
 - Puede resultar, también, un acto automático, que no requiera el consentimiento ni la intervención del titular, ni siquiera como accesorios. En este caso la extinción del derecho se producirá sin aquella intervención.

Pero en todos estos supuestos, acaecida la extinción del derecho, de poco vale ya que el titular registral se oponga a la cancelación; puesto que ésta se realizará indefectiblemente: frente a la inscripción de su derecho, surgirá la desinscripción, quiéralo o no.

Todo lo que antecede, nos induce a considerar que el artículo 178 del Reglamento ha idealizado excesivamente la forma de la registración (asiento de cancelación), exigiendo una serie de requisitos para ella, cuando en realidad tales requisitos y formalidades son impuestos por el Derecho sustantivo, no para que la cancelación se practique (que no es más que la forma registral que adopta una causa extintiva), sino para la extinción del derecho. La cancelación nunca será acto dispositivo; sí puede serlo su causa.

Aunque pensado para las condiciones resolutorias, el artículo 175-6.º del Reglamento Hipotecario puede servirnos para la extinción de un derecho potestativo. Así, el asiento

practicable no deberá ser el de inscripción, sino el de cancelación cuando se cumplan los requisitos que dicho precepto establece.

La extinción registral del Derecho de retracto y consolidación de la adquisición por el comprador primitivo.

Para este supuesto, dicta el Reglamento Hipotecario la siguiente norma:

Artículo 177. *Para extender la nota que previene el artículo 23 de la Ley en los casos de venta con pacto de retro, bastará que, transcurridos los ocho días siguientes al término estipulado para la retroventa sin que exista en el Registro asiento alguno que indique la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta, se haga la conveniente petición al Registrador, presentando al efecto el título que produjo la inscripción, aunque no sea la misma copia inscrita.*

Algunas observaciones requiere el precepto:

- 1.ª El ejercicio del retracto por parte del vendedor, sólo puede tener lugar durante el plazo de vigencia. Esos ocho días, contados desde el término estipulado, no significan prórroga del retracto, sino un margen de confianza para quien haciendo uso de su derecho de retraer en los últimos días (o en el último), no ha tenido tiempo material de presentar al Registro el documento en que conste su readquisición (resoluciones de 5 noviembre 1919 y 23 julio 1927).

Esta última resolución previene que desde que transcurre el plazo convenido para la retroventa hasta que se presenta en el Registro la escritura pública o la sentencia que acredite el ejercicio de retracto, en el supuesto de haberse llevado a cabo, hasta que se extienda la nota declarativa de que no ha tenido lugar y se ha consolidado el derecho del comprador, existe un período de ocho días en el que el derecho de retraer no puede ser cancelado sin el consentimiento de su titular, y otro período indefinido, que comienza tras los citados ocho días, durante el cual el interesado en la consolidación del dominio puede reclamar, si no consta la resolución, rescisión o modificación

del contrato de venta, que se haga constar la adquisición definitiva e irrevocable del inmueble o derecho.

Además, no es cierto que por no haberse extendido la nota marginal de consumación de la venta deba entenderse subsistente en el Registro la inscripción del derecho de retraer, sino que, al contrario, por haberse extinguido el plazo fijado sin que se ejercitase el retracto y por haber transcurrido con exceso los ocho días que el Reglamento concede al primitivo vendedor para presentar los documentos que le interesen, ha de presumirse la consolidación del dominio.

- 2.^a La nota marginal que previene el artículo 177 tiene un simple carácter declarativo. Distingamos:

Si el retracto fue ejercitado en tiempo y forma, pero el documento en donde se constata la readquisición fue presentado después de haberse extendido en el Registro la nota marginal de consolidación en favor del primitivo comprador, deberá ser cancelada esta nota junto con la titularidad del sujeto pasivo y revivir la del vendedor retrayente. Claro es que, si mientras tanto ha surgido un adquirente a título oneroso, el retrayente llegará tarde al Registro para promover la resolución de esta última adquisición.

Si el retracto no fue ejercitado en tiempo oportuno, sino que se pretendió su actuación fuera de plazo, poco importa que el primitivo comprador contra el cual hubiese de ser dirigida la resolución haya hecho constar o no su consolidación en el Registro, ya que la extinción por caducidad del retracto se ha producido extrarregistralmente por obra de los preceptos sustantivos.

- 3.^a El consolidante ha de presentar el título que produjo su inscripción, si quiere que se extienda la nota marginal aludida. Más consecuente fue, a nuestro juicio, la antigua jurisprudencia de la Dirección General de los Registros que proclamaba la constatación de la consumación sin necesidad de presentación de documento alguno (resolución 27 septiembre 1867), bastando la petición verbal de los interesados (resolución 15 junio 1872).

EL DERECHO DE TANTEO CONVENCIONAL: SU REGISTRACION

Conceptuando el tanteo como el derecho de preferente adquisición por el tanto igual que un tercero ofreciere, la situación normal de tal preferencia es, a nuestro modo de ver, la siguiente:

El *concedente*, no tiene limitadas sus facultades dispositivas, ya que puede enajenar; lo que se le limita es la elección de la persona del adquirente, durante un plazo determinado y para las transmisiones onerosas. Cumplirá con tal limitación cuando, a la hora de enajenar, realice:

- En primer lugar, un acto positivo consistente en la notificación a la persona que ostenta la preferencia, de su intención de enajenar a un tercero, precio ofrecido por éste y demás circunstancias que condicionen la transmisión.
- En segundo término, adopte una actitud pasiva esperando a que el preferido ejercite su preferencia en el tiempo convenido.

El que *ostenta la preferencia* no adquiere un verdadero Derecho real sobre una finca, sino una preferencia a adquirirla, supe-
ditada a estos dos acontecimientos:

- Que el concedente intente la enajenación por precio a favor de un tercero.
- Que, enterado de ello, ejercite su preferencia en el plazo que se le hubiere concedido y previas las obligaciones anejas a tal facultad: pago del mismo precio que el tercero estuviese dispuesto a satisfacer.

Vistas así las cosas, tanto la limitación del concedente como la preferencia del concedido, presenta un contenido típicamente obligacional y, en consecuencia, no registrable. De aquí que la jurisprudencia hipotecaria haya encontrado tantos obstáculos para la inscripción del tanteo:

- En la resolución de 9 de diciembre de 1887, la Dirección General de los Registros, para un supuesto de concesión de pre-

ferencia sin determinación de plazo y pretensión de pago de un precio inferior al ofrecido por un tercero, proclamó que lo único a que tenía derecho el preferido era a ser notificado de la enajenación, y negó su preferencia a efectos hipotecarios por no reunir los requisitos pertinentes.

- La resolución de 20 de marzo de 1911, declara que la obligación simple de dar aviso a una persona para caso de enajenación o gravamen no constituye verdadero derecho real.
- La de 8 de abril de 1914 admite la existencia de un tanteo convencional, concedido por plazo cierto a favor del comprador con pacto de retro y sobre el derecho de retracto que se reservó el vendedor.
- La de 4 de enero de 1927 se mostró excéptica a la hora de interpretar una cláusula testamentaria y no se atrevió a considerar como existente un tanteo que se pretendía constituir.
- La de 20 de septiembre de 1966 declara inscribible una escritura que contenía un derecho de preferente adquisición *erga omnes* previéndose todas las circunstancias para su ejercicio y facilitando el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se dividió materialmente.

Por el solo hecho de reconocerse una limitación en el concedente y una preferencia en el concedido, no podrá sustentarse la idea de que por lo general sea el carácter real de una y otra, sino todo lo contrario: la presunción está en la naturaleza obligacional de ambas, no inscribibles, por tanto.

Pero fijémosnos en las resoluciones de la Dirección General de los Registros:

- La de 1887 se enfrenta con un «tanteo» al que le faltan estos requisitos: plazo cierto para su ejercicio, pago por el tanto ofrecido por un tercero.
- La de 1911 no reconoce carácter real a una simple obligación de dar aviso.
- La de 1927 rechaza como tanteo a un derecho de catalogación dudosa.

Sólo las de 1914 y 1966, admiten la figura del tanteo convencional a efectos hipotecarios:

Resolución de 8 de abril de 1914.—Habiéndose convenido en una escritura de venta con pacto de retro que si el vendedor cedía su derecho de retracto, lo pondría en conocimiento de los compradores, quienes podrían ejercer el

derecho de tanteo dentro de los treinta días siguientes a la notificación, el documento en que se hace por el vendedor cesión de su derecho de retracto a un tercero, carece de los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro, si se otorgó mucho antes que la notificación se hiciera y se presentó en el Registro sin haber transcurrido los treinta días siguientes a la notificación.

Resolución de 20 de septiembre de 1966.—El supuesto que contempla es el siguiente (un tanto alterado para su mejor comprensión). A, dueño de una finca rústica, vende una tercera parte indivisa a B, y otra tercera parte también indivisa a C, con lo cual quedan dueños de la misma, por terceras partes A, B y C.

En la misma escritura se dice que dichos señores y en la misma proporción, son dueños de una finca urbana.

A, B y C, dueños, por tanto, por terceras partes indivisas, tanto de la finca rústica como de la urbana, agrupan las dos para constituir registralmente una sola y en las cláusulas cuarta, quinta, sexta y séptima de la escritura pactan un derecho de preferente adquisición, en los siguientes términos:

- Tanto respecto a la enajenación de las participaciones indivisas, como a la transmisión de las parcelas que resultaren por división de la cosa, se establece un *derecho de tanteo recíproco y real*. Plazo concedido: treinta días.
- Si la enajenación fuere onerosa, tendrán preferencia por el tanto ofrecido por un tercero.
- Si siendo onerosa, no mediase precio (permuta, por ejemplo), el precio se determinará por peritos.
- Si fuere gratuita (donación o herencia) en favor de persona distinta de aquellas que son llamadas a suceder *ab intestato*, también habrá lugar a la preferencia y el precio se fijará en la misma forma anteriormente citada.
- Para evitar colisiones de titulares de la preferencia, se concede prioridad sobre los demás a B o quienes de él traigan causa.

A la vista de tales hechos, declara la Dirección, entre otras cosas:

- 1.º Que el Registrador debe extremar su cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de *numerus apertus*, tradicionalmente seguida por este Centro, y que encuentra su justificación en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, no es dable ampliar al campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria.
- 2.º Que, en el caso concreto discutido, aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real (similar a otras ya admitidas por nuestra legislación—art. 16, apartados 8 y 9 del Reglamento de Arr. Rústicos; arts. 20 y 21 de Ley de Soc. de Resp. Lim.; artículos 3 y 4 de la Ley de 15 de julio de 1954, etc.—y por la jurisprudencia), ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido, amplía el campo propio de

aplicación del tanteo, al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto 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 por el artículo 1.447 del Código civil y por el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; c) se concede un plazo determinado y breve—treinta días—para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; d) este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida, y e) se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho.

En estas dos últimas resoluciones, se reconocen como requisitos o, simplemente como elementos viables para el derecho de preferencia con naturaleza real:

- Concesión expresa de la preferencia.
- Plazo para ejercitar la preferencia.
- Pago del tanto ofrecido por el tercero (resolución 1914) o ampliación a transmisiones onerosas sin precio o a título gratuito como elemento admisible (resolución 1966).

Nótese, además, cómo en ambas existe o se pretende una determinada conexión entre la finca del que adquiere la preferencia y la finca del que la concede. Esto es, si la finalidad del tanteo consiste exclusivamente en conceder una preferencia de adquisición en favor de una persona sin ninguna otra conexión real, de modo que la limitación del concedente sólo estriba en la restringida elección del adquirente, el derecho de tanteo será personal. Por el contrario, si la preferencia y la limitación se conectan con una finca en aras de una función social o económico-jurídica de la propiedad, estaremos en presencia del tanteo o la preferencia adquisitiva oponible *erga omnes* y, por ende, de naturaleza real, siempre, claro está, que se cumplan los demás requisitos que perfilan la individualización del derecho.

A nuestro juicio, y extrayendo principios generales de la doctrina de la Dirección, podemos llegar a las siguientes conclusiones en orden a la registrabilidad o no del derecho de tanteo convencional o del más amplio de preferente adquisición:

- 1.^a Tanto en el derecho estricto de tanteo como en el de preferente adquisición, se nos antoja que el requisito básico se halla en la conexión real con una finca. Si la preferencia se obtiene, no en relación con vínculos personales (afectivos

u obligatorios), sino en cuanto el preferido ostenta una titularidad real sobre una finca, de modo que el derecho preferente se convierta en anejo de tal titularidad, estaremos en presencia de un derecho real inmobiliario, a todas luces registrable.

2.^a Concebir hipotecariamente el tanteo como un derecho puramente apegado a una persona y sin conexiones con una finca, nos parece absurdo. Si admitiésemos su registración ¿acaso sería admisible que el titular de tal preferencia dispusiese libremente de su derecho en favor de un tercero que, necesariamente, no ha sido preferido por el concedente? ¿Admitiríamos la registración de este acto? No, en verdad. El concedente limitó su elección a una persona, pero no a otra impuesta por el preferido; los vínculos personales recaían sobre la primera, no sobre la segunda, por lo que difícilmente podría sostenerse la continuidad en la limitación del concedente.

3.^a Proclamando la conexión de la preferencia con otra titularidad real del preferido, también resulta extraño querer configurar al tanteo como un derecho real independiente susceptible de transmisión aislada, por cuanto le faltaría la base de su existencia. Indirectamente, las resoluciones de 1914 y de 1966 del Centro Directivo, nos dan la pauta a seguir: la conexión con una titularidad real inmobiliaria convierte al tanteo en anejo de tal titularidad, y las mutaciones que ésta soporte serán soportadas por aquél, que, como derecho anejo se ha convertido en inseparable de ella.

De un modo más directo, encontramos un claro ejemplo en nuestra legislación: el derecho de tanteo constituido o continuable en una propiedad horizontal. Regulado, en principio, por el artículo 396 del Código civil como un tanteo legal, delimitador del dominio sobre los pisos o locales, la Ley de 21 de julio de 1960, reformadora de tal precepto o instauradora de una nueva regulación para la propiedad horizontal, acaba con ese tanteo de imposición

legal y lo convierte en convencional (3). Establecido por voluntad de los condueños—con la mayoría reforzada que exige la Ley—, se atribuirá no aislada ni personalmente a los condóminos, sino a estos en cuanto fueren dueños—y mientras lo fueren—de los pisos o locales. Su inscripción no se producirá separadamente de los tales pisos o locales, sino como anejo inseparable de ellos dentro del conjunto total de los estatutos que rigen la vida de la propiedad horizontal. Su disposición o gravamen sólo será posible por derivación o consecuencia de la enajenación o gravamen del piso o local a que se refieren. Si el tanteo no se hiciere constar en la inscripción de los estatutos, su existencia no podrá perjudicar al nuevo adquirente.

- 4.ª Por todo cuando llevamos dicho, creemos que los requisitos del tanteo para su configuración personal o real y, por tanto, para su rechazo o admisión registral, son estos:

a) *Tanteo convencional de tipo personal no registrable.*

El tanteo tendrá carácter meramente obligacional en los supuestos normales, es decir, cuando el concedente no se vea limitado en sus facultades dispositivas, sino únicamente, en la elección de la persona del adquirente, y, paralelamente, cuando el que obtiene la preferencia no conecte su derecho con una titularidad real inmobiliaria que le pertenezca.

b) *Tanteo convencional de carácter real e inscribible.*

Son requisitos del mismo:

- 1.º Determinación clara y exacta de la preferencia que pretenda concederse. Por eso, no le bastó a la resolución de 4 de enero de 1927 con una cláusula antigua y de difícil interpretación.

(3) Dice el actual artículo 396 del Código civil: «...En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por *este solo título*, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto», lo cual es tanto como decir que por *otro título* especialmente convenido podrá surgir el tanteo o el retracto.

- 2.º Concesión definitiva de la preferencia, consecuencia de la cual, y para su posible ejercicio, surgirá en su momento oportuno la obligación de notificar al preferido las intenciones de venta del concedente. Por esta razón, la resolución de 20 de marzo de 1911 consideró que el mero compromiso de aviso, caso de enajenación o gravamen, no constituía derecho real.
- 4.º Plazo cierto para ejercitar la preferencia y pago del tanto ofrecido por un tercero. Precisamente, por ausencia de estos dos requisitos, la resolución de 9 de diciembre de 1887 rechazó la inscripción del «tanteo» pretendido.
- 5.º Conexión entre la finca del que obtiene la preferencia y aquella otra sobre la cual recae el tanteo.

c) *Derecho real de preferente adquisición.*

Sirven los mismos requisitos que acaban de ser reseñados, a los que se pueden añadir estos otros:

- 1.º Ampliación de su ámbito de aplicación, que por estipulación expresa en virtud de la libertad de pacto proclamada por el artículo 1.255 del Código civil, puede extenderse:
 - A los contratos onerosos en que no mediase precio.
 - A los contratos a título gratuito o transmisiones hereditarias.
 - A los supuestos regulados en el Código como susceptibles de retracto legal, que se modifican o condicionan.
- 2.º Determinación del valor de la finca por acuerdo de los interesados o, en su defecto, por dictamen de peritos, con garantías suficientes para las partes.

Resumamos nuestra postura:

Civilmente, el tanteo puede ser concedido: o en atención a las circunstancias personales de quien lo recibe (afecto, vínculos obligacionales, etc.), o en consideración a la titularidad que el preferido ostente sobre un fundo y mientras la ostente (ser propietario de finca colindante con aquella sobre que recae la preferencia, etc.). Cuando la preferencia se adhiere a una persona concreta, se

convierte en accésorio de ella y el derecho resulta a todas luces personal.

Cuando se anexiona al titular de un fundo y en razón a su titularidad, se erige en accesorio, no de la persona del titular, sino de la titularidad que se detenta sobre el fundo; en tal sentido, habremos de convenir que hemos dado con un derecho real inscribible.

Pero en ambos casos, el tanteo no se presenta como un derecho autónomo, sino como anejo de otro más importante (persona o fundo); y si transmisible fuere el derecho principal, transmisible será el tanteo; si intransmisible fuese aquél, intransmisible será éste. Nunca, empero, podrá sostenerse que el derecho anejo se configure como disponible autónomamente sin contar con la transmisión del principal o siendo éste intransmisible.

Anexionado el tanteo a una persona, se alza como accesorio de ella a la que cualifica de «preferida» respecto de otra. Esta preferencia podrá ser admitida o renunciada, pero nunca sustituida o transmitida, ya que sería tanto como imponer preferencias que, aparte de escapar a nuestra propia capacidad, daría como resultado la destrucción de la base en que se apoya la preferencia: la libertad de preferir.

Si el tanteo se adhiere a una titularidad, se convierte en facultad de la misma: el titular tendrá toda una serie de facultades que integran el contenido normal de su derecho; pero además, habrá adquirido otra nueva: la del tanteo. Si el derecho principal fuere transmisible y transmitido, con él se transferirá esta nueva facultad.

EL DERECHO DE OPCION ANTE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Que el contrato de opción tenga un contenido real o lo tenga simplemente personal, es algo que no ha preocupado en modo alguno a nuestros reglamentaristas modernos. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario se detiene a dictar normas para la registración de este derecho con el deseo de salvaguardar los del

optante y de prevenir a los adquirentes del concedente de la opción que su adquisición puede ser resuelta.

En un plano puramente dogmático, el artículo 14 se ha excedido al no plegarse a las exigencias de los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria; pero descendiendo al terreno de las realidades, el Reglamento ha conseguido que el optante quede a cubierto de las posibles maquinaciones del optatario, y que los adquirentes de éste sepan en qué condiciones adquieren; claro que podía haberse coordinado teoría y práctica si el asiento a practicar en el Registro hubiese sido el de anotación preventiva, en vez del de inscripción.

Artículo 14. Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción, reúna las siguientes:

Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.

Segunda.—Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

Tercera. Plazo para ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.

Exégesis del precepto.

a) *Opción como contrato autónomo.*

Artículo 14. Será inscribible el contrato de opción de compra...

La opción de compra resulta inscribible por sí sola, mediante presentación al Registro del documento público que la constate. Plántase el problema de si puede servir de título un poder conferido para vender en el que, además, se concede al apoderado

opción para comprar él mismo, señalándose el precio de la compra y el plazo para comprar. Al parecer, Roca y La Rica (4), dan opiniones afirmativas, entendiendo que con ello se evitan los peligros de incompatibilidad de intereses que ofrece la figura del auto-contrato.

A nuestro modo de ver, se imponen unas aclaraciones:

- 1.^a El poder, acto en el que se atribuye una representación, es unilateral y, como tal, no puede engendrar la opción ya que ésta exige consentimiento contractual.
- 2.^a Ese llamado poder, sólo en parte ostenta la naturaleza de acto voluntario de apoderamiento; esto es, no se trata de un acto simple comprensivo de un exclusivo otorgamiento representacional, sino de un acto mixto, cuyo contenido se bifurca en estas dos direcciones:
 - Por un lado, es unilateral y confiere una representación.
 - Por otro, tiende a ser bilateral, al manifestar una oferta, ya sea ésta de opción, ya sea de venta.
- 3.^a En consecuencia, el documento referido no sirve por sí solo para el establecimiento de una opción; en primer lugar, porque como poder que es en parte, su contenido y efectividad se agota con la atribución de una representación; y en segundo término, porque como oferta, requiere una posterior aceptación para que el acto bilateral de la opción pueda surgir con todos sus predicamentos.
- 4.^a Por las razones expuestas, debe entenderse que la posterior aceptación por parte del apoderado-optante no se refiere al poder (que siendo acto unilateral no la requiere), sino a la oferta de opción (que, indispensablemente, exige el doble consentimiento). Producida la oferta y aceptada después en instrumento público, se darán los supuestos del artículo 1.262 del Código civil, sin que pueda hablarse aquí de autocontratación, puesto que cada uno de los interesados en la opción ha actuado en propio nombre aunque no de modo simultáneo.

(4) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo III; LA RICA, *Comentarios al Reglamento Hipotecario*.

Diferente sería que se tratase de un acto representacional comprensivo a la vez de una oferta de venta a favor del representante. En este caso, el apoderado actuaria, por un lado, como representante del vendedor, y por otro, como comprador. El poder habría surtido efecto desde el momento de su otorgamiento; la venta, se consumará después, cuando se aunen las dos voluntades requeridas, aunque su expresión se encuentre en una sola persona actuante en doble sentido.

b) *La opción como cláusula de un contrato.*

Artículo 14. *Será inscribible... [la] estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible...*

No se refiere el Reglamento a un pacto añadido al contrato y separable de él—pues sería tanto como dar a la opción carácter autónomo y por ende repetición de lo que el precepto proclama en sus primeras palabras—, sino a una derivación del contrato inscribible y a él anejo. De aquí resulta:

- 1.º Que si se tratara de un pacto añadido al acto inscribible, pero no inserto en su conjunto, nos encontraríamos con la unión documental de contratos, no unidos, como se sabe, más que por el documento que los contiene. En tal caso, da igual que el otro acto sea inscribible o no lo sea, pues la opción se presenta como contrato autónomo e inscribible por sí mismo.
- 2.º Si, como suponemos, el Reglamento toma en consideración unitaria un acto inscribible, una de cuyas cláusulas contiene la opción, se plantea el dilema de si puede inscribirse sólo esta cláusula aun cuando el acto inscribible no se inscriba.

ROCA SASTRE (5), estima que el artículo 14 habla de contrato inscribible, no de que haya de ser inscrito forzosamente. Así, pues, cuando el contrato inscribible no se inscriba, se podrá practicar la inscripción de la opción estipulada.

Contrariamente a lo que Roca opina, hemos de sostener la no inscripción de la opción en el supuesto que se contempla:

(5) Roca Sastre, loc. cit.

- a') Porque lo deducible del artículo 14, a *contrario sensu*, es que si el acto continente de la opción no fuere inscribible, la opción en él contenida no se inscribirá tampoco, y tal rechazo sólo tiene explicación concibiendo al pacto de opción como parte integrante del contrato e inseparable de él. De aquí resulta que el acto inscribible debe ser inscrito en su conjunto, con opción y todo.
- b') Porque, a nuestro juicio, no es aplicable el párrafo 2.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, en razón a ser los supuestos por él contemplados de muy distinta significación.

Artículo 434. ...*Cuando el documento comprenda alguna estipulación o pacto que no deba tener acceso al Registro o que legalmente deba tenerse por no puesta, podrá inscribirse el título y denegarse la inscripción de tal estipulación o pacto, del que no se consignará referencia alguna en el asiento que se practique...*

Si el contrato comprensivo de la opción es inscribible, no es de los que deban ser rechazados por el Registro; y si el artículo 434 permite la denegación de una parte de la escritura e inscripción del todo, no es recomendable dar la vuelta al supuesto. Por otro lado, al ser el artículo 434 una desviación de la regla general contenida en el 433 (suspensión o denegación del todo), su interpretación ha de ser restrictiva.

c) *Requisitos de la opción para su inscripción.*

Artículo 14 ...*Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.*

No basta la intención presumible de los interesados de querer la inscripción; el convenio ha de ser expreso. Resulta, pues, que la solicitud de inscripción que se presume por el solo hecho de la presentación del título en el Registro, falla en esta ocasión.

Por otro lado, el presentante del título no puede ser considerado como representante de los interesados a efectos del artículo 39 del Reglamento, sino como nuncio o simple portavoz de su voluntad. Si en el título no aparece el convenio expreso para conseguir la inscripción, el presentante no puede completar ni suplir aquella omisión, aun cuando tenga órdenes concretas de solicitar el acceso al Registro, o sea conocedor de las intenciones de inscribir que tienen las partes.

Artículo 14. ...Segunda. *Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.*

El contrato de opción inscribible es el que tiene por finalidad la adquisición preferente por compra y, a tal efecto, aparece como requisito indispensable la fijación *a priori* del precio de adquisición, toda vez que se trata de una oferta de contrato cuyo contenido ha de reunir los elementos esenciales del contrato a celebrar. La concesión de la opción puede ser a título gratuito u oneroso, pero si fuere esto último, el precio abonado deberá consignarse en el título para su constancia registral.

Artículo 14. ...Tercera. *Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.*

En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.

El laudable deseo de coordinar la facilidad del tráfico con la finalidad social de dar acceso a la propiedad al arrendatario, ha motivado una rigidez de plazo en cuanto a lo primero y una flexibilidad respecto a lo segundo.

El plazo de cuatro años resulta más que suficiente para los intereses del optante y evita excesivos entorpecimientos del tráfico jurídico. Pero atendiendo a la libertad de pactos preconizada por el artículo 1.255 del Código civil, los contratantes pueden fijar un plazo mayor que, aun siendo lícito en el ámbito sustantivo, parece

rechazable por el Registro. Quizá esto podría haberse salvado si el legislador, al redactar la circunstancia tercera del artículo 14, hubiese dicho: «plazo para el ejercicio de la opción que, en perjuicio de tercero, no podrá exceder de cuatro años», con lo cual, la opción establecida por un período de tiempo superior podría inscribirse con una duración máxima de cuatro años, denegándose por el resto del tiempo.

Si el plazo de duración se estableció por un tiempo inferior, podrá pactarse prórroga antes de transcurrir el vencimiento primitivo, siempre que en conjunto, no se rebasen los cuatro años que como máximo permite el Reglamento. Indudablemente esa prórroga deberá constar en el Registro, si se quiere que produzca los efectos hipotecarios oportunos.

En cuanto a la opción insertada en un contrato de arriendo, no deberá ser inscrita si no se inscribe el arrendamiento, en cuyo acto se fijará el plazo del arriendo, que marcará indefectiblemente el de la opción. La prórroga tácita para aquellos escasos arrendamientos inmobiliarios regidos por el Código civil, no provocarán prórroga de la opción.

d) *Asiento practicable.*

- 1.º Si la opción se inscribe como contrato autónomo, obtendrá del Registro un asiento independiente, practicado a continuación del último que apareciese respecto a la finca sobre la cual se concede la opción.

Dado el carácter personal del derecho de opción y su corta duración, no parece muy adecuado el asiento de inscripción que impone el Reglamento. Estableciendo la inscripción y no la anotación, el Reglamento sobrepasa los límites del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria y convierte un asiento tradicionalmente de duración indefinida, como es el de inscripción, en caducable por el transcurso de cuatro años.

- 2.º Si la opción accede al Registro embebida en un contrato inscribible y como formando parte de él, no recibirá asiento propio, sino que quedará inmersa en la inscripción del acto registrable del cual forma parte.

e) *Efectos de la registraci3n.*

1. Efectos durante el plazo de vigencia.

La inscripci3n de la opci3n no cierra el Registro a los actos positivos del concedente; 3ste podr3 enajenar la finca a la persona que tenga por conveniente, pero el adquirente soportar3 los riesgos del ejercicio de la opci3n inscrita. La inscripci3n, pues, supone estos dos efectos:

- Salvaguardia de los derechos del optante durante el plazo que le fue concedido para la compra.
- Ser un aviso para terceros adquirentes de que su adquisici3n puede quedar resuelta.

Pero la inscripci3n, por muy eficaz que sea, no podr3 nunca convertir en real lo que en principio era personal; por eso, el derecho del optante seguir3 siendo tan personal como era antes y, a nuestro juicio, intransmisible sin consentimiento de quien concedi3 la opci3n.

El preferente derecho en que la opci3n consiste se otorga por el concedente a una persona concreta, atendiendo a las cualidades personales de 3sta o a los v3nculos afectivos u obligacionales que le ligan con 3l y, en consecuencia, las transmisiones que el optante realice interpondr3n a una persona distinta de aqu3lla, en atenci3n a la cual se celebr3 el contrato. Sin embargo, esa sustituci3n de personas puede admitirse, aun sin consentimiento del concedente:

- Cuando la opci3n haya sido otorgada al que resulte titular de un determinado fundo o derecho inscritos. As3, la opci3n de compra que se conceda al que resulte usufructuario de un determinado predio. En este caso, la opci3n forma parte de un derecho real y seguir3 todas las vicisitudes del mismo, suponiendo una facultad m3s del usufructuario, como es la de adquirir, por compra, la nuda propiedad.
- Cuando se trate de sucesi3n *mortis causa*, siempre que la relaci3n jur3dica que la haya creado no se extinga con la muerte del titular. Aun trat3ndose de un derecho que sigue siendo personal, hemos de admitirlo, por cuanto el sucesor ocupa la misma posici3n jur3dico-personal que su causante.

Si durante el plazo que se le hubiere concedido, el optante hace uso de su derecho pretendiendo la adquisición, no logrará una inscripción automática que trueque su derecho limitativo en titularidad plena sobre la finca, ya que lo único a que tiene derecho es a la transmisión de la finca. Para obtener la inscripción de dominio a su favor, deberá producirse antes la compraventa otorgada, ya por el mismo que concedió la opción o, por el Juez, caso de negativa.

Plantéase, además, una interesante cuestión reveladora de que la publicidad registral no siempre goza de primacía frente a otras situaciones publicitarias no registradas: es el supuesto del optante con derecho inscrito que se enfrenta a un retracto legal. Tal situación puede tener lugar:

- 1.º Cuando el concedente de la opción, dueño de la finca, haciendo uso de su facultad dispositiva, vende el fundo a un extraño y un tercero protegido por la Ley sale al retracto (un comunero, colindante, etc.).
- 2.º Cuando el optante ejercita su derecho dentro del plazo obteniendo la transmisión de la finca o derecho, y otra persona pretende frente a él la adquisición preferente en virtud de un retracto legal.

Ante este estado de cosas, si damos preferencia a la inscripción, los retractos legales relegarán su razón de ser a los supuestos de enfrentamiento con fincas o derechos no inscritos, cosa que no parece deducirse de los textos legales. Si, por el contrario, abogamos sin más por la primacía de tales retractos, la inscripción parece quedar en entredicho al supeditarse a una limitación no inscrita.

TIRSG CARRETERO (6) pone de manifiesto que estas limitaciones públicas no resultan lo suficientemente conocidas por quien adquiere la propiedad afectada con ellas, como para no necesitar de la publicidad registral. Dice: «El artículo 37 de la Ley Hipotecaria vigente se ha excedido; los textos que estuvieron en lo cierto fueron los de la primitiva Ley de 1861 y del Código civil; el error lo introdujo la Ley de 1909 y abunda en él, acrecentado por la

(6) TIRSG CARRETERO, *Retornos al Código civil*, en esta REVISTA, 1965.

existencia de un mayor número de retractos, la Ley Hipotecaria actual».

A nuestro modo de ver, los tanteos y retractos legales no son simples limitaciones que, establecidas por las leyes, traigan al dominio una restricción extraña a su propia naturaleza. Mejor creemos que sean delimitaciones del contenido de la propiedad que, lejos de suponer una limitación anormal de un derecho normalmente ilimitado, surgen de la propia esencia del dominio al que proyectan en función de un interés general. Tal vez las normas que regulan estos derechos sean de las pocas de tinte socializador que recoge nuestro Código civil.

Pero esto no quiere decir que toda delimitación haya de ser excluida del Registro por el hecho de estar reconocida en la Ley. Basta con que se produzca una situación que limite realmente una propiedad inmobiliaria para que, *si no existe otro medio de publicidad mejor para el tercero*, se deba proceder a la inscripción.

No debe olvidarse que el Registro de la Propiedad es uno de los medios de publicidad—el más perfecto, desde luego—, pero no el único. La publicidad—dice PUGLIATTI—, es el mecanismo o mecanismos establecidos por el Ordenamiento positivo para lograr el conocimiento de un determinado hecho, derecho o situación jurídica, de modo que la cognoscibilidad que proclama equivale al conocimiento efectivo. A veces, esa publicidad supone un simple contacto material con la cosa (posesión); otras, la toma de razón en unos libros (registración), y otras, la situación a todas luces aparente en que se encuentran las cosas o los derechos, de la cual, la Ley deriva ciertas consecuencias delimitadoras cognoscibles. Una cosa es cierta respecto a este último aspecto de la publicidad: la necesidad de que la situación origen, no sólo sea cognoscible, sino conocida. Así, el adquirente conoce exactamente la existencia de una comunidad, o de un dominio dividido por la enfiteusis, o de una propiedad rústica de escasa superficie—que es la que compra—, o de una comunidad hereditaria, una de cuyas cuotas adquiere. Estas situaciones no sólo son cognoscibles, sino perfectamente conocidas por el que adquiere; lo que ya puede que no sea conocido, pero sí cognoscible, es la limitación que a tales situaciones se impone. Cuando la delimitación se imponga voluntariamente, dejará de ser verdadera delimitación del contenido del dominio para

convertirse en limitación y, entonces, el único modo de llegar a su conocimiento será la inscripción; pero al ser establecida por la Ley, ya existe una cognoscibilidad igual a la que pueda emanar del Registro de la Propiedad, ¿para qué, pues, una publicidad superpuesta?

= Habrá, por tanto, delimitaciones que afectando a la propiedad inmobiliaria y configurando su contenido, no revelen con signos indubitados la situación real de la finca delimitada, precisando de una publicidad registral. Así, por ejemplo, las delimitaciones emanadas de la Ley del Suelo y de los planes, normas, proyectos y ordenanzas de urbanización, no afectan por igual a todos los núcleos urbanos ni exteriorizan la situación especial en que se encuentra cada uno de los inmuebles en orden a las limitaciones derivadas de la Ley. Si el que adquiere tuviese *conocimiento efectivo* de la situación especial del inmueble (ya por su apariencia notoria, ya por sus circunstancias concretas, o por el contenido indubitado de lo que adquiere), bastaría con que a tal *conocimiento* se añadiese la *cognoscibilidad* de la Ley para que la inscripción proclamante de una propiedad libre, debiera ceder su puesto a la realidad. No sucediendo así, parécenos algo fuerte la redacción del artículo 45 de la Ley del Suelo cuando establece que «los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los planes, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma» (7).

= Pero habrá otras delimitaciones del dominio establecidas por la Ley que procedan de situaciones perfectamente conocidas por el adquirente y que, junto a ese conocimiento, la cognoscibilidad registral es sustituida por la legal:

— El adquirente del comunero no puede ignorar que lo adquirido es una cuota del dominio, ya que, precisamente, eso es lo que se le transmite, teniendo posibilidades de

(7) REGUERA SEVILLA, en *Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código civil y la Legislación Hipotecaria*, «A. A. M. N.», tomo XIV, critica en este mismo sentido a la Ley del Suelo.

conocer que toda titularidad indivisa se halla afectada en su transmisión por el ejercicio del retracto.

- Igual sucede con el adquirente de una rústica inferior a una hectárea.
- Lo mismo puede decirse del que adquiere una cuota hereditaria, sometida al retracto de comuneros.
- No digamos nada del adquirente del dominio útil o del directo: la situación de la finca, en su desmembración, no puede producir duda en el adquirente de la situación especial de la finca. Luego, las consecuencias de su adquisición son perfectamente cognoscibles.

Y es que para la seguridad del tráfico, no basta con una publicidad genérica (de núcleos urbanos o extensiones superficiales de terreno); se precisa de una publicidad especializada, concretada a esta o aquella parcela sobre la cual se ostenta una titularidad que se transmite o grava.

Cuanto acabamos de apuntar sirve, a nuestro modo de ver, para el derecho de opción que se enfrenta con un retracto legal: por muy inscrito que aquél estuviere, si las condiciones o circunstancias propias del inmueble o derecho no dejaren duda acerca de la situación especial de ambos, causa u origen de una delimitación (*conocimiento efectivo*), este conocimiento, unido a la *cognoscibilidad* determinada por la Ley, deberán vencer a la del Registro de la Propiedad.

2. Efectos de la inscripción al transcurrir el plazo concedido para la opción.

Habida cuenta de que el derecho del optante no es de duración indefinida, deberá ejercitarlo dentro del plazo que se le hubiere marcado; pero podría plantearse la duda de si ejercitado en tiempo oportuno sería inscribible el título por virtud del cual se adquiere del dominio de la cosa sometida a opción cuando llegase al Registro después de haber transcurrido el plazo de cuatro años que como máximo concede el Reglamento.

Conviene, al respecto, distinguir tres períodos o momentos en cuanto al ejercicio del derecho por parte del optante: uno, de actividad diligente; otro, de consecuencias, y otro, de publicidad.

1.º *La actividad diligente del optante.*

Consistirá en el requerimiento o puesta en conocimiento por quien tiene derecho de opción y ante el que la concedió de que el primero ejercita, dentro del plazo adecuado, el derecho que le fue concedido instando la transmisión de la cosa.

2.º *Consecuencias.*

Requerido por el optante, el concedente de la opción se allana o, no allanándose y oponiéndose a ello, es el Juez quien decide la transmisión a través de la correspondiente escritura pública.

3.º *Publicidad.*

Presentado el título al Registro y calificado por el Registrador, se procede a una nueva registración extendiéndose un asiento de inscripción a favor del optante.

Cuando el plazo concedido no se halla en vías de agotarse, poca trascendencia tiene la diferenciación de estos tres momentos; pero cuando ese plazo se va consumiendo y alguno de los periodos indicados queda fuera del mismo, se hace necesaria su distinción y su encuadre en el tiempo.

Nos parece que el momento esencial, determinante del ejercicio efectivo del derecho de opción, es el primero. Al optante se le concede un plazo para optar y dentro de ese plazo ha de realizar una actividad encaminada a la adquisición. Para asegurar la prueba, la puesta en conocimiento al concedente deberá hacerse ya por requerimiento notarial, ya judicialmente a través de acto de conciliación; pero necesariamente, dentro del plazo fijado de antemano.

Si se ejercitó en tiempo oportuno, poco importa que el título consecuencia (la transmisión), se demore más de la cuenta y sobrevenga cuando el plazo de cuatro años ha transcurrido; y menos aún importa que la inscripción se produzca después.

Empero, la registración tardía puede perjudicar al optante si el concedente dispone de su derecho. Una solución para el pri-

mero podría ser la de solicitar anotación preventiva de las del número 1.º del artículo 42 de la Ley, reclamando la propiedad de los bienes, siempre que su actividad se encamine por la vía judicial.

No habiéndose ejercitado la opción dentro de plazo, de acuerdo con las ideas anteriormente expuestas, se cancelará el derecho del optante por medio de una nota marginal, sin necesidad de su consentimiento, pudiéndose invocar el precepto contenido en el artículo 355 del Reglamento Hipotecario. La cancelación tendrá lugar: o a instancia del dueño de la finca, concedente en otro tiempo de la opción; o de oficio, cuando se transmita la finca o se practique alguna inscripción relativa a la misma.

JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA.

Registrador de la Propiedad.