

LECCIONES 31 Y 32: DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN

-DOCTRINA GENERAL -

GÉNESIS DE LA CATEGORÍA:

La doctrina moderna ha introducido junto a las categorías tradicionales de iura in re aliena (derechos sobre cosa ajena: derechos reales de goce y de garantía), a los derechos reales de adquisición. Básicamente su eficacia radica en conferir a su titular la facultad de convertirse en propietario del bien objeto de su derecho.

Nuestra doctrina "importó" esta idea de autores extranjeros, pero la mejoraron al despojarla de una serie de categorías que no se corresponden con lo que entendemos por derechos reales de adquisición, sino que más bien son formas de adquisición de derechos reales, como por ejemplo los derechos potestativos de la caza y de la pesca, que en un principio fueron incluidos dentro de este tipo de derecho real.

CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES:

Tanto Díez-Picazo como Gullón, entendieron que estos derechos no pueden ser considerados como reales, ni tan siquiera como derechos subjetivos, sino que más bien son simples facultades de adquisición incluidas en la categoría de los derechos potestativos, y ello por cuanto no otorgan poder directo e inmediato sobre la cosa y todo esto pese a que tienen un ámbito de eficacia que permite a su titular dirigirse contra terceros. De todas formas reconocen que todo depende de la noción que se tenga del concepto de derecho real.

Alvarez Caperochipi opina que estos derechos no se pueden considerar como reales debido a que no otorgan derechos sobre la cosa, sino derecho a adquirirla frente a terceros. Dice también que la adquisición de la propiedad necesita de la traditio, pero es que nadie afirma que estos derechos puedan consistir en un dominio adquirido sin esta traditio.

La doctrina mayoritaria es pese a todo favorable a considerar tales derechos como reales, sin negar que pueden ser también de naturaleza personal. Lacruz rebate a los autores anteriores diciendo que la "inmediación" característica de los derechos reales no consiste tanto en la posible actuación directa sobre las cosas, sino en que dicha actuación no necesite de la intermediación de su propietario. La prenda por ejemplo otorga un poder sobre la cosa que no es directo, sino mediatizado, pero no por el propietario sino por el juez, y nadie discute su naturaleza real.

Por otra parte, la ley o el negocio que lo conceden pueden dotarlo de eficacia erga omnes, amparada por la necesaria publicidad legal o registral. De todas formas considerarlos como derechos de naturaleza real o personal, depende del concepto de derecho real que se profese.

La legislación administrativa y la agraria, el derecho foral y la jurisprudencia han admitido su naturaleza real. Se trata, pues de derechos reales limitados que facultan a su titular para conseguir la transmisión a su favor de una cosa o derecho, por quien fuera su dueño, pagando su precio.

Incidan, estos derechos, en la facultad dispositiva del propietario, pero no privándole de ella totalmente. No consiste en impedir la adquisición por otro de la cosa, sino en poder determinarla a su favor. Es decir que si el propietario decide enajenar la cosa y el titular del derecho de adquisición no ejerce su derecho, esa enajenación será válida.

Resumiendo, son derechos reales cuya inmediación consiste en que su ejercicio no precisa la intermediación del propietario, y cuya absolutividad descansa en la publicidad legal o registral, y de tracto único, por cuanto

su ejercicio los agota.

TIPOS:

Responden a una de estas dos estructuras:

- a) El tanteo y el retracto, que nacen como consecuencia de la enajenación de una cosa, y facultan a su titular para sustituir al (tanteo) o subrogarse en la posición del (retracto) adquirente de aquella, pagando su precio. Más que dos derechos diferentes son dos fases del mismo. Algunos supuestos legales atribuyen el derecho de retracto sin fase previa de tanteo, en cambio el titular de tanteo legal lo es siempre del subsidiario retracto.
- b) La opción de compra que puede reservarse el vendedor, o atribuirse con independencia de cualquier negocio, y que permite forzar al dueño de una cosa a venderla en determinado precio.

Ambos pueden ser de origen legal o convencional. La diferencia más importante es el momento del ejercicio del derecho: en el tanteo y en el retracto provocado por un acto anterior de enajenación del dueño, mientras que la opción puede ejercitarse mientras éste se limita a usar la cosa. Otra diferencia es que el precio a pagar, en la opción se fija de antemano, mientras que en el tanteo o retracto es precisamente el que otro está dispuesto a pagar, por lo que no se puede fijar a priori. Por último el tanteo y el retracto suelen ser normalmente de origen legal, y la opción voluntaria.

Roca Sastre entiende que el tanteo y el retracto pueden llegar a incluirse en el género próximo de la opción, debido a que todos al final lo que hacen es conferir la facultad de comprar o no.

Al amparo del sistema de *numerus apertus* podrán configurarse otros tipos, pero no resulta verosímil que no respondan a la opción como género.

CÓDIGO CIVIL:

El código civil no regula de manera unitaria esta categoría de derechos reales. En el libro IV y dentro del título de la compraventa, bajo la rúbrica de su resolución, como una forma más de ésta incluye el retracto convencional y el legal. El mal llamado en el código retracto convencional no es otro que la opción de compra (una forma más de derecho de opción), que al llamarse así, parece no dejar sitio en el código al verdadero retracto convencional, aunque sí que lo hay, al mismo tiempo que engaña simulando no tener cabida en el código la opción, ya que no es nombrada expresamente. El retracto legal está representado por el de comuneros y el de colindantes, aunque en otras partes del código se conceden otros.

LEYES ESPECIALES:

Se habla de un renacimiento del retracto que se ha ido desarrollando fuera del código civil, a través de leyes especiales, sobre todo en el ámbito del derecho agrario y urbanístico y también del derecho público en relación con objetos de interés histórico, artístico, etc. Como ejemplos:

- Tanteo y retracto en favor de los arrendatarios y aparceros de fincas rústicas.
- Tanteo y retracto en favor del inquilino de vivienda y arrendatario de local de negocio en caso de venta por pisos.
- Tanteo y retracto en favor del arrendador de local de negocio en caso de traspaso del mismo por el arrendatario.
- Retracto del propietario del inmueble en caso de adjudicación en pública subasta del establecimiento

mercantil instalado en aquél, objeto de hipoteca mobiliaria.

– Diversos derechos de adquisición en favor de particulares establecidos en leyes administrativas: recobro concedido en favor del expropiado en caso de no ejecutarse la obra que motivó la expropiación, derecho de adquisición en favor de los propietarios colindantes respecto de solares o fincas rústicas del estado económicamente insuficientes, etc.

– Diversos derechos de adquisición en favor del estado para la conservación del patrimonio histórico o forestal español.

DERECHO FORAL:

Los derechos forales ofrecen manifestaciones peculiares de los derechos de adquisición, principalmente en materia de censos y en el ámbito familiar respecto de bienes troncales.

El derecho de adquisición más importante que regulan los derechos forales es el gentilicio, es un derecho además no contemplado en el código civil.

La regulación más importante de estos derechos es la que hace el Fuero Nuevo de Navarra. Contiene una regulación general y unitaria de la que carece el código civil. A diferencia del código el Fuero Nuevo afirma que el derecho de retracto presupone siempre el de tanteo. Lo más interesante de esta magnífica regulación es el capítulo que dedica a tratar de la opción, tanteo y retracto voluntarios, y que el retracto voluntario no es, como en el código, el pacto de retroventa, sino un derecho de adquisición de estructura semejante al legal pero de origen voluntario. La regulación estos derechos da un amplio margen a la autonomía privada.

–TANTEOS Y RETRACTOS LEGALES –

CONSISTENCIA:

Derecho de tanteo legal es el derecho que concede la ley a personas que se encuentran en determinadas circunstancias, para adquirir una cosa cuyo dueño haya decidido enajenar.

Para que pueda ser efectivo, la ley obliga al dueño a comunicar al titular del derecho el proyecto de enajenación con sus circunstancias. De no hacerlo el tanteo persiste, pero en forma de retracto. Roca Sastre denominó a estas dos fases de un mismo derecho, tanteo de preadquisición y de postadquisición.

A parte de los supuestos de falta de notificación, la ley concede el derecho de retracto en otros casos en que no hay previo tanteo.

El momento jurídico que separa al tanteo y al retracto es la perfección del contrato adquisitivo, con la posibilidad de que haya operado ya la transmisión de dominio e incluso de posesión. El tanteo supone un acuerdo de voluntades irrevocable, pero sin perfección contractual, mientras que el retracto requiere ésta última. Aquí el comprador no es solo apartado, sino desplazado y sustituido por el retrayente que ocupa su posición jurídico-contractual y en la relación real, pagando el precio por aquel abonado y los restantes pagos de legítimo abono.

Algunos autores opinan que en la fase de retracto se verifican dos transmisiones distintas (vendedor-comprador, comprador-retrayente), pero autores de renombre como Gutiérrez opinan que lo que hay es una rescisión de la venta y una subrogación del retrayente. El tratamiento fiscal por lo menos responde a esta concepción pues sólo se paga una vez el impuesto de transmisiones patrimoniales.

Cuando la ley concede tanteo, y subsidiariamente, retracto, el titular de los derechos sólo podrá ejercitar el

segundo cuando no haya podido ejercitar el primero. Así lo establece el Fuero Nuevo de Navarra y lo mismo vale en el ámbito del código civil, si bien con excepciones (enfiteusis).

NATURALEZA:

Parte de la doctrina afirma que los tanteos y retractos legales no son verdaderos derechos reales y que sólo son limitaciones legales del dominio, limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en derechos particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembración del dominio sobre el cual actúan, ya que ni el dueño afectado verá aumentado por ello su pasivo, ni el favorecido su activo.

Lacruz opina que ni limitaciones del dominio, ni interés general son conceptos incompatibles con la concesión legal de un correlativo derecho subjetivo privado de naturaleza real, precisamente para el logro de dicho interés general.

En otro aspecto se cuestiona la naturaleza de estos derechos, por cuanto se implican necesariamente en otra relación jurídica. Muchos autores los consideran como simples facultades de adquisición, aunque eso sí reales, que se integran en el contenido de las relaciones jurídicas que los fundamentan. Facultades que pasan a ser derechos subjetivos cuando llega el momento de ejercerlas, tienen entonces propio plazo de caducidad, son renunciables con independencia etc.

Lacruz cree, sin embargo, que también antes de que se dé ocasión a su ejercicio, cabe su renuncia anticipada, la cual no implica la de la relación o cualidad básica.

También se ha rechazado a los tanteos y retractos legales como derechos reales aduciendo el hecho de que no son inscribibles, pero está claro que no necesitan de la publicidad registral cuando tienen la publicidad legal que suple a la anterior con creces.

La mayoría de los retractos legales tienen su encaje sistemático en la relación o institución jurídica que los produce. Por eso sólo se van a exponer aquí los que regula el código civil bajo la rúbrica del retracto legal (de comuneros y de colindantes), y con referencia a los derechos forales, el retracto gentilicio.

EL RETRACTO DE COMUNEROS Y EL DE COLINDANTES:

El copropietario de una cosa común podrá usar el retracto en caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Desde antiguo el derecho ha mirado con recelo las situaciones de indivisión por considerarlas antieconómicas y causantes de litigios. Este retracto es una forma más de intentar acabar con estas situaciones. Además evita que se incorpore a los comuneros un extraño sin el consentimiento de estos. Si son más de uno los comuneros retrayentes, lo harán en proporción a su cuota.

También tendrán derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se enajene una finca rústica menor de una hectárea, no importando el tamaño de la finca del retrayente, siempre y cuando las fincas no estén separadas por arroyos, barrancos, etc. Este retracto trata de evitar la excesiva división de la tierra que resulta antieconómica. De todas formas esta finalidad puede ser rebatida a tenor de los litigios que ocasiona y de que dificulta la emancipación económica de los labradores.

Este retracto no se dará cuando la venta se haga a otro colindante. En caso de concurrencia tendrá preferencia el propietario de la finca de menor cabida, y si son iguales, el que primero lo solicite.

Estos dos retractos se conceden directamente, no van precedidos de tanteos. La cualidad de comunero o de colindante debe darse en el momento de enajenación del bien.

El retracto se concede en caso de venta o dación en pago o en operaciones a título oneroso equivalentes, no en aquellas en que la contraprestación no pueda ser sustituida por la del retrayente como en la permuta.

El plazo de ejercicio del derecho de retracto es de nueve días, desde la inscripción en el registro, o desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta, conocimiento que ha de ser cabal, comprensivo de todas las condiciones.

Están activamente legitimados los copropietarios o los colindantes. La legitimación pasiva la ostenta el adquirente, sin que sea necesario demandar al transmitente. Para hacer uso del retracto el retrayente debe reembolsar al comprador el precio de la compra, los gastos del contrato, y cualquier otro gasto hecho para la compra, y los necesarios y útiles hechos en la cosa. Si se venden varios bienes y sólo procede el retracto de uno, se determinará el precio que le corresponda del total. Se exige, para el ejercicio de la acción que se consigne el precio si es conocido y sino que se dé fianza de hacerlo cuando lo sea. También ha de comprometerse el comunero a no vender la participación del dominio que retraiga, durante al menos cuatro años.

EL RETRACTO GENTILICIO:

Este retracto es el primero en aparecer en las fuentes históricas. Regula los derechos de los parientes a retraer los bienes inmuebles troncales o de abolorio, en evitación de que salgan de la familia, mediante su enajenación a terceros. Está regulado en los derechos forales, no en el código civil.

En primer lugar la Compilación de Vizcaya da una extensa regulación del tema. Primeramente regula quienes son los parientes tronqueros de una forma bastante farragosa, después regula cuales son los bienes troncales, que han de ser siempre sitios en el Infanzonado. Estos parientes tienen un derecho preferente de adquisición respecto de los bienes troncales que se intentaren enajenar a título oneroso (incluso mediante permuta). Cuando concurren varios parientes del mismo grado, tendrá preferencia el que fuere titular de menor extensión en el término donde se sitúe el bien retraído. La compilación ordena que la enajenación se anuncie durante quince días. El que pretenda el retracto comparecerá dentro del plazo señalado en el edicto, ante el notario designado, con una fianza del 10% del precio anunciado, que puede aceptar u optar por adquirir la finca por justa valoración. Si opta por el precio anunciado se otorgará la escritura sin más, de lo contrario concurrirán ambas partes para establecer la justa valoración, y si no se ponen de acuerdo lo hará un tercero. Si no se hiciere el anuncio de la enajenación el plazo para retraer será de un año y se hará por su justa valoración. Estima Celaya que no se trata de un derecho de tanteo (pues no se adquiere por el tanto, sino por su justa valoración), ni de retracto (pues no se rescinde la venta, sino que se declara nula).

La Compilación de Cataluña regula de una forma anticuada el llamado derecho de "tornería" para el Vall d'Arán.

La Compilación aragonesa regula el derecho de abolorio o de la saca sin demasiadas diferencias a la de Vizcaya. La mayor diferencia es que aquí no se regula la posibilidad de pagar el retrayente por la justa valoración. Dice que los tribunales podrán moderar equitativamente el ejercicio de este derecho. El plazo para ejercitarlo es de 30 días desde la notificación, consignando el precio. A falta de la notificación el plazo será de 90 días a partir de la inscripción en el registro o del momento del conocimiento. En todo caso caduca a los dos años. El inmueble adquirido es inalienable por actos inter vivos, aún a favor de parientes durante cinco años, de no caer en la pobreza.

El Fuero Nuevo de Navarra regula el retracto gentilicio de inmuebles sitios en la Comunidad Foral por quienes tengan la condición de navarros. Para ver quien tiene legitimidad hace una distinción entre bienes de abolorio (recibidos por el enajenante directamente del abuelo a título lucrativo), de patrimonio (del abuelo, pero a través del padre o algún tío a título lucrativo), y conquistados (todos los adquiridos, a título oneroso o lucrativo, por el enajenante o sus padres). Dependiendo del tipo de bien podrán estar legitimados más o menos

parientes. En caso de que la enajenación sea a un pariente con derecho a retraerlos los demás no tendrán derecho aunque sean de condición preferente.

A igualdad de grado tendrá preferencia el ascendiente y en igualdad de condiciones el de más edad. La precedencia en el tiempo de las demandas no alterará la anterior prelación, tampoco la alterará el allanamiento del demandado a cualquiera de las acciones ejercitadas. Enajenándose varias fincas por un precio podrá retraerse sólo las sujetas al retracto gentilicio, calculando el precio correspondiente. A diferencia de la Compilación de Vizcaya, no podrá ejercitarse el retracto gentilicio sobre una de las fincas enajenadas dejando de ejercitarlo sobre las demás sujetas a él. Con notificación nueve días de plazo, en su defecto 30 días a contar desde la inscripción. A falta de notificación y de inscripción un año y un día a contar desde la enajenación salvo que se hubiere ocultado maliciosamente en cuyo caso la acción no caduca, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva. Si la notificación es incompleta 30 días para requerirla completa y nueve para ejecutar la acción. El inmueble será inalienable durante dos años.

PREFERENCIA ENTRE RETRACTOS:

En el código civil el orden de preferencia cuando sean posibles varios retractos diferentes será el siguiente:

- 1) Retracto enfiteútico a favor del dueño útil o directo, respectivamente.
- 2) El de comuneros a favor de los cotitulares del dominio directo o del útil, respectivamente.
- 3) El de colindantes a favor de quienes lo sean.

En la legislación especial de arrendamientos, según el art. 50 LAU, el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del que tiene el condueño de la vivienda o del local de negocio transmitido. Por lo tanto:

- 1) Retracto de comuneros.
- 2) Retracto arrendaticio urbano.
- 3) Los restantes por su orden.

Según el art. 40 LAU en el traspaso de local de negocio, el arrendador tendrá preferencia sobre cualquiera a excepción del condueño de negocio. Precepto incomprensible, ya que no se puede traspasar sólo una cuota del derecho arrendaticio.

Según el art. 94 LAR los derechos de adquisición establecidos en la misma serán preferentes a los demás, con excepción del de colindantes (siempre que no pase de una hectárea ninguna de las dos fincas protagonistas).

Resulta una incongruencia que prevalezcan el de colindantes y el de comuneros sobre el arrendaticio, por cuanto ordinariamente están postergados al enfiteútico, que es siempre inferior al arrendaticio.

Los derechos forales dan en general preferencia al retracto gentilicio. La compilación de Vizcaya no dice nada al respecto, pero basándose en los criterios tradicionales, y por analogía a los demás derechos forales, resulta preferente el retracto gentilicio. En Navarra se da preferencia antes que al gentilicio a otros como el de corralizas o el de helechales. También dice que los retractos legales prevalecen sobre los derechos convencionales de opción, tanteo, y retracto.

-DERECHOS DE ADQUISICIÓN DE ORIGEN CONVENCIONAL-

TANTEO Y RETRACTO:

Estos tanteos y retractos, nacidos de la voluntad de las partes, adoptan la misma estructura y cumplen semejante función que los legales, pero sin depender de una situación (colindante, etc.), o relación (arrendamiento, etc.).

La compilación de Navarra los regula de la siguiente forma: Pueden constituirse por tiempo determinado, indefinido, o a perpetuo. A falta de disposición en contra, sólo se pueden ejercitar respecto a la primera enajenación. A falta de determinación de plazo caducarán a los 30 días.

Parece indudable la posibilidad de constituirlos también conforme al código civil al amparo de su artículo 1.255. Y, como en derecho navarro, podrán establecerse con naturaleza obligacional o real, en cuyo caso es inscribible. Con todo, la naturaleza real no depende de la inscripción, sin ella no afectará a terceros de buena fe, pero sí al comprador que conocía su existencia.

OPCIÓN:

Es el derecho que faculta a su titular para adquirir la cosa objeto de aquél, mediante el pago del precio, pactado con el concedente y dentro del plazo fijado.

Este derecho puede establecerse con naturaleza personal. Se tratará entonces de una promesa de venta. Pero en determinadas ocasiones puede pactarse como real. Según el art. 14 RH será inscribible el contrato de opción de compra siempre que: haya convenio expreso de las partes para que se inscriba, se señale el precio estipulado para la adquisición de la finca y el convenio para conceder la opción, y se indique el plazo de ejercicio de la opción, el cual no podrá exceder de cuatro años (en el arriendo con opción de compra la duración podrá alcanzar la del arrendamiento, pero caducará necesariamente en caso de prórroga). Sin la inscripción no tendrá eficacia erga omnes.

El contrato constitutivo del gravamen puede ser oneroso o gratuito. No confundir en el primer caso la contraprestación para la adquisición del derecho, con la correspondiente a la adquisición del objeto. De no existir pacto en contrario, motivado por ejemplo por haber tenido en cuenta las cualidades personales o solvencia del optante, el derecho será transmitido por cualquier título.

El pacto de retroventa (retracto convencional en el código civil) es una opción constituida a favor del vendedor, general pero no necesariamente en el mismo contrato y por el mismo precio de venta. Es de naturaleza real y debe ser inscrito para producir efectos contra terceros.

El derecho navarro sí que regula substantivamente la opción de origen voluntario. Según él, puede constituirse por un tiempo determinado no superior a diez años. Para inscribirlo en el registro, el plazo máximo será de cuatro años, tácitamente prorrogable por otro período igual. Es derecho real aunque no se inscriba, pero en este caso con el problema de no poder afectar a terceros de buena fe. Si el derecho de opción acompaña a un arrendamiento, u otra relación análoga, su duración podrá alcanzar la totalidad del tiempo de la relación, incluidas sus prórrogas voluntarias, expresas o tácitas. La opción de compra deberá ejercitarse por el precio fijado o según el procedimiento establecido para su determinación, y conforme a las cláusulas de estabilización, si se hubieren previsto. Los actos de disposición por el dueño de la cosa, no perjudicará este derecho, que subsistirá hasta el vencimiento del plazo.

DERECHO CIVIL III 10

DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN (LECCIONES 31 Y 32)