

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7074 *Resolución de 26 de abril de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Castro-Urdiales, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por don J. L. A. E. y don J. I. H. E., actuando en nombre y representación de la sociedad «Gueñes Inversiones Inmobiliarias, S.L.», contra la nota de calificación de la Registradora de la propiedad de Castro-Urdiales, doña Marta Esperanza Casal Garmendia, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 20 de diciembre de 2018 por el notario de Bilbao, don Miguel Llorente Gonzalvo, la mercantil «Tenedora de Inversiones y Participaciones, S.L.» vendió y transmitió a la mercantil «Gueñes Inversiones Inmobiliarias, S.L.» las fincas registrales números 48.126 y 48.127 del Registro de la Propiedad de Castro-Urdiales. Dichas fincas se encontraban gravadas con un derecho de tanteo y retracto a favor de la compañía mercantil «Norcasa, Casas del Norte, S.A.» y de la compañía mercantil «Vizcaína de Edificaciones, S.A.», respectivamente, en los términos que constaban en los libros del Registro y que se transcribían en la escritura, respecto de los cuales manifestaba el representante de la sociedad vendedora que dicho derecho ha decaído por caducidad, solicitando su cancelación.

II

Presentada telemáticamente el día 20 de diciembre de 2018 dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Castro-Urdiales, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos:

Primero.—Que con fecha 20 de Diciembre de 2018 ha sido presentada telemáticamente bajo Asiento 159 del Diario 106, escritura autorizada el 20 de Diciembre de 2018 por el Notario de los de Bilbao, Don Miguel Llorente Gonzalvo,, número 2005/18 de su Protocolo, en la que se documenta el negocio jurídico de compraventa, acreditándose la liquidación del impuesto correspondiente con fecha 15 de Enero de 2019. Posteriormente se han presentado telemáticamente diligencias complementarias y rectificatorias de la citada escritura con fecha 23 de enero de 2019, 30 de enero de 2019 y 04 de febrero de 2019, respectivamente. Número de Entrada 8003/2018.

Segundo.—Que en dicha escritura la mercantil "Tenedora de Inversiones y Participaciones, Sociedad Limitada" vende y transmite a la mercantil "Gueñes Inversiones Inmobiliarias" las fincas 48126 y 48127 de Castro Urdiales.

Tercero.—Que las fincas objeto de la compraventa, registrales 48126 y 48127, se encuentran gravadas con un derecho de tanteo y retracto a favor de la Compañía mercantil "Norcasa, Casas del Norte, Sociedad Anónima" y de la compañía mercantil

"Vizcaína de Edificaciones, Sociedad Anónima", respectivamente, en los términos que constan en los libros del Registro y que se transcriben en la escritura.

En la escritura se manifiesta que se ha cumplido con la notificación pactada: "la parte vendedora manifiesta bajo su responsabilidad, a los efectos que procedan, que procedió a practicar notificación fehaciente por vía de burofax el día 05 de octubre de 2018, a ambas Mercantiles la intención de proceder a la venta de dichas parcelas por el precio aquí estipulado, habiendo transcurrido más de treinta días desde dicha notificación sin que por dichas mercantiles haya recibido respuesta ninguna".

No se incorpora a la escritura, ni se ha acompañado a la misma el burofax con su contenido.

Cuarto.—Que en la escritura que ahora se califica, respecto a los derechos de tanteo y retracto, manifiesta el representante de la Sociedad vendedora que dicho derecho ha decaído por caducidad, lo cual no es posible aplicar toda vez que nos encontramos ante un tanteo y retracto convencional y no ante un pacto de retro.

Fundamentos de Derecho:

En cuanto al primer defecto:

I. Se plantea en este caso si es admisible la notificación de la compraventa al titular del derecho de tanteo y retracto hecha por el vendedor a éste vía burofax.

Una de las características del burofax es el grado de fehaciencia que conlleva. Una notificación debe tener validez jurídica plena, esto es, ofrecer evidencias fehacientes necesarias para que estas sean aportadas como prueba en un proceso judicial. Tanto el burofax postal como el burofax electrónico de notificados son productos totalmente fehacientes pues permiten la constatación de Acuse de Recibo (fehaciencia de entrega) y de Certificación de Contenido (evidencia de contenido). Ahora bien, habrá de acreditarse la fehaciencia de la entrega y la evidencia del contenido para que el Registrador pueda calificar si el burofax cumple con los requisitos de fehaciencia y por lo tanto se ha dado cumplimiento exacto a las condiciones del tanteo y retracto pactadas.

En cuanto al segundo defecto:

II. En este caso, el representante de la Sociedad vendedora manifiesta que los derechos de tanteo y retracto que gravan las fincas objeto de la compraventa han decaído por caducidad conforme a lo dispuesto en el artículo 1.508 del Código Civil, puesto que al no pactarse plazo de duración alguno del ejercicio de dichos derechos de tanteo y retracto, se les aplica el plazo de caducidad de cuatro años previsto en dicho artículo, considerando que dichos derechos han caducado a día de hoy.

No es de aplicación el artículo 1.508 del Código Civil invocado y por lo tanto no se puede considerar la caducidad de cuatro años como aplicable al supuesto que nos ocupa ya que dicho artículo se refiere al pacto de retro y el derecho inscrito y que grava las fincas en un derecho de tanteo y retracto convencional y aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado entendió que ciertos preceptos del pacto de retro eran aplicables por analogía al retracto voluntario, lo cierto es que esta aplicación analógica fue rechazada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 03 de Abril de 1981, basándose en las diferencias existentes entre ambas figuras.

Es por lo expuesto que dichos derechos inscritos no podrán cancelarse en ningún caso por caducidad, sino que para su cancelación tendrá que prestar su consentimiento el titular de dichos derechos en otra escritura o documento auténtico, o en su caso, por sentencia firme contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, conforme a la previsto en el artículo 81 de la Ley Hipotecaria.

En su virtud,

Acuerdo, previo examen de los antecedentes del Registro y al amparo de lo dispuesto en el artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria, suspender la inscripción solicitada por los siguientes defectos, que se consideran subsanables:

1.º Manifestarse que se ha notificado de la compraventa documentada a los titulares de los respectivos derechos de tanteo y retracto vía burofax y no acreditarse la fehaciencia de entrega y la evidencia del contenido del mismo.

Dicho defecto podrá subsanarse mediante la acreditación de tales extremos.

2.º Solicitar la cancelación por caducidad de los derechos de tanteo y retracto en aplicación de los preceptos reguladores del pacto de retro cuando en realidad los derechos inscritos hacen referencia a un supuesto de tanteo y retracto convencional al que no se le puede aplicar tales preceptos por analogía.

Dicho defecto podrá subsanarse mediante la presentación de escritura de cancelación del derecho de tanteo y retracto en la que preste su consentimiento el titular del mismo, o sentencia judicial firme ordenando su cancelación.

– De conformidad con el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, se entiende prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de 60 días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere dicho artículo, en cuanto a lo no inscrito.

– Según el mismo artículo puede solicitarse anotación preventiva de suspensión del artículo 42.9 del mismo cuerpo legal.

– Contra el presente acuerdo de calificación (...)

Castro Urdiales, a 12 de Febrero de 2019 La Registradora de la Propiedad Fdo.–
Marta Esperanza Casal Garmendia.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. L. A. E. y don J. I. H. E., actuando en nombre y representación de la sociedad «Gueñes Inversiones Inmobiliarias, S.L.», interpusieron recurso el día 8 de marzo de 2019 en virtud de escrito y en base a los siguientes argumentos:

«Hechos:

Primero.–Otorgamiento de escritura pública de compraventa.

Mediante escritura pública de compraventa autorizada el 20 de diciembre de 2018 ante el Notario de Bilbao Miguel Llorente Gonzalvo con el número 2005 de orden de su protocolo la mercantil Tenedora de Inversiones y Participaciones, S.L., vendió a Gueñes Inversiones Inmobiliarias, S.L. dos fincas con la siguiente descripción y cargas:

(i) Descripción.–Solar 14, parcela edificable en Castro Urdiales, ubicada en el Plan Especial de Mejora del Medio Urbano del "Área de Planeamiento Diferido APD-2 de Castro Urdiales", de forma triangular que cuenta con una extensión superficial de mil ochocientos dos metros y veintiún decímetros cuadrados (1.802,21 m²): que linda: por Nordeste, con el vial "A"; por el Sudeste, con la parcela resultante 15: por el Oeste, con acceso que le separa del límite de la Unidad.

Inscripción.–Registro de la Propiedad de Castro Urdiales, al tomo 631, libro 528 de Castro Urdiales, folio 200, finca número: 48.126, inscripción 8.^a

Cargas.–Gravada con derecho de tanteo y retracto a favor de la Compañía Mercantil "Norcasa, Casas del Norte, Sociedad Anónima"; la Compradora "Tenedora de Inversiones y Participaciones, Sociedad Limitada" otorga a la Vendedora "Norcasa, Casas del Norte, Sociedad Anónima" un derecho de tanteo sobre la finca de este número que se ejercerá en los términos que se describen a continuación: en caso de que la Compradora encontrase un tercero interesado en adquirir la finca y así se lo comunicase

a la Vendedora de forma fehaciente, en dicha comunicación deberá incluir el precio que la Compradora hubiese acordado para la compraventa, y que será el que libremente ésta haya pactado con el posible tercer adquirente. A partir de la fecha de la comunicación, y durante treinta días naturales, "Norcasa, Casas del Norte, Sociedad Anónima", así como, en su caso, la sociedad de su Grupo empresarial designada al efecto, no hubiere hecho uso de su derecho, abonando el precio pactado a "Tenedora de Inversiones y Participaciones, Sociedad Limitada" ésta quedara libre para vender al tercero interesado la finca objeto de la presente escritura de compraventa, en los términos comunicados a "Norcasa, Casas del Norte, Sociedad Anónima".

(ii) Descripción.—Solar 15, parcela edificable en Castro Urdiales, ubicada en el Plan Especial de Mejora del Medio Urbano del "Área de Planeamiento Diferido APD-2 de Castro Urdiales", de forma trapezoidal, que cuenta con una extensión superficial de mil ochocientos dieciocho metros y noventa y seis decímetros cuadrados (1.818,96 m²); y linda: por el Noroeste, con la parcela resultante 14; por el Nordeste, con vial «A»; por el Sur y Este, con el vial «M»; y por el Sudoeste, con acceso que le separa del límite de la Unidad.

Inscripción.—Registro de la Propiedad de Castro Urdiales, al tomo 631, libro 528 de Castro Urdiales, folio 41, finca número: 48.127, inscripción 5.^a

Cargas.—Gravada con derecho de tanteo y retracto a favor de la Compañía Mercantil "Vizcaína de Edificaciones, Sociedad Anónima"; la Compradora "Tenedora de Inversiones y Participaciones, Sociedad Limitada" otorga a la Vendedora "Vizcaína de Edificaciones, Sociedad Anónima" un derecho de tanteo sobre la finca de este número que se ejercerá en los términos que se describen a continuación: en caso de que la Compradora encontrase un tercero interesado en adquirir la finca y así se lo comunicase a la Vendedora de forma fehaciente, en dicha comunicación deberá incluir el precio que la Compradora hubiese acordado para la compraventa, y que será el que libremente ésta haya pactado con el posible tercer adquirente. A partir de la fecha de la comunicación, y durante treinta días naturales, "Vizcaína de Edificaciones, Sociedad Anónima", así como, en su caso, la sociedad de su Grupo empresarial designada al efecto, no hubiere hecho uso de su derecho, abonando el precio pactado a "Tenedora de Inversiones y Participaciones, Sociedad Limitada" ésta quedará libre para vender al tercero interesado la finca objeto de la presente escritura de compraventa, en los términos comunicados a "Vizcaína de Edificaciones, Sociedad Anónima". (...)

Segundo.—Caducidad de los derechos de tanteo y retracto.

En el apartado relativo de las cargas de la Escritura de Compraventa referida en el apartado anterior, "Tenedora de Inversiones y Participaciones, Sociedad Limitada" en su condición de vendedora manifestó que los derechos de tanteo y retracto, habían decaído por caducidad, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1.508 del Código Civil, para que se cancelasen.

En concreto, se dispuso lo siguiente: "Respecto a los derechos de tanteo y retracto contenidos en las notas simples informativas antes mencionadas manifiesta el representante de la Sociedad vendedora, que dicho derecho ha decaído por caducidad conforme a lo dispuesto en el artículo 1.508 del Código Civil, puesto que en las escrituras en virtud de las cuales se pactaron estos derechos de tanteo y retracto ante el Notario de Vitoria Don Luis Pérez de Lazárraga Villanueva el día 22 de Diciembre de 2008, bajo los números: 1.241 y 1.242, respectivamente, al no pactarse plazo de duración alguno del ejercicio de dichos derechos de tanteo y de retracto, se les aplica el plazo de caducidad de cuatro años previsto en dicho artículo, considerando tanto la parte vendedora como la parte compradora, que dichos derechos han caducado al día de hoy".

Tercero.—Calificación negativa de la Registradora de la Propiedad.

El 20 de diciembre de 2018 se presentó telemáticamente la Escritura de Compraventa, ante el Registro de la Propiedad de Castro Urdiales, bajo el asiento 159,

del diario 106, con el número de entrada 8003/2018, acreditándose la liquidación del impuesto correspondiente. Posteriormente se han presentado telemáticamente diligencias de complementarias y rectificatorias de la citada escritura con fecha de 23 de enero de 2019, 30 de enero de 2019 y 4 de febrero de 2019, respectivamente.

Por nota de calificación de 12 de febrero de 2019 del Registro de la Propiedad de Castro Urdiales se acuerda suspender la inscripción solicitada y denegar la cancelación de los derechos de tanteo y retracto por caducidad.

En síntesis, la Sra. Registradora razona que los derechos inscritos "hacen referencia a un supuesto de tanteo y retracto convencional" y que, respecto a ellos, no se puede aplicar el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 1508 del Código Civil, ya que "dicho derecho se refiere al pacto de retro y el derecho inscrito y que grava las fincas es un derecho de tanteo y retracto convencional y aunque la Dirección General de los Registros y Notariado entendió que ciertos preceptos del pacto de retro eran aplicables por analogía al retracto voluntario, lo cierto es que esta aplicación analógica fue rechazada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de abril de 1981, basándose en las diferencias existentes entre ambas figuras".

Fundamentos de Derecho:

Primero.—Sobre la doctrina del Tribunal Supremo sobre el plazo de caducidad de los derechos de tanteo y retracto convencionales y su aplicación al caso.

La primera razón por la que se interpone el presente recurso es porque no se comparte el criterio expresado en la Calificación recurrida en punto a la posibilidad de que se apliquen a los derechos de tanteo y retracto convencionales que gravan las fincas registrales 48.126 y 48.127 de Castro Urdiales el plazo de caducidad de 4 años. Asimismo, se discrepa de las conclusiones que se extraen de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1981 que, además, en modo alguno fija la posición del alto tribunal sobre esta cuestión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1981 aludida como único fundamento de la decisión no rechaza la aplicación del plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1508 del Código Civil a los derechos de tanteo y retracto convencionales (que es como se califican por la resolución recurrida), sino a un supuesto completamente distinto planteado a raíz del otorgamiento de una escritura de división de una finca en la que uno de los comuneros otorgaba un derecho de adquisición preferente al otro. Y, precisamente, es esta circunstancia la que motiva la inaplicación. El Tribunal Supremo argumenta que el artículo 1508 del Código Civil se encuentra dentro de la sección dedicada al retracto convencional y que, dado que el caso de autos no supone «una venta y posterior recuperación en virtud del derecho reservado», se concluye que el artículo 1508 del Código Civil «no tiene analógica aplicación» porque el bien fue adjudicado «en escritura de división de bienes». En suma, considera que no hay razón para trasladar a los acuerdos alcanzados por unos comuneros las reglas del pacto de retro que se incardinan en la compraventa, amén de que los efectos y condiciones pactadas eran distintas a las del retracto convencional.

Trascribimos, el considerando de la sentencia del Tribunal Supremo en el que se aborda esta cuestión para su contraste por esta Dirección:

"Considerando que, por el contrario, es de estimar el motivo primero, toda vez que, según expone la recurrente, como fundamento del mismo, la resolución impugnada hace una indebida aplicación del artículo 4,1.º, del Código Civil, porque al declarar caducado y extinguido el indicado derecho de adquisición preferente pactado en la cláusula sexta de la escritura pública de 12 de mayo de 1915. lo hace utilizando la 'analogía legis', generalizando las disposiciones concretas de los artículos 1.289 y 1.508 del Código Civil ala invocada relación jurídica de adquisición preferente, sin que para ello se cumplan los requisitos exigidos por el meritado artículo 4,1.º, del Código Civil, y concretamente la identidad de razón expresada por el principio 'ubi eadem ratio, ibique eadun legis

dispositivo', de una parte debido a que la normativa del artículo 1.289,1.º, del Código Civil de que 'si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses', se trata de una mera regla de interpretación, tendente simplemente a que en los contratos onerosos la duda se resuelva en favor de la mayor reciprocidad de intereses; y de otra parte a causa de que el artículo 1.508 del Código Civil, que se encuentra dentro de la sección dedicada al retracto convencional, al suponer una venta y una posterior recuperación en virtud del derecho reservado, no tiene analógica aplicación al supuesto de autos por su naturaleza, al no existir compraventa del señor Valentín al señor José Ignacio, ni por tanto puede hablarse de recuperación de un terreno, que precisamente fue adjudicado a dicho señor Ferratges en escritura de división de bienes; por sus efectos, dado que en tanto el retracto convencional supone la obligación de reembolso al comprador el precio de la venta, los gastos del contrato y los necesarios y útiles hechos por el comprador, en el supuesto de autos se parte del supuesto de que los sucesores del señor José Ignacio paguen al vendedor la cantidad de 250 pesetas; y por las condiciones de su nacimiento, por la sencilla razón de que mientras en el retracto convencional el derecho puede ejercitarse durante todo el plazo contractual o legal establecido, por la simple voluntad del contrayente; por el contrario, la acción que corresponde según el pacto a los sucesores del señor José Ignacio nace no por mera voluntad de éste, sino en el caso de que la parcela en cuestión sea enajenada o se pretenda enajenar a persona distinta del propio señor Valentín o de su esposa, por lo que, en todo caso, por consecuencia de la teoría de la 'actio nata' en manera alguna podría aplicarse en cuanto al derecho de adquisición preferente apreciado en la cuestión planteada la situación de caducidad derivada del plazo de diez años, como tampoco el de cuatro, que establece el artículo 1.508 del Código Civil, ya que producida en el 4 de agosto de 1968 la venta de la precitada parcela objeto de la presente controversia y que es determinante de la posibilidad de acogerse al indicado derecho de adquisición preferente, y en consecuencia cuando ese derecho nace, formulada la demanda poniendo en ejercicio tal derecho mediante escrito fechado el 22 de junio de 1969, proveída a trámite en 14 de julio siguiente, no ha transcurrido ni un año, y por tanto no puede producirse caducidad con base en la referida normativa del artículo 1.508 del Código Civil."

Anticipándonos a posibles objeciones, debemos apuntar que la DGRN llega a una conclusión similar en su resolución número 5067/2014, de 10 de abril. Rechaza que el plazo de caducidad de 4 años pueda aplicarse analógicamente a un retracto "voluntario" en el que se había establecido un plazo de 20 años, pues cuando los términos son claros, no hay razón para coartar la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, en el caso que motiva la interposición del recurso no sucede nada de eso. Los derechos de adquisición preferente cuya cancelación se pretende tienen su origen en sendas escrituras de compraventa otorgadas en 2008 y no contemplan un plazo (...) por lo que a sensu contrario y aplicando el mismo razonamiento del Tribunal Supremo, debe admitirse la aplicación analógica y supletoria del plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1508 del Código Civil pues surgen de una compraventa y no se establece un plazo para su ejercicio.

Por otra parte, la Calificación concluye que estamos en presencia de «derechos de tanteo y retracto convencionales» para los que el Tribunal Supremo tiene declarado de forma constante que se les aplica supletoriamente ese plazo, pudiéndose citar a título ilustrativo los siguientes pronunciamientos:

(i) Sentencia de 8 de marzo de 1951. "Que el retracto convencional castellano y la carta de gracia catalana coinciden esencialmente en su origen y finalidad, pues ambos proceden del pacto romano de 'retrovendendo', aunque con características especiales tanto en Castilla como en Cataluña, y ambos van encaminados a facilitar al vendedor la recuperación de lo vendido, mediante la devolución del precio, gastos y mejoras al comprador, pero se diferencian las dos figuras jurídicas en que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil, el derecho de retracto convencional durará como máximo diez o cuatro años, según exista o no pacto expreso de duración, mientras que

el derecho de luir y quitar, ejercitada primitivamente con gran amplitud en el tiempo, puede mantenerse vivo durante treinta años, según doctrina jurisprudencial que aplica a la acción de retraer la prescripción genérica establecida en el 'Usage Omnes Causae', señalando también los autores otra diferencia más diluida y menos justificada consistente en que el precio de la venta a carta de gracia o empenyament suele ser inferior hasta en dos tercios al valor real de lo vendido, circunstancia que ordinariamente no concurre en el retracto convencional, pero aparte estas diferencias, no constituye norma distintiva la simulación de venta donde realmente sólo hay un préstamo lícito con garantía real, ni la mayor o menor propensión de que la venta encubra un ilícito préstamo usurario, es tampoco nota distintiva, pues una y otra circunstancia se dan igualmente en las dos instituciones, que honestamente vividas llenan una finalidad útil en la esfera de la contratación, y viciadas frecuentemente por la usura son reprobadas y sancionadas por la ley".

(ii) Sentencia número 961/2002, de 23 de octubre de 2002:

"El art. 1507 dice que tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el art. 1518 y lo demás que se hubiese pactado. Según la jurisprudencia consiste en un convenio por el que la persona que enajenó el dominio de una cosa en virtud de un contrato de compraventa, se reserva el derecho a recuperarla devolviendo al otro contratante la suma recibida y los gastos consignados (S. 17 marzo 1997 [RJ 1997, 1980]); se trata en definitiva de un pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa (S. 26 diciembre de 1984). Son notas características: a), que su ejercicio dependa de la simple voluntad del vendedor (SS. 28 diciembre 1984 [RJ 1984, 6298] y 25 abril 1992 [RJ 1992, 3413]) -a su iniciativa unilateral, SS. 3 abril 1981 (RJ 1981, 1477) y 17 marzo 1997 (RJ 1997, 1980) -, por lo que no concurre tal requisito en los supuestos de operatividad de condición resolutoria expresa (casos de las Sentencias de 28 de diciembre de 1984 [RJ 1984, 6298] y 17 marzo 1997 [RJ 1997, 1980]); b), que consista en un derecho a retraer o recuperar, no a adquirir de nuevo, y por faltar esta nota de readquisición no se consideró retracto convencional el supuesto examinado en la Sentencia de 25 de abril de 1992 (RJ 1992, 3413); c), que el derecho se ejercite durante el plazo contractual o legal marcado (art. 1508, SS. 3 abril 1981 [RJ 1981, 1477], 12 mayo 1992, 17 marzo 1997 [RJ 1997, 1980]), pues en otro caso se produce irremisiblemente el fenecimiento del retracto convencional y el comprador adquiere de modo irrevocable el dominio de la cosa vendida por caducidad del derecho a recuperarla (S. 26 enero 1952 [RJ 1952, 275]); y, d), satisfacción de las prestaciones del art. 1518 CC (arts. 1057 y 1509; Sentencia 19 septiembre 1997 [RJ 1997, 6409]).

Parando mientras en el supuesto del pleito, se observa que según la Sentencia recurrida no hay derecho real 'por no aparecer los requisitos para ello', pero no dice nada más. Para el demandado no hay retracto convencional porque 'no hay precio, ni plazo, de manera que no se daban las condiciones exigidas por el art. 1508 del Código Civil'. Sin embargo, debe advertirse que tanto uno como otro, a falta de pacto, los establece la Ley (arts. 1507 y 1509 en cuanto a la contraprestación pecuniaria de la readquisición, y 1508, párrafo primero, en cuanto al precio)".

Por tanto, si como dice la Calificación los derechos inscritos "hacen referencia a un supuesto de tanteo y retracto convencional", han nacido en el seno de unos contratos de compraventa y no se ha fijado un plazo de vigencia para los derechos, debe entenderse necesariamente que el plazo que debe aplicarse es el de 4 años previsto en el artículo 1508 del código civil.

Si se llegara a una conclusión distinta respecto a la naturaleza del derecho y que, en realidad no estamos ante un "derecho de tanteo y retracto convencional", sino voluntario, nacido de la autonomía de la voluntad negocial, la conclusión sería idéntica, pues no se pacta un plazo de vigencia para el derecho y, en virtud del principio de especialidad y determinación registral (artículos 9 y 21 de Ley Hipotecaria y concordantes) nuestro sistema registral no admite los gravámenes perpetuos. Para la atribución del carácter real a los derechos de tanteo la DGRN (véanse por todas la Resoluciones del 20

septiembre 1966, 6 de marzo de 2001 y la núm. 2473/2016, de 18 de febrero de 2016) precisa que la autonomía de la voluntad se atempere "a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente" y "la determinación precisa de los contornos del derecho real lo que, entre otros presupuestos, demanda que el plazo de duración del derecho (que es distinto de que se pacte para su ejercicio) quede delimitado y que no sea indefinido y que se establezcan las consecuencias de su incumplimiento".

Por tanto, siendo el establecimiento del plazo requisito sine qua non habría que concluir: (i) o bien que los acuerdos alcanzados en las escrituras de 2008 no tienen carácter real (título nulo) y, por ende, no son oponibles a terceros al carecer de eficacia "erga omnes"(ii) o que se les aplica supletoria o analógicamente el plazo previsto en el artículo 1508 del Código Civil, pues ante su ausencia, debe acudir necesariamente a alguna regulación supletoria que colme la indefinición.

Respecto a la legitimación del vendedor para instar la cancelación de oficio de los derechos, resulta de aplicación la regla octava del artículo 210 de la Ley Hipotecaria que dispone que: "podrán cancelarse directamente, a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación del expediente, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales v cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento".

Las escrituras de compraventa en las que se constituyeron los derechos se otorgaron el 20 de diciembre de 2008 y, en consecuencia, el plazo de 4 años para el ejercicio de los derechos expiró el 20 de diciembre de 2012 y la caducidad se puede instar cuando hayan transcurrido 5 años desde el 20 de diciembre de 2012, es decir, desde el 20 de diciembre de 2017.

Por las razones expuestas, procede se estime el presente recurso, que se revoque y deje sin efecto dicha calificación y que se ordene la cancelación por caducidad de los derechos de tanteo y retracto que gravan las fincas registrales 48.126 y 48.127 de Castro Urdiales.

Segundo.—La caducidad del derecho hace innecesaria la subsanación del defecto relativo a la notificación de la compraventa.

Estando acreditado que los derechos de tanteo y retracto que gravan las fincas han caducado no resulta exigible la notificación de la compraventa a los titulares de los derechos y, por tanto, la subsanación exigida respecto a este particular es también innecesaria y debe revocarse».

IV

Notificada la interposición del recurso a don Miguel Llorente Calvo, notario de Bilbao, como notario autorizante del título calificado, hizo alegaciones entendiéndose que la escritura de compraventa ha de ser inscrita por las siguientes razones:

«1.º) La transmisión del dominio se produce en virtud de la tradición instrumental operada por el otorgamiento de una escritura pública de compraventa (art. 1462 del Código Civil).

Un eventual derecho de tanteo, cualquiera que sea su naturaleza, no es obstáculo para la transmisión del dominio en escritura pública, sino sólo a que dicho derecho despliegue sus efectos respecto a la transmisión proyectada o, en su caso, a consecuencia de la ya efectivamente practicada. Lo mismo se entiende respecto a los derechos de retracto.

No poder transmitir un bien viene derivado de la existencia sobre el dominio de una prohibición de disponer.

Tanto los derechos de tanteo como los derechos de retracto se encuadran en la categoría de derechos de adquisición preferente. Son instituciones de naturalezas distintas a las prohibiciones de disponer y con distinta regulación.

Un derecho de adquisición preferente puede comprender una prohibición de disponer solamente si ésta cumple los requisitos para que dicha prohibición surta efecto.

Para que la prohibición de disponer impida transmitir, es necesario configurarla con carácter real.

De los asientos registrales no se detecta que se haya configurado una prohibición de disponer con carácter real dentro del derecho de tanteo que consta inscrito registrales. Las prohibiciones de disponer deben configurarse efectivamente como tales y con carácter real. Prueba de no se configuró una prohibición de disponer en las escrituras de venta que sirvieron como ante título otorgadas ante el Notario de Vitoria Gasteiz don Luis Pérez Lizarraga Villanueva, de fecha 22 de diciembre de 2008 con los números 1241 y 1242 de su protocolo, es que no se establece una prohibición de disponer de las fincas sino un derecho de tanteo. Tampoco resulta de las actas de inscripción en los asientos que se inscriban prohibiciones de disponer alguna.

El derecho de tanteo y retracto sólo puede contener una prohibición de disponer si configura dicha prohibición de disponer expresamente, ya que el dominio se presume libre y sobre el dominio no puede imponerse derecho real o limitación de facultades si no se constituye expresamente y con los requisitos necesarios para su oponibilidad erga omnes derivada de su naturaleza real.

En las inscripciones registrales relativas al derecho de tanteo sobre cada una de las dos fincas de referencia no se constituye expresamente una prohibición de disponer que impida con la mera existencia del derecho de tanteo, la transmisión onerosa de los inmuebles se hayan cumplido o no los requisitos del derecho de tanteo.

La prueba de que el derecho de tanteo inscrito en las fincas registrales de referencia no contiene una prohibición de disponer está primero en que el asiento habla, quizá impropia como luego apuntaré, de «derecho de tanteo y retracto», y no de «derecho de tanteo y retracto y prohibición de disponer». Y no menciona a la prohibición de disponer, por los siguientes motivos:

– primero, porque no se configuró como tal prohibición en los títulos de los que la inscripción tomó causa, esto es, las escrituras de compraventa autorizadas por el Notario de Vitoria-Gasteiz don Luis Pérez Lizarraga Villanueva, de fecha 22 de diciembre de 2008 con los números 1241 y 1242 de su protocolo, de los que no resulta prohibición expresa de disponer como consecuencia si no se cumplía lo pactado en el derecho de tanteo;

– segundo, porque, siguiendo los estrictos términos del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no pueden acceder al Registro de la Propiedad prohibiciones de disponer contenidas en contratos no comprendidos en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria. O lo que es lo mismo, no pueden acceder al Registro de la Propiedad prohibiciones de disponer constituidas en contrato oneroso. Sólo podría haber accedido prohibición de disponer constituidas a causa de un acto o contrato gratuito (dejando aparte las legales, judiciales y sucesorias).

En los asientos registrales de los derechos de tanteo no se menciona la causa de la adquisición de dichos derechos de tanteo. Según el artículo 1277 del Código Civil, aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. Ahora bien, la presunción de la causa de eventual la prohibición de disponer no excluye su licitud, así como del cumplimiento de los requisitos para su acceso al Registro de la Propiedad, para ser controlada por el Registrador.

Ello nos lleva a analizar el origen de los derechos de tanteo en las fincas de referencia, tal y como resultan tanto de las antes dichas escrituras de Vitoria-Gasteiz don Luis Pérez Lizarraga Villanueva, de fecha 22 de diciembre de 2008 como de los propios asientos registrales practicados a causa de ellas. Detecto una disyuntiva: si se constituyó

el derecho de tanteo a título oneroso, una eventual prohibición de disponer implícita o contenida en dicho derecho no podría haber accedido al Registro de la Propiedad ex artículo 27 de la Ley Hipotecaria; si se constituyó el derecho de tanteo a título gratuito, una eventual prohibición de disponer implícita o contenida en dicho derecho sí podría haber accedido al Registro, pero el Registrador tendría que haber consignado en los asientos los elementos esenciales para practicarlo, esto es la causa gratuita del contrato que constituyó la eventual prohibición de disponer. No hay rastro de causa gratuita alguna en los asientos registrales de los derechos de tanteo. No puede haberlo: si se hubiere constituido como gratuita la causa (a fin de su acceso al Registro de la Propiedad constituida como tal prohibición de disponer) tendría que haberse manifestado como tal en los títulos de compraventa que los originaron a fin de que el Registrador al calificar, hubiere podido calificar los requisitos de capacidad y de forma que exige la Ley; si se hubiere constituido como onerosa la causa de una eventual prohibición de disponer, ésta no podría haber accedido al Registro de la Propiedad conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

Pero, confrontando el contenido de las inscripciones del derecho de tanteo con la cláusula cuarta de las escrituras del Notario de Vitoria don Luis Pérez Lizarraga Villanueva, de fecha 22 de diciembre de 2008 números 1241 y 1242 de su protocolo, es similar la reproducción en cada texto (salvo la titulación del derecho en donde la escritura dice "derecho de tanteo" las inscripciones dicen "derecho de tanteo y retracto", que no es baladí, como apuntaré). Esto significa que el Registrador calificó e inscribió un derecho de tanteo y retracto y no tuvo en cuenta una prohibición de disponer, porque si la hubiere tenido en cuenta la prohibición de disponer, hubiere calificado e inscrito o, como entiendo yo, suspendido por no mencionarse en las escrituras la causa de dicha eventual prohibición de disponer.

La prueba final que el Registrador no inscribió una prohibición de disponer contenida en el derecho de tanteo inscrito, es que, como he dicho, en su labor calificadora entendió comprendido el derecho de retracto en la cláusula cuarta de las escrituras del Notario de Vitoria don Luis Pérez Lizarraga Villanueva, de fecha 22 de diciembre de 2008, cláusulas en las que sólo se titula y menciona el derecho de tanteo. Si el sr. Registrador entendió que había derecho de retracto, entonces es que concibió posible la venta de las fincas para por medio del eventual retracto, resolver las mismas. La mera previsión de un derecho de retracto excluye una prohibición de disponer. O dicho de otro modo, si hubiere posibilidad de resolver una venta en escritura pública por el ejercicio de un derecho de retracto en tiempo y forma, entonces es que la transmisión del dominio se ha producido ex artículo 1.462 CC y no hay prohibición de disponer.

Así entiendo yo, que no figurando en el acta de inscripción de los asientos del derecho de tanteo, mención ninguna a una prohibición de disponer, la adquisición de las dos fincas registrales números 48.127 y 48.126 debe inscribirse, puesto que su comprador "Gueñes Inversiones Inmobiliarias, S.L.", es protegido del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en lo que se refiere a una eventual prohibición de disponer obstativa a la transmisión del dominio que no consta inscrita como tal.

2.º) Al hilo de la causa del derecho de tanteo que impide la inscripción de la compraventa, éste argumento también es pertinente en orden a la revisar la constitución misma de los eventuales derechos de tanteo sobre las fincas de referencia y su relación con las prohibiciones de disponer.

Según el artículo 1275 del Código Civil, los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

En los contratos en virtud de los cuales se adquirieron los eventuales derechos de tanteo, esto es las escrituras del Notario de Vitoria don Luis Pérez Lizarraga Villanueva, de fecha 22 de diciembre de 2008 números 1241 y 1242 de su protocolo, se separa conscientemente las compraventas de lo que se denomina el otorgamiento por parte de la entonces compradora (Tenedora de Inversiones y Participaciones, S.L.) a la entonces vendedora (Vizcaina de Edificaciones, S.A. o Norcasa, Casas del Norte, S.A. respectivamente), de un derecho de tanteo sobre cada finca transmitida.

A este respecto, apunto:

Uno.—No se dice la contraprestación a cambio de la cual la compradora otorga a las vendedoras dichos derechos de tanteo sobre las fincas.

Dos.—No se dice si el otorgamiento de dichos derechos es gratuito. Si fuere gratuito, no podría haber accedido al Registro de la Propiedad, puesto que la gratuidad en la constitución de un derecho ha de manifestarse expresamente y justificarse como tal, máxime cuando la constituyente de dicho derecho, la entonces compradora es una mercantil, y las mercantiles no pueden hacer actos de naturaleza gratuita puesto que son contrarios al ánimo de lucro inherente al contrato de sociedad, salvo tasadas excepciones o con acuerdo de Junta General de Socios que así lo autorice. Si hubiere tratado de una donación de un derecho de tanteo, requerirá acuerdo de Junta General de Socios en todo caso, y sin ese acuerdo de socios el derecho de tanteo mismo sería nulo por ser contrario al objeto social y a las exigencias de forma del artículo 633 del Código Civil, discutiéndose además que el adquirente pudiere ser considerado de buena fe.

Tres.—Si ante lo que estamos es ante un derecho de tanteo constituido con una causa compleja dentro de un contrato oneroso de compraventa que lo envuelve, entonces sería lo mismo que admitir que transmisión del dominio y constitución del derecho de tanteo están de alguna manera ligados entre sí. Si están ligados entre sí, caben dos opciones, o que tienen transmisión de dominio y constitución de derecho de tanteo cada uno su propia causa onerosa (pero ello no se refleja en las escrituras en ningún modo) o que transmisión de dominio y constitución de derecho de tanteo participan ambos de la misma causa del contrato entero instrumentado en cada escritura.

Esto último a mí entender es lo más adecuado, pues entiendo que no se habrían constituido los derechos de tanteo sin la transmisión de las propiedades de las fincas. Las cláusulas cuartas de dichas escrituras son consustanciales a la total escritura, y tienen como fin la recuperación por parte de los vendedores de las fincas por ellos transmitidas. Una segunda oportunidad para el que vende la finca. De los asientos del registro, en lo que se refiere al derecho de tanteo se sigue hablando en reiteradas ocasiones de la «sociedad vendedora» y de «sociedad compradora» por lo que hay ligazón entre ambos derechos, a nivel de causa de los contratos. Y siendo la causa de la compraventa de tipo oneroso, razón de más para excluir cualquier atisbo de prohibición de disponer.

Sin embargo, debo señalar que el mecanismo que los entonces vendedores y comprador de las fincas de referencia, la constitución por el segundo en favor de los primeros de un derecho de tanteo, en la misma escritura de compraventa y habiendo causa compleja y ligazón aparente entre ambas figuras, aproxima la figura a la reserva por el vendedor de un derecho de tanteo sobre la finca que transmite gravada. Y la diferencia es importante, puesto que si del asiento del registro resultase que estamos ante un *constitutum possessorium* de ese derecho de tanteo, entonces caeríamos en una figura que nos aproxima a la reserva del derecho de recuperación de la cosa vendida que preconiza el artículo 1507 del Código Civil. La mención al *constitutum possessorium* no es gratuita: el artículo 6.4 del CC, persigue los actos en fraude de Ley, que no evitarán la aplicación de la ley que hubiere tratado de eludirse. El fraude ha de probarse, y yo no lo presumo. Pero en todo caso la calificación que hayan dado los otorgantes al contrato y su clausulado no pueden contravenir, aunque no haya fraude, las normas Imperativas y los límites legales. Así la separación de la transmisión del dominio por un lado y la constitución del derecho de tanteo por otro, pero instrumentado todo ello en la misma escritura y con ligazón causal onerosa, como hemos visto es un indicio de *constitutum possessorium* o reserva por parte del vendedor de ese derecho de tanteo. Si eso es así, bien podría aplicársele los límites temporales de caducidad legal del artículo 1508 del Código Civil, y por lo tanto proceder a su cancelación registral de oficio conforme al artículo 210.octavo de la Ley Hipotecaria, si es que consideramos lo inscrito como un derecho de tanteo y retracto convencional.

Frente a esto último, cabría objetarse que el artículo 1508 del Código Civil sólo es aplicable a los supuestos de retracto convencional, entendido como pacto de retroventa, o derecho a recuperar la cosa vendida por mera voluntad del que la vendió y con pago del precio de venta. Frente a esto cabe objetarse varias cosas.

Uno.—Del contenido de los artículos 1507 a 1520, en los que la expresión pacto de retroventa o pacto de retro sólo se emplean dos veces, mientras que el fin práctico busca el artículo 1507 que define el retracto convencional es la recuperación por parte del vendedor de la cosa que vendió. No se habla en ese artículo que necesariamente haya que resolver una venta posterior, pese a que el artículo 1506 del CC habla expresamente de resolución de ventas. De hecho, la Ley contempla la resolución de venta posterior la del comprador a un tercero en el artículo 1510 del CC. Y tampoco dice el artículo 1507 Cc, que el hecho detonante de poder recuperar la cosa vendida deba exclusivamente depender de la voluntad del vendedor: puede pactarse, teniendo en cuenta el artículo 1255 del CC y el propio 1507, que habla de cumplir lo demás que se hubiere pactado. La regulación del artículo 1507 al 1520 debe ser imperativa en cuanto afecte al tráfico jurídico dentro de sus caracteres esenciales, esto es, el efecto de que la cosa vendida vuelva a entrar a su patrimonio de la cosa vendida, los efectos de recuperar la cosa en cuanto pueda perjudicar a terceros (por eso el artículo 1510 y su mención a la Ley Hipotecaria o el art. 1520) y en lo que se refiere a la duración del tiempo del derecho, puesto que no se admiten gravámenes perpetuos sobre los inmuebles más allá de los específicamente previstos por la Ley (servidumbres perpetuas).

Recuperación del bien, tiempo acotado y protección a terceros, son por tanto, límites imperativos de cualquier modalidad de derecho por la que el vendedor se reserve la facultad de recuperar la cosa vendida. Que recupere por su sola voluntad "ad nutum" o mediando la voluntad de vender a otro del comprador gravado, puede ser sujeto a pacto en el momento de constituir el derecho, puesto que si los artículos 1507 y siguientes del CC excepcionan por previsión legal el artículo 1256 en favor de una de las dos partes (el vendedor) éste tendrá derecho a rebajar el privilegio que le da la Ley de resolver ventas en favor del comprador para reequilibrar el sinalagma contractual, pues no es contra la moral ni tampoco es renuncia que perjudique a terceros, si le dan a uno la oportunidad de recupera la finca que el otro pueda decidir cuando la vende. Que resuelva su propia venta o que solamente resolviendo la venta del sub adquirente, el vendedor inicial recobre el bien, puede ser también sujeto a pacto, mediante condiciones y supuestos limitando lo primero y manteniendo lo segundo. Que recupere el bien pagando el precio que pagó o un precio superior o un precio inferior, también puede ser sujeto a pacto, pues no es esencial que reciba igual precio y podría justo y equitativo tanto el ser beneficioso y lucrativo recibir más precio como justo el recibir menos precio. Que el precio lo fije el comprador cuando lo quiera vender a tercero tampoco es esencial, no es contrario a la moral ni al orden público, si por ejemplo la cosa vale más que el precio que pagó, que el vendedor ceda al comprador la fijación del precio recuperación del bien a causa de la transmisión del bien a un tercero, incluso podría ser más adecuado al orden público, puesto que no fosiliza un precio que se pagó por la cosa que haga injusto al comprador desprenderse de la cosa recibiendo una cifra de dinero depreciada en valor por la inflación dinero habida cuenta del principio nominalista del valor del dinero que rige nuestro sistema jurídico fije su precio. Que se fije un sistema de notificaciones o plazos de contestación o ejercicio del derecho u otro, no es determinante, siempre que no se salga de los límites temporales de vigencia del derecho previstos en el artículo 1508.

Por ello, aunque un sector de la doctrina hable de un mal llamado retracto convencional al pacto de retroventa, la reserva por *constitutum possessorium* de un derecho de tanteo y retracto por parte de un vendedor, junto con el carácter altamente dispositivo de la normativa estudiada, hace que sea una tesis entendible, el aplicar los plazos de caducidad legal del artículo 1.508 del Código Civil, a los derechos de tanteo y retracto convencionales, y por lo tanto a la modalidad de derecho de tanteo contenida en las inscripciones registrales de referencia y que, en el orden sustantivo hayan ya

caducado por el transcurso de diez años, por no haberse fijado plazo de duración de dichos derechos ni en los títulos ni en las inscripciones.

3.º) Pero, sabiendo que la visión de los derechos de tanteo y retracto convencionales ha sufrido evolución interpretativa, y por si acaso la interpretación, clásica, que acabo de exponer, no sea compartida por el Centro Directivo, añadiré otra argumentación.

Que si la sección 1.ª «Del retracto convencional», del Capítulo VI, del Título IV del Código Civil, es mal llamada «Del retracto convencional» por versar sobre el pacto de retro o retroventa, entonces es que su contenido es ley especial, y por lo tanto no se puede aplicar analógicamente su regulación a supuesto alguno que no esté previsto en ella. Por ello, si no fuese posible aplicar su regulación a los derechos de tanteo y retracto convencionales, éstos quedarían sin más apoyo legal en los territorios de derecho común (Castro Urdiales) que la autonomía de la voluntad artículo 1255 Ce y artículo 2 de la LH, y por lo tanto deberían someterse a sus requisitos para la constitución como verdaderos derechos reales en escritura pública.

De esta manera, fallando alguno de los requisitos para constituirse como derecho real, los derechos de tanteo y retracto convencionales serían de carácter personal o meramente obligacional, teniendo eficacia Ínter partes solamente, y no pudiendo acceder al Registro de la Propiedad o decayendo como ocurre con una mera mención en caso de que por error hubiesen accedido al Registro.

Y siguiendo esta tesis, señalo:

–Que los derechos de tanteo referidos tienen deficiencias en la causa del contrato o estipulación en virtud de la cual se han creado, no figurando claramente expresada la causa por las razones antes indicadas tan extensamente en mis anteriores argumentaciones.

–Que no se ha señalado un tiempo para la duración de dicho derecho. Si no se acepta la aplicación del artículo 1508, como término legal, entonces, siendo un derecho cuya vida puede ser indeterminada, y no habiendo causa legal que lo ampare o justifique, entonces no puede ser considerado como derecho real.

El plazo de treinta días no es el plazo de duración del derecho de tanteo, sino el plazo de ejercicio del derecho. El derecho de tanteo permanecería latente pero vivo, no sería una mera expectativa. Nace cuando se firmó la escritura de la cual resulta, en 22 de diciembre de 2008, y aunque la posibilidad de ser ejercido dependa de la voluntad de vender a otro del comprador, el vendedor sí tiene un derecho, que de ser real puede incluso inscribirlo y gozar de preferencia registral en su caso. Incluso proteger su derecho conforme se infiere del artículo 1121 del Código Civil. La prueba de ello es que en las escrituras del referido Notario de Vitoria Gasteiz y en los asientos registrales se dice que la compradora otorga a la vendedora un derecho de tanteo sobre la finca transmitida, que lo constituye, o sea que existe, si bien, continúa diciendo que a partir de la fecha de la comunicación [...] gozará de un derecho de adquisición preferente, lo que es lo mismo, que podrá ejercer su derecho en plenitud beneficiándose de todos sus plenos efectos.

Ahora bien, si no se ha fijado plazo de duración del derecho de tanteo ya nacido pero latente, y si su ejercicio depende de la exclusiva voluntad del comprador inicial, entonces es potencialmente perpetuo, circunstancia no admisible pues es contraria al principio de no amortización de la propiedad y al carácter temporal de los derechos reales, tal y como se desprende entre otros del artículo 785 y del 781 del Código Civil. El no fijar plazo de duración del derecho es contrario al carácter real del derecho.

–En cuanto a la eficacia erga omnes del derecho de tanteo como requisito indispensable para su naturaleza real. En este caso revelo lo que yo entiendo una discrepancia entre las escrituras del Notario de Vitoria- Gasteiz don Luis Pérez Lizarraga Villanueva, de fecha 22 de diciembre de 2008 con los números 1241 y 1242 de su protocolo, y los asientos registrales practicados por las citadas escrituras: en las escrituras se dice en la estipulación cuarta.–Derecho de tanteo a favor de la Vendedora,

y en el resto del clausulado, se lee todo el rato «derecho de tanteo», pero en ningún caso se menciona la palabra «retracto». En cambio, en el asiento registral se mencionan varias veces de forma conjunta «derecho de tanteo y retracto».

Son dos instituciones diferentes, el derecho de tanteo y del retracto, que aunque en muchas ocasiones conectadas, no necesariamente tienen que ir una junto a otra. Por ejemplo, en los retractos legales del código civil (artículo 1.521 y siguientes) no se prevé el tanteo sino sólo el retracto, luego el que a uno le ofrezcan primero a comprar no es en esos casos obligación ni derecho, sino sólo el retraer, resolviendo la venta ex artículo 1.506 CC, y una vez resuelta, subrogándose en las mismas condiciones de oferta.

Si el retracto puede tener existencia propia, también lo puede tener el tanteo.

Entonces el que adquiere no de la Ley sino por acuerdo entre partes, no puede recibir más de lo que se le transmite según su pacto. Si pactó tanteo, adquiere tanteo. Si pactó tanteo más la facultad de retraer mediante un retracto, entonces adquiere retracto también. Pero si no lo pactó, no.

En las estipulaciones cuartas se hace referencia a que, a partir de la fecha de la comunicación, y durante 30 días naturales cada vendedora así como en su caso cualquier sociedad de su Grupo empresarial, que ésta designe, gozará de un derecho de adquisición preferente y podrá comprar la finca abonando a Tenedora de Inversiones y Participaciones, S.L. la cantidad señalada en la comunicación como precio de venta. Esa expresión de «gozará de un derecho de adquisición preferente», no puede entenderse en ningún caso como que tiene un derecho de retracto. Así el derecho de tanteo es un derecho de adquisición preferente, en la fase precontractual respecto del titular del predio que lo sufra, como así está en los asientos y en las escrituras, pero no por ello lo convierte necesariamente en un derecho de retracto. Derecho de tanteo es una especie dentro de la categoría de derechos de adquisición preferente, categoría que es cierto que puede englobar otras clases de derechos de adquisición preferente, pero para adquirir tales derechos reales limitados, hay que pactar expresamente su constitución.

Por tanto, si no hay pactado la facultad de resolver ventas celebradas por vía de derecho de retracto convencional, ¿sigue siendo el derecho de tanteo un derecho real? Estimo que tal y como está configurado en la escritura pública, no. Si no se dice expresamente que si no se respeta el derecho de tanteo sí puede resolverse la venta posterior, entonces es que no tiene eficacia real el derecho de tanteo constituido, pues no persigue a la finca allí donde estuviere pues no resolvería la ulterior venta puesto que no es una facultad extraída expresamente del pleno dominio, que se presume libre.

Y la mención en las escrituras y en la inscripción de que si pasados los treinta días no hubiere hecho uso de su derecho abonando el precio pactado a Tenedora de Inversiones y Participaciones, SL, ésta quedará libre para vender al tercero interesado la finca objeto de la presente escritura de compraventa, en los términos comunicados, no es fundamento de un derecho de retracto, puesto que no se anuda consecuencia resolutoria ni rescisoria alguna al hecho, no previsto textualmente, de vender por precio diferente o a persona diferente. La expresión quedará libre para vender al tercero interesado, comprende también la venta sin incumplimiento de derechos obligacionales, no necesariamente reales. Por lo tanto, entiendo que los términos que figuran en los asientos registrales discutidos, pueden estar reflejando derechos de tanteo y retracto de naturaleza obligacional esto es personal, no real, lo que, conforme a la Legislación Hipotecaria, cabría su cancelación según el artículo 98 de la Ley Hipotecaria».

V

El Registrador emitió informe el día 19 de marzo de 2019, manteniendo la calificación recurrida, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1508 del Código Civil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1981 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966, 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 14 de junio de 2010 y 4 de julio y 8 de noviembre de 2018.

1. Se debate en el presente recurso si es inscribible una escritura de compraventa respecto de dos fincas que según Registro están gravadas con un derecho de tanteo, en el que no se fija plazo de duración. En concreto la compradora «Tenedora de Inversiones y Participaciones, S.L.» otorga derecho de tanteo en favor del vendedor que se ejercerá en los términos que se describen a continuación: «en caso de que la Compradora encontrase un tercero interesado en adquirir la finca y así se lo comunicase a la vendedora de forma fehaciente, en dicha comunicación deberá incluir el precio que la compradora hubiese acordado para la compraventa, y que será el que libremente ésta haya pactado con el posible tercer adquirente. A partir de la fecha de la comunicación, y durante treinta días naturales, si la vendedora así como, en su caso, la sociedad de su Grupo empresarial designada al efecto, no hubiere hecho uso de su derecho, abonando el precio pactado a «Tenedora de Inversiones y Participaciones, Sociedad Limitada» ésta quedara libre para vender al tercero interesado la finca objeto de la presente escritura de compraventa, en los términos comunicados».

Entienden los recurrentes que ese derecho de tanteo ha caducado dado el transcurso del plazo previsto en el artículo 1508 del Código Civil para la venta con pacto de retro. El Registrador considera que no cabe solicitar la cancelación por caducidad de los derechos de tanteo y retracto en aplicación de los preceptos reguladores del pacto de retro cuando en realidad los derechos inscritos hacen referencia a un supuesto de tanteo y retracto convencional al que no se le puede aplicar tales preceptos por analogía. Considera que el defecto podrá subsanarse mediante la presentación de escritura de cancelación del derecho de tanteo y retracto en la que preste su consentimiento el titular del mismo, o sentencia judicial firme ordenando su cancelación. El notario autorizante en su informe considera que el derecho de tanteo no debió haberse inscrito, por tener alcance puramente obligacional.

2. Los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria) por lo que no puede pronunciarse este Centro Directivo sobre la procedencia de haberse inscrito un derecho de tanteo convencional sin fijación de plazo (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Debe recordarse, no obstante, la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria).

Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la transcendencia «*erga omnes*» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras).

Entre ellas deberá estar la de respetar la necesaria fijación de la duración de los derechos reales limitados, salvo que excepcionalmente se admitan con carácter indefinido como ocurre con las servidumbres prediales.

Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Del análisis del elevado número de Resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real ha recibido sanción legal hace pocos años en la legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales.

Como criterio de interpretación de estos requisitos ha afirmado igualmente este Centro Directivo que el citado principio 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 contuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que al amparo de este criterio de libertad se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quede sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal.

En este sentido, se puede afirmar que, si bien en la mayoría de las ocasiones el que un derecho sea real o personal depende de la voluntad del legislador (si impone una obligación pasiva universal ordenando a todos que respeten un derecho, lo modela como real, y si no la impone, lo reduce a personal), en relación con otros supuestos, precisamente a causa de su atipicidad, hay que entender que el legislador ha transferido esta facultad a las propias partes contratantes, que podrán constituir el correlativo derecho como personal o como real, siempre que se cumplan las exigencias estructurales propias de los derechos de esta naturaleza, según antes se ha indicado (v.gr. en relación con el derecho de opción de compra ex artículo 14 del Reglamento Hipotecario).

Respecto de los derechos de adquisición preferente, ya en la Resolución de 20 de septiembre de 1966 este Centro Directivo admitió la posibilidad de que los derechos de tanteo y retracto voluntarios sean configurados por las partes contratantes en el título de su constitución como un verdadero y propio derecho real. Se discutía con ocasión de la citada Resolución la posibilidad de inscribir en el Registro ciertos pactos en los que las partes establecían sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de parcelas. Esta Dirección General, tras recordar que no dejan de ser frecuentes en la práctica del tráfico jurídico-inmobiliario la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio (como ya previene el artículo 467 del Código Civil respecto del usufructo o el 594 en relación con la servidumbre), añade que ello obliga a «extremar el cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de «*numerus apertus*», tradicionalmente seguida por este Centro (...) no es dable ampliar el 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».

Más recientemente ha vuelto este Centro Directivo a expresar la necesidad de que la constitución de un derecho de tanteo o retracto voluntario que pretenda tener carácter real se configure como tal en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto. Y así en la Resolución de 6 de marzo de 2001, en un supuesto en el que se

solicitaba la inscripción de un título en el que se pactaba un derecho de adquisición preferente similar al tanteo, pero en el que no se decía que tuviera carácter real, ni se establecía que sería inscribible, ni se expresaban las consecuencias del acto para el caso de que se realizara la venta contraviniendo la notificación pactada, afirma dicha Resolución que «para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. arts. 609, 1.462.2 y 1.464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia «erga omnes», que es una característica esencial del derecho real». Queda con ello completado el conjunto de características y requisitos que se exigen para la configuración como real de estos derechos atípicos de preferente adquisición, incluyendo su configuración expresa como tales o estableciendo estipulaciones que indirectamente, pero de forma clara, permitan colegir la naturaleza real del derecho constituido por prever expresamente los efectos propios de tales derechos para el caso de su contravención.

Esta misma línea de apertura en favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales se observa en la jurisprudencia. Y así junto con determinados casos en que ha calificado el correlativo derecho como un derecho de carácter personal u meramente obligacional, que por tanto sólo se podía ejercitar «inter partes» y no frente a terceros, para quienes era «res inter alios», y en consecuencia no tienen el deber jurídico de soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del contrato que dio vida a los citados derechos (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 y 16 de diciembre de 2004), por el contrario admite en otros casos el carácter y eficacia real del derecho, como ocurrió en los supuestos de las Sentencias del Alto Tribunal de 29 de abril de 2005 y 22 de abril de 2008. En esta última se condensa la doctrina jurisprudencial en la materia con una nítida admisión del carácter real de ciertos derechos de retracto voluntarios, derechos que son los «procedente[s] de la voluntad de las partes y se constituye como derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Ha sido estudiado por la doctrina, aplicado en la práctica y reconocido jurisprudencialmente en sentencia de 29 de abril de 2005, como dice, literalmente, derecho tiene carácter real y es oponible erga omnes dado lo dispuesto en los artículos 2, números 1.º y 2.º y 37.3.º de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria en cuanto permiten su inscripción registral».

Debe tenerse en cuenta que, como afirmó esta Dirección General en la Resolución de 14 de junio de 2010, en un sistema registral de inscripción, como es el nuestro, en que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro, sino un extracto de los mismos («expresión circunstanciada», dispone el artículo 51.6.ª del Reglamento Hipotecario, que refleje la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba), es evidente que la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Como ha expresado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Más recientemente, este Centro Directivo en la Resolución

de 25 de febrero de 2015, considera que «(...) el principio de especialidad o determinación (...), según el cual sólo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho real inscrito,(...), sin que el Registrador pueda hacer deducciones o presunciones, ya que la oscuridad de los pronunciamientos registrales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad del tráfico porque quien consultase los asientos del Registro no podría conocer por los datos de los mismos cuál es el alcance, contenido y extensión del derecho inscrito».

Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. El poder de configuración de nuevos derechos reales basado en la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene en este sentido dos límites, uno negativo y otro positivo. En razón del primero, como señaló la citada Resolución de 14 de junio de 2010 recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite «el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado». O como afirma la Resolución de 4 de marzo de 1993, y ha reiterado recientemente la de 19 de diciembre de 2013, en este ámbito la autonomía de la voluntad «tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.».

Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para lograr el amparo registral (cfr. artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales -cfr. Resolución de 10 de abril de 2014-.

3. Estamos por tanto ante una figura de tanteo convencional inscrito, en base al principio de «*numerus apertus*» que no se identifica totalmente con el pacto de retro en la venta a carta de gracia por lo que no se le puede aplicar, salvo que se hubiera así pactado expresamente, el plazo de caducidad previsto en el artículo 1508 del Código Civil. Será por tanto aplicable la previsión del artículo 210.1, regla octava, de la Ley Hipotecaria, según la cual «podrán cancelarse directamente, a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación del expediente, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento. Las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, podrán igualmente cancelarse a instancia de cualquier interesado cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía. Del mismo modo, a instancia de persona con interés legítimo, los asientos relativos a censos, foros y otros gravámenes de naturaleza análoga, establecidos por tiempo indefinido, podrán ser cancelados cuando hayan transcurrido sesenta años desde la extensión del último asiento relativo a los mismos». Mientras no concurren tales plazos

la cancelación del derecho de tanteo y retracto convencional no podrá producirse por caducidad y deberá acudirse a la regla general de escritura pública en la que preste su consentimiento el titular registral del derecho o sus causahabientes, o vía sentencia firme en procedimiento dirigido contra él (artículo 82 de la Ley Hipotecaria).

4. Ahora bien, una cosa es la imposibilidad de cancelar por caducidad el derecho de tanteo convencional tal como está inscrito (hay que insistir sin posibilidad de pronunciamiento sobre la procedencia de su inscripción sin sujeción a plazo, dado que están los asientos bajo salvaguardia judicial) y otra cosa bien distinta es concluir que la existencia del derecho de tanteo tal como está configurado impide la inscripción de la compraventa presentada a inscripción. Como señala el notario autorizante en su informe, tanto los derechos de tanteo como los derechos de retracto se encuadran en la categoría de derechos de adquisición preferente y no impiden la transmisión salvo que se hubiera pactado alguna limitación dispositiva al respecto, de manera que salvo que expresamente se convenga (en los casos de origen convencional) -cosa que no ocurre en el supuesto de hecho de este expediente- o la ley expresamente lo disponga (así ocurre en determinados tanteos y retractos legales) no producen el cierre registral de la transmisión efectuada, sino que tan sólo determinan la preferencia en la adquisición por parte del titular del derecho, lo que mediante la inscripción se hace oponible a terceros adquirentes del inmueble.

En conclusión, aunque se mantenga la vigencia del derecho de tanteo convencional inscrito, y no sea posible su caducidad, nada impide la inscripción de la compraventa efectuada, arrastrando la carga, siempre que se cumplan con las previsiones pactadas en el derecho de tanteo inscrito entre ellas la notificación fehaciente al titular del tanteo y retracto convencional.

5. No entra este Centro Directivo en el otro defecto de la nota de calificación, relativo a la forma de practicarse las notificaciones al titular del tanteo, dado que el recurrente sólo se centra en la caducidad del derecho (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria) que como se ha visto no es aplicable, aunque no cierra el Registro. El Registrador admite que tanto el burofax postal como el burofax electrónico de notificados son productos totalmente fehacientes pues permiten la constatación de acuse de recibo (fehaciencia de entrega) y de certificación de contenido (evidencia de contenido). Ahora bien, habrá de acreditarse la fehaciencia de la entrega y la evidencia del contenido para que el Registrador pueda calificar si el burofax cumple con los requisitos de fehaciencia y por lo tanto se ha dado cumplimiento exacto a las condiciones del tanteo y retracto pactados.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación en los términos resultantes de los anteriores pronunciamientos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de abril de 2019.-El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.