

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8685 *Resolución de 4 de mayo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Getafe n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa.*

En el recurso interpuesto por doña María del Pilar López-Contreras Conde, notaria de Madrid, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Getafe número 1, doña Isabel María Maldonado Vilela, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 7 de julio de 2021 por la notaria de Madrid, doña María del Pilar López-Contreras Conde, con el número 1.876 de protocolo, se vendió una finca sita en Getafe gravada, según constaba en nota simple informativa protocolizada en la misma, con el «derecho de tanteo y retracto establecido a favor de la Empresa Municipal del Suelo y de la Vivienda de Getafe, S.A., por un plazo de diez años a contar desde el día veinticuatro de enero de dos mil ocho».

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la propiedad de Getafe número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Calificado el precedente documento, presentado bajo el Asiento 268 del Diario 277, no se accede a la inscripción solicitada, por adolecer del siguiente defecto:

La finca registral 48.135 sección 1.^a de este Registro, la cual se transmite en la escritura de compraventa que se califica, se encuentra gravada con derechos de Tanteo y Retracto a favor de la Empresa Municipal del suelo y de la vivienda de Getafe SA, por un plazo de 10 años desde el día 24.01.2008. Dichos derechos caducarían transcurridos 5 años más desde su vencimiento; (crf [sic] art. 177 del RH).

No se incorpora a la copia que se califica el escrito de renuncia de la EMSV de Getafe SA, a dichos derechos.

No se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada.

Contra esta calificación (...)

Getafe, 24 de enero de 2022 La registradora Doña Isabel María Maldonado Vilela Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Isabel María Maldonado Vilela registrador/a de Registro Propiedad de Getafe 1 a día veinticinco de enero del dos mil veintidós.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña María del Pilar López-Contreras Conde, notaria de Madrid, interpuso recurso el día 9 de febrero de 2022 en virtud de escrito y en base a los siguientes argumentos:

«Hechos

I. (...)

II. Tal como resulta de la propia simple informativa protocolizada en la escritura, los citados derechos de tanteo y retracto han caducado.

III. En la escritura se ha solicitado la inscripción parcial.

IV. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Getafe, se suspende la inscripción por los siguientes motivos:

“Calificado el presente documento, presentado bajo el asiento 268 del Diario 277, no se accede a la inscripción solicitada por adolecer del siguiente defecto:

‘La finca registral 48.135 sección 1.^a de este Registro, la cual se transmite en la escritura de compraventa que se califica, se encuentra gravada con derechos de tanteo y retracto a favor de la Empresa Municipal del suelo y de la vivienda de Getafe, S.A.», por un plazo de 10 años desde el día 24.01.2008. Dichos derechos caducarían transcurridos 5 años desde su vencimiento; (cfr art. 177 del RH).

No se incorpora a la copia que se califica el [sic] escritura de renuncia de la EMSV de Getafe, S.A., a dichos derechos’.”

La calificación es contraria a Derecho y a la doctrina de esta Dirección General por carecer de fundamentos y motivación jurídica, y la registradora incurre en error en la calificación.

Fundamentos de Derecho.

Primero. La registradora incurre en error en su calificación.

Por lo que resulta del propio Registro de la Propiedad y de la nota simple protocolizada en la escritura de compraventa y contrariamente a lo expresado en la nota de calificación (“Dichos derechos caducarían transcurridos 5 años más desde su vencimiento”), los derechos de tanteo y retracto han caducado, porque han transcurrido el plazo de diez años a contar desde el día 24 de enero de 2008 por el que fueron constituidos.

Es decir, si consta en el Registro que los citados derechos se constituyeron el día 24 de enero de 2008 y tienen una duración de diez años (plazo de caducidad), los derechos se extinguieron el día 24 de enero de 2018.

Otra cosa es que no haya transcurrido el plazo de cinco años establecido en los arts. 210-octava y 177 del Reglamento Hipotecario, para la cancelación registral por caducidad, que vencerá el día 24 de enero de 2023 (por la proximidad de esta fecha se solicita en la escritura la cancelación por caducidad; bastará que el comprador presente el título cuando llegue el día para que cancelen el tanteo y retracto).

Por tanto, la calificación es errónea, ya que la registradora confunde el plazo de caducidad del derecho con el plazo para la cancelación del asiento por caducidad.

Segundo. La calificación carece de motivación y fundamentación jurídica.

1.º La calificación negativa deber ser motivada.

La registradora es un funcionario público inserto en una organización administrativa, ejerce su función pública sujeto a dependencia jerárquica de esta Dirección General, y habida cuenta de la naturaleza esencialmente administrativa del acto de calificación registral, ésta debe ser motivada. (RDGRN 13 de noviembre de 2006).

Las resoluciones administrativas deben ser motivadas (art. 35 Ley 39/2015, de 1 de octubre, y STS de 3 de diciembre, rec. 451/2001), obligación que expresamente consagra el art. 19.2 bis de la Ley Hipotecaria:

“...La calificación negativa, incluso cuando se trate de inscripción parcial en virtud de solicitud del interesado, deberá ser firmada por el Registrador, y en ella habrán de constar las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica de las mismas, ordenada en hechos y fundamentos de derecho, con expresa indicación de los medios de impugnación, órgano ante el que debe recurrirse y plazo para interponerlo, sin perjuicio de que el interesado ejercite, en su caso, cualquier otro que entienda procedente.”

La exigencia de motivación está directamente relacionada con el art. 1.1 de la Constitución española y con el carácter vinculante que para las Administraciones públicas tiene la ley, a cuyo imperio están sometidas en el ejercicio de sus potestades (arts. 103.1 de la CE y 3.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público; 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.)

La motivación se funda en la necesidad de evitar la arbitrariedad de la Administración y de que el interesado pueda conocer el fundamento, circunstancias y motivos por las que se adoptó una decisión, contradecir las razones del acto, apreciar si la Administración ha respetado los límites que la ley impone a los poderes públicos e interponer los correspondientes recursos.

La motivación del acto administrativo se considera un derecho subjetivo del administrado conectado con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa (STS de 12 de mayo de 1999 y 25 de junio de 1999): el administrado debe conocer las circunstancias o motivos del acto que le interesa, y por ello la motivación debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y defensa de sus intereses. Es también una garantía frente a la arbitrariedad que pudiera darse en las decisiones administrativas (comprobar que la decisión no se toma arbitrariamente sino fundada y razonadamente), y medio para que se pueda combatir la fundamentación del acto. Por ello, la motivación debe ser expresa, permitiendo al administrado articular su defensa, y lo suficientemente amplia para exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que no está reñido, como afirman las Sentencias del Tribunal Constitucional [sic] números 109/1996 y 26/1997, “con la brevedad y concisión” (cfr. también la STC 108/2001).

Existe abundante jurisprudencia sobre la exigencia constitucional de la motivación:

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 43/1997, de 10 de marzo: “Es doctrina constante de este tribunal que la exigencia constitucional de motivación, dirigida en último término a excluir de raíz cualquier posible arbitrariedad, no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos y circunstancias del asunto debatido, sino que se reduce a la expresión de las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, su ratio decidendi (SSTC 14/1991, 28/1994, 145/1995, y 32/1996, entre otras muchas)”

Sentencia número 88/2021, de 19 de abril de 2021. Sala Segunda TC. Recurso de amparo 1683-2020. “d) Este tribunal, de modo reiterado, ha declarado que ‘el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los jueces y tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2, y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras muchas). Asimismo, hemos dicho que la motivación de las resoluciones

judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquellas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3, y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2, y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6) (por todas, las SSTC 8/2021, de 25 de enero, FJ 3, y 12/2021, de 25 de enero, FJ 3, como las más recientes).

También ha declarado este tribunal que ‘...lo que, en todo caso, si garantiza el art. 24.1 CE es el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en Derecho, exigencia que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exegesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad (por todas, STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 4). Pero también hemos declarado en multitud de ocasiones que una resolución judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurre en tal orado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. En estos casos, ciertamente excepcionales, este tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (por todas, SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, y 133/2013, de 5 de junio, FJ 5, entre otras muchas)’ (STC 46/2020, de 15 de junio, FJ 3).

En términos similares, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 63/2001, de 15 de marzo: ‘...no se puede soslayar nuestra postura respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones, que, si bien ‘no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero si comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones.

Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión: y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia.

Esto es, que no puede considerarse cumplida esta exigencia de fundamentación jurídica con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que la decisión adoptada debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad.

No basta, pues, con una apariencia de motivación: además es preciso que la misma tenga contenido jurídico y no resulte arbitraria, de tal modo que una resolución judicial podrá tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no sea expresión de la administración de justicia, sino simple apariencia de la misma, por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o de un proceso deductivo irracional o absurdo (entre otras, recogiendo reiterada doctrina, SSTC 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 3; 16/2016,

de 1 de febrero, FJ 5, y 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 5)' (STC 38/2018, de 23 de abril, FJ 4).

A ello debe añadirse que 'el artículo 24 CE no solo comporta para el justiciable la garantía de obtener una resolución fundada en Derecho, sino que, correlativamente, impone a los jueces, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, el sometimiento al imperio de la ley (SSTC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8, y 66/2011, de 16 de mayo, FJ 5), al ser esta última la expresión de la voluntad popular y un principio básico de todo sistema democrático (por todas, SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9, y 1/2017, de 16 de enero, FJ 3).

En efecto, siendo la primacía de la ley (art. 117.1 CE) un factor determinante del legítimo ejercicio de la función jurisdiccional (STC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2), una de las garantías consustanciales a todo proceso judicial es, precisamente, que la ley aplicable al caso no pueda ser, en ningún supuesto, inaplicable o preterida, sin el previo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad mediante una resolución motivada ante este tribunal (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 LOTC (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16, y 66/2011, FJ 6, ente tantas otras)' (ibidem)..."

La Dirección General de los Registros y el Notariado, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ha abordado la cuestión de lo que se ha dado en llamar "administrativización" de la calificación del registrador, la necesidad de motivación y la sanción derivada de una calificación huérfana de motivación, sentando en numerosas resoluciones la siguiente doctrina:

Resolución de 17 de octubre de 2005: A tal efecto, resulta interesante destacar que las innovaciones introducidas en el procedimiento registral por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (RCL 2001, 3248), y que supusieron la modificación de numerosos preceptos de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886), tuvieron por objeto la aplicación a dicho procedimiento de las mínimas garantías que cualquier administrado ha de disfrutar ante una Administración cuando se relaciona con ella; así, debe recordarse una vez más, que los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, son Administración a estos efectos. Por ello, se modificó la Ley Hipotecaria en el sentido de exigir, por ejemplo, que la calificación negativa se motivara (párrafo segundo del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria), de modo que en dicha calificación se hicieran constar íntegramente las causas suspensivas o denegatorias y su motivación jurídica ordenada en hechos y fundamentos de derecho.

Resulta palmario, por tanto, que el Legislador pretendió aplicar a la calificación del Registrador las mismas exigencias que pesan sobre cualquier órgano administrativo cuando dicta un acto administrativo, pues es evidente el paralelismo existente entre dicho artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y, por ejemplo, los artículos 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 103.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (RCL 2003, 2945), General Tributaria.

En consecuencia, lo primero que procede destacar es que sobre el Registrador pesa el deber ineludible de motivar su calificación cuando es de carácter negativo, pues su consecuencia no supone sino la denegación de un derecho del ciudadano –Inscripción del hecho, acto o negocio jurídico documentado en el título–. Por ello, deben exigirse al funcionario calificador, en orden al cumplimiento de su deber de motivar la calificación, las mismas exigencias y requisitos que a cualquier órgano administrativo y que se resumen, esencialmente, en dos: la denominada tempestividad (esto es, que sea oportuna en tiempo) y la suficiencia de la motivación ofrecida.

La tempestividad significa que el único momento en que el Registrador debe exponer la totalidad de sus argumentos es el de la calificación. La Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886), al igual que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), no permite que se pueda motivar la calificación o el acto administrativo en un momento ulterior; al Registrador le está vedado, pues, trasladar su motivación, la exposición razonada de las causas en que funda su decisión, a un trámite procedimental

posterior, como puede ser el informe que preceptivamente debe emitir cuando se recurre su calificación y, por mantenerla, eleva el expediente a esta Dirección General (...).

El segundo requisito que ha de tener la motivación es su suficiencia. Esta Dirección General, en las Resoluciones antes citadas, ha acotado qué debe entenderse por suficiencia de la calificación negativa, con plena aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha interpretado tanto el artículo 43 de la venerable Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (RCL 1958, 1258, 1469 y RCL 1959, 585), como el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el presente caso, aun cuando la excesiva parquedad de los fundamentos de derecho expresados en la calificación impugnada pudiera llevar a la conclusión de su insuficiente motivación, con la lógica consecuencia de la anulación de la calificación y la devolución del expediente a la funcionaria calificadora, para que ésta volviera a calificar el título presentado cumpliendo con la exigencia de motivación, lo cierto es que según viene admitiendo este Centro Directivo, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, cabe decidir sobre el fondo del recurso cuando la integridad del expediente así lo permita (Sentencias de 3 de octubre de 1988, 30 de diciembre de 1989 y 2 de marzo de 1991): todo ello, en aras de evitar una dilación innecesaria, con el consiguiente daño al interesado en la inscripción.

Esta Dirección General, visto el expediente del recurso, entiende que procede resolver el fondo de la cuestión, si bien no se va a tener en consideración el contenido del referido informe del Registrador, en cuanto incluye verdadera motivación de la calificación negativa. En caso contrario, esta misma Dirección General estaría admitiendo que un funcionario de ella dependiente calificara intempestivamente un título sometido a calificación..."

Resolución de 14 de abril de 2010: "...Segundo. Como ha sostenido anteriormente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el 'Vistos') cuando la calificación del Registrador sea desfavorable lo más adecuado a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente es que, al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998 y 22 de marzo de 2001). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial todos los argumentos en que el Registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de todos los hechos y razonamientos aducidos por el Registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso. También ha mantenido esta Dirección General (vid. Resolución de 25 de octubre de 2007) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de dos Resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que ese precepto es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

Tercero. Siendo así que en el presente supuesto la nota de calificación es totalmente insuficiente, pues se remite exclusivamente a una Resolución de esta Dirección General que se refiere principalmente a suelo urbano, siendo el objeto del recurso de carácter rústico, no puede confirmarse la calificación. pues, dada su insuficiencia, se produciría indefensión en el recurrente.

Cuarto. Llegados a la conclusión anteriormente expresada, resulta innecesario entrar en el examen del segundo de los problemas enunciados."

Resolución de 20 de julio de 2006: "...no se puede olvidar que las modificaciones introducidas en la normativa hipotecaria desde la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, hasta

la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, han tenido como objeto administrativizar el proceso de calificación y la actuación de los funcionarios calificadores en garantía de quien pretende inscribir un título en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles.

En efecto, el Legislador ha optado claramente por entender que la actuación calificadora de los Registradores no es un acto de jurisdicción voluntaria, o un 'tertium genus' entre el procedimiento administrativo y el de jurisdicción voluntaria, sino que participa de los caracteres propios de una función pública cuyo ejercicio ha de sujetarse al régimen jurídico propio de actuación de las Administraciones Públicas. En suma, aun cuando el funcionario calificador no dicte actos administrativos, sin embargo, su calificación no puede sino ser considerada un acto de Administración –porque proviene de un funcionario público (artículo 274 de la Ley Hipotecaria) titular de una oficina pública, como es el Registro (artículo 259 de la Ley Hipotecaria)– basado en Derecho Privado y, desde esa perspectiva, sujeto a las reglas generales de elaboración de cualquier acto administrativo.

Por ello, y por citar diferentes ejemplos, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en la configuración del recurso frente a la calificación negativa optó por tomar como modelo el recurso de alzada previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, demostrando de ese modo que el Registrador en el ejercicio de su función está sujeto a dependencia jerárquica de esta Dirección General. Por esa misma razón, el artículo 322 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria ordena que se apliquen a la notificación de la calificación negativa los requisitos de la notificación del acto administrativo (artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya citada); por idéntica razón, el artículo 327, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria aplica las previsiones del artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; y, por último y de enorme transcendencia, el párrafo segundo del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria ordena la forma de efectuar la calificación negativa y exige su motivación tomando como clara referencia el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Pues bien, la elevación de rango normativo del contenido del artículo 15 del Reglamento del Registro Mercantil, producida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, aplicándolo tanto a Registros de la Propiedad, como Mercantiles, no es sino una muestra más de esa progresiva administrativización del funcionamiento de los Registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles y de la misma función calificadora, iniciada con claridad en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre...

...la infracción del apartado octavo del artículo 18 del Código de Comercio y párrafos quinto a séptimo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, conlleva que la calificación así practicada esté viciada, pues se ha producido con infracción de las normas que rigen la formación de voluntad del órgano calificador. Se podría afirmar, si se (ratara de un acto administrativo que debe dictarse por un órgano colegiado, que se habría producido tal acto con infracción de las 'reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados' –artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre–. En suma y prima facie, no cabría sino proclamar la nulidad de la calificación que se efectúa prescindiendo o al margen de lo dispuesto en el apartado octavo del artículo 18 del Código de Comercio o de los párrafos quinto a séptimo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria...

Ahora bien, por lo que se refiere a las consecuencias de dicha infracción, debe advertirse que, precisamente en beneficio del recurrente, lo que procede no es la sanción de nulidad 'ipso iure', que implicaría que esta Dirección General debería limitarse a devolver el expediente al Registro para que se retrotrajeran las actuaciones y se diera cumplimiento estricto a lo dispuesto en el artículo 18.8 del Código de Comercio; retroacción que, según las circunstancias del caso de que se trate, pudiera acarrear perjuicios al interesado, añadidos a los evidentes que ya ha padecido como consecuencia de la necesidad de tener que recurrir ante este Centro Directivo. Es más, si –como acontece en el presente caso– en el tiempo transcurrido entre la calificación

indebidamente practicada y la resolución del recurso frente a dicha calificación se hubiera subsanado el defecto invocado por el Registrador, nos encontraríamos ante el contrasentido de retrotraer un expediente para que se calificara un título ya inscrito, pues el artículo 18.8 del Código de Comercio tan sólo exige al funcionario a quien corresponda la calificación que de conocimiento al resto de los cotitulares cuando se aprecia un defecto y no cuando se califique positivamente el título.

Por ello, la propia norma legal (cfr. párrafo tercero del apartado 8 del artículo 18 del Código de Comercio y párrafo séptimo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria) reputa dicha calificación como incompleta, de suerte que –aparte otras consecuencias que se derivan de tal circunstancia– el interesado podrá pedir expresamente que se complete, instar la intervención del sustituto o, como acontece en el presente caso, recurriría. Así, habiendo optado el interesado por esta última alternativa, resulta preciso entrar en el estudio del fondo del recurso planteado y limitar los efectos de los vicios de que adolece la calificación impugnada a su constatación, procediendo a declararlo de ese modo, sin bien advirtiendo al funcionario calificador de su incumplimiento y depurando, en su caso, las responsabilidades disciplinarias que se hayan podido derivar de su modo de proceder...

Tercero. También como cuestión formal previa alega el recurrente que la calificación impugnada carece de suficiente motivación jurídica.

La integridad en la exposición de los argumentos sobre los que el Registrador asienta su calificación es requisito sine qua non para que el interesado o legitimado en el recurso (artículo 325 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886)) pueda conocer en su totalidad los razonamientos del Registrador, permitiéndole de ese modo reaccionar frente a la decisión de éste.

Sobre el Registrador pesa el deber ineludible de motivar su calificación cuando es de carácter negativo, pues su consecuencia no supone sino la delegación de un derecho del ciudadano –inscripción del hecho, acto o negocio jurídico documentado en el título–. Por ello, deben exigirse al funcionario calificador, en orden al cumplimiento de su deber de motivar la calificación, las mismas exigencias y requisitos que a cualquier órgano administrativo y que se resumen, esencialmente, en dos: la denominada tempestividad (esto es, que sea oportuna en tiempo) y la suficiencia de la motivación ofrecida.

Respecto del segundo requisito que ha de tener la motivación, esta Dirección General (cfr., por todas, las Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo y 1 y 28 de abril de 2005, además de otras más recientes) ha acotado qué debe entenderse por suficiencia de la calificación negativa, según el criterio que no es necesario ahora detallar, pues aunque la argumentación en que se fundamenta la calificación impugnada haya sido expresada de modo ciertamente escueto y el funcionario calificador se ha limitado a citar determinados preceptos reglamentarios, sin que llegue a detallar la forma en que, a su juicio, debería ‘constar’ la condición de socios de los designados como administradores, detalle que, en puridad, vendría exigida por la mencionada obligación de motivación de la calificación negativa de modo que el interesado sepa a qué atenerse y pueda reaccionar adecuadamente frente a dicha negativa, lo cierto es que en el presente caso el Notario autorizante del título ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de interposición del recurso, lo que, añadido a la subsanación del defecto impugnado, permite resolver el recurso en el limitado sentido de determinar si debe expresarse de algún modo la condición de socios de los administradores nombrados, de suerte que el Registrador pueda calificar respecto de dicho extremo la regularidad y validez de la designación efectuada...”

En sentido similar, la Resolución de 13 de noviembre de 2006: “Así, una de las razones de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, fue inyectar en el sistema registral garantías propias de un procedimiento administrativo –por todas Resoluciones de 20 de enero de 2006, y las que se citan en su Vistos–, como son la necesidad de que exista en todo caso calificación por escrito, haciendo desaparecer las calificaciones verbales; que no existan calificaciones sucesivas; que no

se traslade la calificación a un momento posterior a ella misma, como sucedía con la hipertrofia del informe del registrador, eso sí, cuando recurría el interesado y sin que éste tuviera noticia de su contenido, pues no se le notificaba; que esa calificación se sujete a una estructura propia de acto administrativo –así, que se exprese ordenada en hechos y fundamentos de derecho y con pie de recurso (párrafo segundo, del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria)–; que esa calificación se motive cuando es negativa, del mismo modo a como dispone el artículo 54 de la LRJ– PAC para los actos administrativos; que se notifique en los términos de lo dispuesto en la LRJ–PAC (artículos 58 y 59) y, en suma, que con su proceder el registrador se sujete a un procedimiento cuyo cumplimiento pueda serle exigible.

Así, y sin ánimo exhaustivo, respecto de la naturaleza de carácter administrativo de la calificación del registrador, en cuanto que proviene de un funcionario público, titular de una oficina pública, tal tesis ha sido confirmada, entre otras, por las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Badajoz, de 21 de diciembre de 2005 por la que se confirma la Resolución de este Centro Directivo de 14 de octubre de 2004, y del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de León, de 1 de septiembre de 2006, por la que se confirma la Resolución de esta Dirección General de 12 de septiembre de 2005 y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 25 de septiembre de 2006. En esta última Sentencia y, en un sentido similar al que recogen las dos precedentes, se afirma que ‘la Ley Hipotecaria claramente atribuye ese carácter administrativo a la calificación registral. No en vano, el artículo 322 de la LH establece que la notificación de la calificación negativa de un documento se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la LRJ–PAC; y el cómputo de plazos para la interposición de los recursos contra la calificación se hará de acuerdo con lo dispuesto en la LRJ–PAC, tal y como reza el artículo 326 in fine de la LH’.

Concluye sosteniendo que en apoyo de su decisión, esto es del carácter administrativo de la calificación que ‘al respecto, cabe indicar que los Registradores de la Propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales (artículo 274 de la LH) (...) (y) que el registrador emite su calificación en su condición de funcionario público’.

Igualmente, respecto de la naturaleza, ámbito y contenido del informe y la necesidad de que la calificación sea íntegra a los efectos de su necesaria motivación. Así, cabe citar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vitoria-Gasteiz de 31 de marzo de 2003; Resolución de este Centro Directivo de 15 de septiembre de 2004, cuyo criterio ha sido confirmado porta Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 14 de noviembre de 2005; Resolución de 20 de septiembre de 2004, confirmada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, de 24 de noviembre de 2005; Resolución de 22 de octubre de 2004, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 19 de noviembre de 2005; Resolución de 20 de abril de 2005, confirmada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005 y Resolución de 17 de septiembre de 2004, confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de junio de 2006.

Y, en idéntico sentido, el Legislador ha extendido ese proceso de administrativización al mismo procedimiento de recurso frente a la calificación y a la actuación de este Centro Directivo, como a continuación se expone...”.

Resolución de 26 de enero de 2011: “Segundo. Antes de resolver sobre el fondo del recurso, cabe recordar que, según la reiterada doctrina de Centro Directivo, cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible según los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente que, al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que el Interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001 y 14 de abril de 2010, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán

efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial todos los argumentos en que el Registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de todos los hechos y razonamientos aducidos por el Registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso. También ha mantenido esta Dirección General (vid. la Resolución de 25 de octubre de 2007 [RJ 2007, 9250]) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

En el presente caso, aunque en la nota impugnada no se expresa por el Registrador las razones por las que concluye que es aplicable el precepto que cita y no lo establecido en el apartado Uno, letra f), del artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, cuya aplicación pretenden los interesados, no puede estimarse producida la indefensión del recurrente, pues ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de interposición del recurso. Por ello, y habida cuenta, además, de los términos en que se resuelve, procede la tramitación de este expediente...”

Resolución número 4536/2019 de 1 marzo 2019: “2...También como cuestión previa, respecto de las alegaciones del recurrente relativas a la forma de la calificación impugnada, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012, 12 de febrero de 2016 y 26 de abril) y 19 de junio de 2017, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la Resolución del recurso. También ha mantenido esta Dirección General (vid. la Resolución de 25 de octubre de 2007, cuya doctrina confirman las más recientes de 28 de febrero y de 20 de julio de 2012) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma. No obstante, conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012) que la argumentación será suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición.

Del análisis de la nota de calificación impugnada resulta que se expresa el defecto que a juicio de la registradora impiden la inscripción, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos –que podrán o no ser acertados–. En consecuencia, no cabe concluir afirmando que haya incurrido en falta de motivación jurídica...”

Resolución núm. 16934\2021 de 21 septiembre: "...2. Como cuestión previa, respecto a la alegación de la recurrente de motivación insuficiente en la nota de calificación, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual ajando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 25 de octubre de 2007, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 28 de octubre y 20 de julio de 2012, 12 de febrero de 2016, 26 de abril y 19 de junio de 2017, 21 de noviembre de 2018 y 1 de marzo de 2019, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la Resolución del recurso. También ha mantenido esta Dirección General (vid. la Resolución de 25 de octubre de 2007, cuya doctrina confirman las más recientes de 28 de febrero y 20 de julio de 2012) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de Resoluciones de este Centro Directivo), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse (y lo mismo debe entenderse respecto de las citadas Resoluciones), ya que sólo de ese modo se podrá combatir la calificación dictada para el supuesto de que no se considere adecuada la misma.

No obstante, conviene tener en cuenta que es también doctrina del indicado Centro Directivo (Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 18 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 9 de julio, 8 de octubre y 12, 16, 17 y 20 de diciembre de 2013, 19 de marzo y 10 de junio de 2014, 2 de febrero de 2015) y 12 de diciembre de 2017, entre otras) que aun cuando la argumentación en que se fundamente la calificación haya sido expresada de modo escueto, cabe la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, según el contenido del escrito de interposición del recurso.

De una simple lectura de la nota de calificación se infiere que ésta carece a mínima motivación jurídica y está totalmente infundada.

La registradora no explica por qué razón, para inscribir la compraventa, es necesario presentar el escrito de renuncia del titular de unos derechos caducados, cuando la renuncia a un derecho extinguido por caducidad no produce efecto alguno.

No explica los motivos por los que no puede inscribir la finca a nombre del comprador "cum onere".

No explica por qué razón, si se ha solicitado la inscripción parcial, no inscribe la compraventa a nombre del comprador.

La registradora ni siquiera cita un precepto legal para fundamentar la calificación.

La recurrente no comprende ni puede imaginar, ni tiene la obligación de imaginar, cuáles son los motivos y fundamentos jurídicos en que se basa la registradora, ni cuál ha sido su razonamiento jurídico (apuntemos que ha intentado hablar personalmente con la registradora para conocer qué motivos impiden la inscripción y evitar la interposición de este recurso, habiendo sido imposible contactar con la misma, y que la empresa titular de los derechos considera innecesario ningún escrito de renuncia, tal como resulta de la copia del correo electrónico remitido a la notaría, que se adjunta al presente recurso).

La ausencia de motivación vulnera el art. 19 bis de la Ley Hipotecaria, por lo que la calificación resulta contraria a Derecho y ha de ser revocada.

2.º Efectos de la falta de motivación.

La falta de motivación del acto produce su nulidad, pero también la posibilidad de resolver la petición no atendida (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del 19 de febrero del 2013 (rec. 6429/2011), pronunciándose el superior jerárquico sobre el fondo, reconociendo el derecho del recurrente.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del 31 de mayo del 2012 (Rec. 3090/2011), en materia de denegación inmotivada, sienta la doctrina siguiente:

“Cuarto. El Abogado del Estado, fiara el caso de que fuera confirmado el defecto de motivación analizado en el precedente motivo, formula un segundo motivo por infracción del artículo 54 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como de la jurisprudencia contenida en la Sentencia de 28 de diciembre de 2010.

Considera el recurrente que la única consecuencia que deriva de la anulación del acto administrativo por ser inmotivado consiste en la retroacción de las actuaciones del procedimiento a fin de que la Administración dicte otro acto debidamente motivado... Estos argumentos no pueden aceptarse... En primer lugar, es cierto que mayoritariamente la jurisprudencia entiende adecuado acordar, en los casos de anulación del acto por deficiente motivación, la retroacción del procedimiento para que se dicte un nuevo acto administrativo con la justificación oportuna. Pero tal no es la única solución adoptada por esta Sala, que también admite la posibilidad de resolver el fondo del asunto cuando resulte de forma inequívoca la procedencia de la pretensión deducida por el recurrente. Así se desprende de las Sentencias de 5 de noviembre de 1999, 10 de octubre de 2000 y 6 de junio de 2003. Dado que en este caso la pretensión adora no se limita a obtener un acto administrativo motivado, sino al enjuiciamiento de la legalidad de la denegación de la solicitud evacuada en vía administrativa... el Tribunal debe pronunciarse sobre este último aspecto en garantía de ‘la plenitud material de la tutela judicial’ a que se refiere la exposición de motivos de la citada Ley, siempre que, lógicamente, disponga los elementos de juicio necesarios para ello.

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 13 de noviembre de 2006 de esta Dirección General antes citada, y otras posteriores concordantes.

Resolución de 20 de julio de 2006: “...la infracción de... párrafos quinto a séptimo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, conlleva que la calificación así practicada esté viciada, pues se ha producido con infracción de las normas que rigen la formación de voluntad del órgano calificador... En suma y prima facie, no cabría sino proclamar la nulidad de la calificación que se efectúa prescindiendo o al margen de lo dispuesto en... los párrafos quinto a séptimo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria...”

Ahora bien, por lo que se refiere a las consecuencias de dicha infracción, debe advertirse que, precisamente en beneficio del recurrente, lo que procede no es la sanción de nulidad ‘ipso iure’, que implicaría que esta Dirección General debería limitarse a devolver el expediente al Registro para que se retrotrajeran las actuaciones y se diera cumplimiento estricto a lo dispuesto en el artículo 18.8 del Código de Comercio; retroacción que, según las circunstancias del caso de que se trate, pudiera acarrear perjuicios al interesado, añadidos a los evidentes que ya ha padecido como consecuencia de la necesidad de tener que recurrir ante este Centro Directivo... Por ello, la propia norma legal (cfr.... párrafo séptimo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria) reputa dicha calificación como incompleta, de suerte que –aparte otras consecuencias que se derivan de tal circunstancia– el interesado podrá pedir expresamente que se complete, instar la intervención del sustituto o, como acontece en el presente caso, recurriría. Así, habiendo optado el interesado por esta última alternativa, resulta preciso entrar en el estudio del fondo del recurso planteado y limitar los efectos de los vicios de que adolece la calificación impugnada a su constatación, procediendo a declararlo de ese modo, sin bien advirtiendo al funcionario calificador de su incumplimiento y depurando, en su caso, las responsabilidades disciplinarias que se hayan podido derivar de su modo de proceder...

Resolución de 17 de octubre de 2005: "...En el presente caso, aun cuando la excesiva parquedad de los fundamentos de derecho expresados en la calificación impugnada pudiera llevar a la conclusión de su insuficiente motivación, con la lógica consecuencia de la anulación de la calificación y la devolución del expediente a la funcionaria calificadora, para que ésta volviera a calificar el título presentado cumpliendo con la exigencia de motivación, lo cierto es que según viene admitiendo este Centro Directivo, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, cabe decidir sobre el fondo del recurso cuando la integridad del expediente así lo permita (Sentencias de 3 de octubre de 1988, 30 de diciembre de 1989 y 2 de marzo de 1991); todo ello, en aras de evitar una dilación innecesaria, con el consiguiente daño al interesado en la inscripción.

Esta Dirección General, visto el expediente del recurso, entiende que procede resolver el fondo de la cuestión, si bien no se va a tener en consideración el contenido del referido informe del Registrador, en cuanto incluye verdadera motivación de la calificación negativa. En caso contrario, esta misma Dirección General estaría admitiendo que un funcionario de ella dependiente calificara intempestivamente un título sometido a calificación..."

Tercero. Los derechos de tanteo y retracto no impiden la inscripción del acto dispositivo.

Los derechos de tanteo y retracto referidos que motivan el presente recurso son derechos convencionales constituidos por voluntad de las partes en la escritura de compraventa que a continuación se citará.

Los derechos convencionales de tanto y retracto son derechos de adquisición preferente que determinan la preferencia de su titular en la adquisición de la finca. Son dos manifestaciones del ejercicio de un mismo derecho, el de adquisición preferente, que se excluyen entre sí.

Si el vendedor comunica al titular del derecho su propósito de transmitir, ésta deberá ejercitar su derecho en el plazo pactado, y si el vendedor no lo comunicara, podría el titular ejercitar su preferencia a través del derecho de retracto en el plazo pactado.

El plazo de duración de estos derechos es de caducidad, es decir, no se puede interrumpir, nota que lo diferencia de los plazos de prescripción (STSS 2 de febrero de 1999 y 22 de abril de 2008).

Los derechos de adquisición preferente, y en particular los de tanteo y retracto, son de naturaleza distinta de las prohibiciones de disponer y tienen como presupuesto un acto dispositivo, una transmisión, como lo demuestra la propia dinámica del ejercicio del derecho tanto en la fase previa de la transmisión (tanteo) como en la fase posterior (retracto).

Estos derechos no limitan las facultades dispositivas del dueño de la finca y sólo determinan que su titular tenga preferencia en la adquisición.

Sobra decir, sin entrar en la cuestión de su naturaleza real o personal, que estos derechos tienen acceso al Registro de la Propiedad, que mediante su inscripción se hacen oponibles a terceros y que, salvo que la ley expresamente lo establezca (tanteos y retractos legales) o se hubiera pactado expresamente y así constara en su asiento de inscripción (tanteo y retractos voluntarios), no producen el cierre registral de las transmisiones efectuadas.

Estos derechos tienen un plazo de duración determinado, transcurrido el cual se produce su extinción por caducidad.

En el caso que nos ocupa, estos derechos se constituyen entre la Empresa de la vivienda de Getafe y el titular registral (vendedor en la escritura que motiva este recurso) en la escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Getafe, Don Eduardo Torralba Arranz, el día 24 de enero de 2008 bajo el número 196 de protocolo, en los términos siguientes:

"Décimo. Sin perjuicio del actual derecho de tanteo y retracto a favor de la Comunidad de Madrid, establecido por la orden 2097/2005 de 23 de septiembre, las partes comparecientes en este acto fijan de mutuo acuerdo, un derecho de tanteo y retracto a favor de la 'Empresa Municipal del Suelo y de la Vivienda de Getafe, S.A.',

sobre la finca descrita, por un plazo de 10 años, plazo que empezará a contar desde la fecha de celebración del presente contrato, fijándose como precio máximo a abonar por parte de la E.M.V.S. de Getafe, al efectuar tales derechos de adquisición preferente, el establecido en la legislación vigente en cada momento sobre las viviendas y plazas de garaje con protección pública de precio básico o categoría análoga que establezca la legislación de viviendas de protección pública en el momento del ejercicio del derecho”

Sin perjuicio de expresar nuestros reparos a que haya accedido al Registro de la Propiedad un derecho voluntario de tanteo y retracto pactado en tales términos (sólo se ha pactado el plazo de duración y precio) sin las exigencias mínimas que derivan del principio de determinación registral (a qué transmisiones se refiere, plazos para ejercitar el tanteo y el retracto y modo de ejercicio, etc.), resulta evidente a la hora calificar la escritura de compraventa y especialmente importante a los efectos de este recurso, es que ninguna obligación tiene el vendedor de notificar a la Empresa de vivienda de Getafe ni su propósito de transmitir y la transmisión efectuada.

Como sostenemos, los derechos de tanteo y retracto se han extinguido porque ha transcurrido el plazo máximo de diez años por el que fueron constituidos, de manera que las consecuencias del eventual ejercicio de los derechos por la referida Empresa totalmente son totalmente ajenas al procedimiento registral de calificación y no deben ser tenidas en cuenta por el registrador, sin perjuicio de las acciones judiciales que asistan a las partes para la defensa de sus derechos.

Acerca de la configuración de los derechos de tanteo y retracto, su inscripción y las exigencias del principio registral de determinación, la Resolución de 26 de abril de 2019 dice 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... 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 (RJ 2015, 1231), 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”... 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 (RJ 1993, 2471), y ha reiterado recientemente la de 19 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8378), 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...-.)

En conclusión, habiéndose extinguido los derechos de tanteo y retracto y no constando en el Registro que el vendedor haya de notificar su propósito de transmitir a la Empresa de la vivienda, ningún obstáculo que impide la inscripción, resultando inconcebible que para inscribir la compraventa la registradora exija la renuncia del titular de un derecho ya extinguido, pues tal renuncia no produce efecto alguno.

No existiendo ningún obstáculo que impida la inscripción de la compraventa, la calificación de la registradora resulta ser contraria a Derecho, infundada, caprichosa y totalmente arbitraria.

Cuarto. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha sentado la doctrina de que los tanteos y retractos convencionales no impiden la inscripción de la transmisión.

La Resolución número 7074/2019, de 26 abril 2019, ha sentado la doctrina de que los derechos de tanteo y retracto de origen convencional no impiden la inscripción de la transmisión, sin perjuicio, en su caso, de que se practiquen las notificaciones pactadas en su título de constitución.

“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...”

Quinto. Carácter vinculante para el registrador de las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe pública.

Las Resoluciones de este Centro Directivo resolviendo recursos contra calificaciones negativas vinculan a todos los registradores desde que se publican en el BOE en tanto

no sean anuladas por los tribunales en virtud de por sentencia firme (Resoluciones de 5 de mayo de 2005, 21 de mayo de 2005, 11 de febrero de 2008 y 14 de noviembre de 2007, y Sentencia del Tribunal Supremo n.º 195/2014, de 2 de abril, que con cita la Sentencia del Pleno de 20 de septiembre de 2011 (rec. 278/08) “mantiene y precisa, de otro, la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando resuelve recursos frente a la calificación”).

En este sentido, la Resolución de 13 de noviembre de 2006: “...la posición de subordinación jerárquica de los funcionarios calificadores, respecto de este Centro Directivo, se manifiesta en la obligatoriedad de acatar la doctrina de las Resoluciones de éste, cuando se resuelven recursos frente a calificaciones negativas: y ello, porque para poner fin a una situación de inseguridad jurídica el Legislador entendió que ante la dispar interpretación de un precepto efectuada por cualquier funcionario calificador, era competencia de esta Dirección General sentar la doctrina aplicable al caso en vía de recurso; doctrina que es de obligado acatamiento con sólo dos requisitos: primero, que se publique en el Boletín Oficial del Estado, para que sea de público conocimiento a todos los registradores y, segundo, que dicha resolución no fuera anulada por los Tribunales en sentencia firme.

Por ello, basta sólo la publicación en el periódico oficial sin más, para dotar a esa Resolución de obligatoriedad respecto de todos los funcionarios calificadores, ya que tal Resolución no es sino un acto administrativo dotado de ejecutividad y ejecutoriedad. Sin que la interposición del recurso judicial frente a la misma, suspenda su eficacia. Y, por la razón expuesta, la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, modificó el párrafo décimo del artículo 327 de la Ley Hipotecaria para evitar interpretaciones gramaticales e interesadas, ajenas al espíritu de la Ley, consistentes en que la vinculación era de los Registros, pero no de los titulares del mismo; y, por esa razón, se tipificó como infracción grave el incumplimiento de las ‘resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado’ (artículo 313.B) k) de la Ley Hipotecaria),

En efecto, los requisitos para que surja esa vinculación y su fundamento ha sido también expuesto en diversas Resoluciones de este Centro Directivo, como son las de 5 de mayo de 2005, 24, 26, 27 y 28 de septiembre de 2005 o, más recientemente, las que cita el recurrente en su recurso.

En tales Resoluciones se afirma que ‘como puede pues apreciarse de la simple lectura del artículo 327, párrafo décimo, de la Ley Hipotecaria, la vinculación y obligatoriedad para todos los Registros no depende de la firmeza de la Resolución: depende, simplemente, de que la misma se haya publicado en el periódico oficial expuesto, pues desde dicho momento y sin otro requisito será vinculante. Tal circunstancia es coherente con la naturaleza jurídica de las Resoluciones de esta Dirección General y resulta, igualmente, congruente con la naturaleza de la función pública registral y del funcionario que la presta, como a continuación se expondrá.

El carácter vinculante de las resoluciones de este Centro Directivo encuentra su fundamento en tres razones esenciales: primera, el carácter de funcionario público a todos los efectos del Registrador; segunda, su posición de subordinación jerárquica a esta Dirección General cuando ejerce su función pública; y, tercera y última, en la necesidad de dotar al sistema de seguridad jurídica preventiva de la necesaria predictibilidad, de modo que cualquier Registrador ante supuestos idénticos resuelva del mismo modo, para así evitar cualquier tipo de perjuicio a quien pretenda inscribir un acto o negocio jurídico en un Registro. Esta última razón se conecta, de modo natural, con las debidas garantías de las que disfruta el interesado frente a la Administración, pues no puede olvidarse que los Registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles son Administración a estos efectos, y sus resoluciones son actos de Administración fundados en Derecho privado que se dictan por un funcionario público.

Pues bien, comenzando por el análisis de la primera razón, resulta palmario que el Registrador es un funcionario público (artículo 274 de la Ley Hipotecaria) al que le está vedado criticar, desconocer o comentar, en su calificación o, en su caso, en el informe, las resoluciones de su superior jerárquico, es decir, de este Centro Directivo; y ello, como

le ocurre a cualquier otro funcionario público, pues uno de los principios básicos de organización administrativa es el de jerarquía (artículo 103.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836)). Por otra parte, sería paradójica y, en cualquier caso, objeto de corrección disciplinaria –artículo 7.1 a) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero (RCL 1986, 148), por el que se aprueba el Reglamento del régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado– la conducta consistente en que un funcionario, de modo consciente y premeditado, resolviera en sentido contrario al que haya decidido su superior jerárquico, máxime cuando existe un pronunciamiento legal, claro y terminante que atribuye carácter vinculante a las resoluciones de ese superior jerárquico –cfr. artículo 327, párrafo décimo, de la Ley Hipotecaria–.

Sexto. Conclusiones. A la vista de los hechos y fundamentos de derecho expuestos y de los documentos que se adjuntan a este escrito, aunque la calificación esté totalmente inmotivada y carente de fundamentación jurídica, aunque no exprese razón alguna que justifique la negativa a practicar la inscripción de modo que el notario recurrente haya conocido cuales son los motivos que la impiden ni alegar cuanto le ha convenido para su defensa, interesa a la recurrente obtener una resolución sobre el fondo que revoque la calificación por ser contraria a Derecho y que permita la inscripción de la escritura, ya no sólo para evitar perjuicios al adquirente y demoras en la inscripción, sino también para obtener una declaración de que no existe obstáculo que impida la inscripción y liberar a la recurrente de cualquier responsabilidad derivada de defectos apreciados en el título, evitando asimismo a la notario recurrente la carga subsanatoria indebidamente impuesta por la registradora.»

IV

La registradora de la Propiedad emitió informe el día 14 de febrero de 2022, mantuvo la nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1508 del Código Civil; 210 de la Ley Hipotecaria; 7 y 177 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005 y 22 de abril de 2008, 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, 14 de marzo de 1993, 14 de junio de 2010, 19 de diciembre de 2013, 10 de abril de 2014, 18 de febrero de 2016, 17 de abril de 2017, 4 de julio y 8 de noviembre de 2018 y 26 de abril de 2019.

1. Se debate en el presente recurso si puede inscribirse en el Registro de la propiedad una transmisión por compraventa, formalizada en escritura pública el día 7 de julio de 2021, estando inscrito un derecho de tanteo y retracto establecido convencionalmente a favor de la «Empresa Municipal del Suelo y de la Vivienda de Getafe, S.A.» por un plazo de diez años a contar desde el día 24 de enero de 2008. La registradora suspende la inscripción limitándose en la nota de calificación a expresar que aquellos derechos caducarían transcurridos cinco años más desde su vencimiento conforme al artículo 177 del Reglamento Hipotecario. La notaria autorizante recurre, alegando la falta de motivación de la nota de calificación al no dar razón alguna que justifique la negativa a practicar la inscripción. Además, entiende que estos derechos ya se habrían extinguido y que, no constando en el Registro que el vendedor haya de notificar su propósito de transmitir a la empresa de la vivienda, ningún obstáculo impide la inscripción.

En la escritura de compraventa otorgada por la «Empresa Municipal del Suelo y de la Vivienda de Getafe, S.A.», de fecha 24 de enero de 2008 ante el notario de Getafe, don Eduardo Torralba Arranz, se pactó expresamente lo siguiente:

«Décimo. Sin perjuicio del actual derecho de tanteo y retracto a favor de la Comunidad de Madrid, establecido por la Orden 2097/2.005 de 23 de Septiembre, las

partes comparecientes en este acto, fijan de mutuo acuerdo, un derecho de tanteo y retracto a favor de la "Empresa Municipal del Suelo y de la Vivienda de Getafe, S.A." sobre la finca descrita, por un plazo de 10 años, plazo que empezará a contar desde la fecha de celebración del presente contrato, fijándose como precio máximo a abonar por parte de la E.M.S.V. de Getafe, al efectuar tales derechos de adquisición preferente, el establecido en la Legislación vigente en cada momento sobre las viviendas y plazas de garaje con protección pública de precio básico o categoría análoga que establezca la legislación de viviendas de protección pública en el momento de ejercicio del derecho».

2. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (véase Resoluciones citadas en los «Vistos») la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «*numerus apertus*» que predicen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatez, 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.

Esto significa que no es suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que éste se considere derecho real. Hace falta, además, que concurran determinadas circunstancias, que la Resolución de 4 de mayo de 2009 sintetizó en dos: a) es preciso que la figura que se crea tenga las características propias de un derecho real, y b) que, si se trata de una figura nueva carente de regulación legal, se regulen todas las consecuencias que dicha figura comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura. Y como criterio de interpretación de estos requisitos ha dicho igualmente este Centro Directivo que el citado criterio «*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 cumplirse 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.

3. En relación con los derechos de tanteo y retracto voluntario, en tanto que derechos atípicos o innominados, su admisión al amparo del principio de la autonomía de la voluntad en la actualidad no plantea especial dificultad ya que si bien no se hallan regulados en nuestro Derecho positivo, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998, «es admitido por la doctrina y la jurisprudencia (Sentencias de 13 de diciembre de 1958, 30 de abril de 1964, 25 de abril de 1992 y 19 de noviembre de 1992) al amparo del principio de la autonomía de la voluntad sancionado por el artículo 1255 del Código Civil, debiendo estarse en cuanto a su titularidad y ejercicio a lo pactado», siendo por tanto esencial en su configuración el título de su constitución.

En este marco general, respecto de los derechos de adquisición preferente, hay tres clases de retracto que se admiten en nuestro ordenamiento: el convencional previsto en los artículos 1507 y siguientes del Código Civil, el legal que establecen tanto el Código Civil como diversas leyes especiales, y el llamado voluntario, éste es el que se presenta en el presente caso (junto con su correlativo derecho de tanteo en la fase previa a la transmisión a terceros de la finca).

Es un derecho procedente de la voluntad de las partes 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, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2008, 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. Y que no cabe confundir con una prohibición de disponer.

4. Sobre su carácter personal o real tanto la doctrina de este Centro Directivo, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo han ido evolucionando en el tiempo.

Ya desde la Resolución de 20 de septiembre de 1966, se ha admitido 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. Admite el carácter real de los derechos de adquisición preferente pactados en el título calificado, entendiéndose que los posibles reparos u obstáculos a tal consideración aparecen superados en cuanto que: «a) existe convenio en el que se concede al titular la facultad “erga omnes” de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito; b) el precio no queda fijado de antemano, sino que, con las garantías necesarias, se determinará por terceras personas, en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado en el artículo 1.447 del Código Civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; c) se concede un plazo determinado y breve –30 días– para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; d) este derecho 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».

Posteriormente la Resolución de 19 de septiembre de 1974, partiendo de la misma doctrina, llega a la conclusión de que en el caso concreto por ella examinado «no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real, e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria».

Más recientemente ha vuelto el Centro Directivo al mismo tema subrayando la necesidad de que la constitución de un derecho de tanteo y/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 tenga carácter real, ni se establecía que sería inscribible, ni se expresaban las consecuencias del acto para el caso de que se realice 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.

5. Esta misma línea de apertura a 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 o meramente obligacional, que por tanto sólo se podía ejercitar «inter partes» y no frente a terceros, para quienes era «res inter alios», quienes 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 «procedentes 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».

6. Por tanto, ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados, siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales antes reseñados.

Como afirma la Resolución de 4 de marzo de 1993, reiterada por 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 el 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.

7. En el caso concreto objeto del presente expediente, en la escritura en que se pactaron los derechos de tanteo y retracto debatidos –y por ende en el asiento registral– no se determinó la forma de operar el derecho de tanteo y retracto, en particular la forma de hacer las notificaciones.

No puede este Centro Directivo poner en duda la validez del asiento practicado, que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria), ni si se incumplió el principio de especialidad registral, pero lo cierto es que el asiento no determina que la falta de notificación produzca el cierre del Registro a la transmisión que se verifique, ni siquiera contempla aquélla ni la forma de su ejercicio. Por lo que la falta de notificación no puede amparar una suspensión de la inscripción de la transmisión efectuada.

8. En cuanto al plazo de duración, fijado en diez años a contar del otorgamiento, habían transcurrido sobradamente en el momento de formalizarse la transmisión. Es cierto que no cabe cancelación del asiento hasta que haya transcurrido cinco años desde la fecha de su vencimiento (artículo 177 del Reglamento Hipotecario), esto es, a contar desde el día en que venció el término en que, según Registro, pudieron ejercitarse los derechos de tanteo y retracto convencional, siempre que no conste anotación de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación sobre su incumplimiento (cfr. artículo 210.1.8.ª Ley Hipotecaria). Pero eso no significa que, ante la imposibilidad de cancelar por caducidad el derecho,

deba suspenderse la inscripción de la transmisión efectuada. No está previsto así en ninguna norma legal ni se pactó un efecto semejante en la configuración del derecho.

9. Como ya señalara la Resolución de esta Dirección General de 26 de abril de 2019 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 determinación de la forma de ejercicio, 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.

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.

10. En conclusión, aunque no sea posible la caducidad del asiento pese a la caducidad del derecho (al haber transcurrido más de los diez años pactados de duración del derecho, pero no cinco desde la fecha de vencimiento del derecho a su ejercicio según Registro), nada impide la inscripción de la compraventa efectuada, arrastrando la carga, sin que en este caso sea exigible una notificación no contemplada en el derecho de adquisición preferente convencional inscrito.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación.

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, 4 de mayo de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.