

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5067 *Resolución de 10 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Sagunto n.º 2, por la que suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra antigua y dación en pago de deudas con pacto complementario sobre derechos de tanteo y retracto voluntario.*

En el recurso interpuesto por don Joaquín Borrell García, notario de Valencia, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Sagunto número 2, don Domingo Jordán Domingo, por la que suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra antigua y dación en pago de deudas, con pacto complementario sobre derechos de tanteo y retracto voluntario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don Joaquín Borrell García, el día 31 de julio de 2013, número 2.666 de protocolo, don E. V. G. R., en pago de determinada suma de dinero que reconoce adeudar a don J. L. V. Q., le cede y transmite el pleno dominio de las fincas registrales números 2.869 y 2.938, y asimismo constituye a favor de este último un derecho de tanteo y retracto sobre la finca número 2.019.

II

La citada escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de la Propiedad de Sagunto número 2 el día 18 de diciembre de 2013, bajo el asiento de presentación 415 del Diario 3, y fue calificada negativamente el día 2 de enero de 2014, con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «Registro de la Propiedad de Sagunto/Sagunt N.º 2 Notificación de defecto en relación al documento de fecha 31 de julio 2013 autorizado por el notario don Joaquín Borrell García protocolo 2.666/2013, junto con las diligencias de fechas 9 de agosto 2013 y 7 de noviembre de 2013 y certificado del Registro civil de matrimonio de los comparecientes, esta última subsanando uno de los defectos señalados en la nota de calificación anterior de fecha 19 septiembre 2013, se ha presentado nuevamente en este Registro el documento referido el día 18 de diciembre de 2013 bajo el asiento de presentación 415 del diario 33, y de conformidad con el presentante, que requiere la inscripción del derecho de tanteo-retracto junto con la transmisión, se suspende la inscripción del presente documento en base a los siguientes defectos y fundamentos de derecho: 1) Para que se pueda inscribir el derecho de tanteo-retracto convencional debe quedar definido y determinado quién, cómo y cuándo puede ejercitarlo no puede quedar inciertos tantos conceptos y tan importantes como los referidos, pues constituyen el contenido o elementos definitorios del derecho, art. 51.6 RH y art. 9.2 LH. –RDGRN 20-09-1966 y 14-6-2010– así pues, es necesario concretar. 1).–si el derecho a favor de los constituyentes es personalísimo, solo ejercitable por ellos mismos (intransmisible) o por el contrario no lo es y por tanto son transmisibles mortis causa; 2) si se puede ejercitar sólo en una primera enajenación o por el contrario en segundas u ulteriores enajenaciones dentro de su plazo de vigencia (a tener en cuenta que ante la ausencia legal de su regulación, en cuanto a su duración, cabe remitirse al plazo legal máximo de duración que no podrá exceder de 10 años –art. 1.510 CC–, aplicable por analogía –art. 4 CC– lo regulado para el retracto convencional, o al plazo señalado por la DGRN en resolución de 20 septiembre de 1966 de no traspasar el límite

de art. 781 Cc). Es conveniente fijar a efectos de notificaciones un domicilio. Fundamento de derecho: Tratándose de derechos de adquisición preferente de origen convencional o voluntario, es la voluntad de los constituyentes la determinante del alcance de los mismos, y precisamente, esa relación entre el contenido del derecho y la potestad normativa creadora de quienes lo crean, exige que queden determinados de forma indudable, en el momento de su constitución, quién, cómo y cuándo puede ejercitar tales derechos, sin que ninguna de estas circunstancias reseñadas origine un problema de interpretación en el futuro, de interpretación de la voluntad común de los contratantes, razón por la cual han de quedar precisada y concretada el titular, la eventualidad y las circunstancias que motivan su ejercicio. La concreción de las contingencias para ejercitar el derecho tanteo-retracto son proporcionales a la precisión o claridad de su constitución, cuanto mayor sea esta última, menor será la dificultad de interpretar la voluntad de los constituyentes (art. 51.6 RH y art. 9.2 LH). El derecho de tanteo convencional carece de regulación legal (salvo en la Compilación de Navarra y en el Derecho civil, foral o especial, de Cataluña) no obstante, la posibilidad de crearlo amparada por el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 CC, permite la configuración de un tanteo con efectos puramente personales al amparo de autonomía de los particulares, a la vez que constituye una consecuencia natural de la eficacia meramente inter partes de todo contrato (art. 1.257 CC). Pero la asignación de efectos reales –erga omnes, frente a terceros– es una cuestión de orden público porque afecta a la seguridad del tráfico inmobiliario, a los derechos de terceros y, en definitiva, a la propia seguridad jurídica, uno de los principios garantizados por la Constitución (art. 9.3 CE), por tanto, la existencia de tales efectos reales es cuestión sustraída al ámbito de la libre decisión de los particulares, y queda supeditada, en primer lugar, a la decisión de las partes de atribuir carácter real al derecho de tanteo-retracto convencional, y, en segundo lugar, al otorgamiento del negocio constitutivo del tanteo en escritura pública y a su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad en las condiciones y con los requisitos previstos por la legislación hipotecaria. En consecuencia, no todo derecho de tanteo convencional con efectos reales puede ser inscrito en el Registro sin más al amparo de la libre voluntad de las partes, sino únicamente cuando cumple los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria, en especial las circunstancias del art. 9.2 LH y art. 51.6 RH, que exigen una clara determinación de la persona, extensión y alcance del derecho que se pretende inscribir, de ahí la necesidad de concretar si se trata de un derecho de: 1) carácter personalísimo –solo ejercitable por el constituyente– o no lo es y por tanto es transmisible, y ejercitable también por sus causahabientes, o es voluntad de constituirlo en favor de quien en cada momento sea titular de un inmueble determinado (derecho subjetivamente real de tanteo), todo ello durante el plazo de vigencia; 2) si su titular puede usarlo solo en una primera enajenación o por el contrario en segundas y sucesivas enajenaciones (conforme a la jurisprudencia de la DGRN en resolución de 20 septiembre 1966 señaló que debía limitarse a lo dispuesto en el art. 781 CC). Dado que los derechos reales de preferente adquisición son aquellos que se conceden a una persona la facultad de adquirirla con exclusión de cualquier otra, el elemento típico de este derecho es la preferencia en la adquisición, por lo que sus modalidades esenciales para operar precisa de concretar los requisitos necesarios para que puede ejercitarse y es mediante la concreción de estos requisitos se garantiza el carácter auténticamente real, con efectos erga omnes, del derecho constituido por voluntad de las partes y se consigue que cualquier tercero que consulte el Registro esté en condiciones de saber las condiciones exactas en que ese derecho inscrito puede afectarle u oponérsele. Advertir que solo se pacta el derecho de tanteo-retracto en el supuesto de enajenar, limitando pues las transmisiones sólo a las enajenaciones, no a las transmisiones gratuitas en las que no media precio, prueba de ello es que la no concreción de la base de precio para determinarlo. No será objeto de inscripción todo lo referido a la explotación orgánica porque constituiría una mención no permitida por el art. 29 LH ya que constituyendo las 3 fincas una unidad orgánica de explotación denominada Ca L'Eladi, debe solicitarse previamente conforme art. 8.2 LH, la inscripción de la agrupación de las 3 fincas que permitiría inscribir bajo un número de finca registral lo que constituye

una unidad de explotación (finca funcional, art. 44 RH) y al no solicitarse así, no puede reflejarse dichos pactos al no constar inscrita la finca funcional bajo una titularidad en comunidad, art. 392 CC y art. 13 RH, ya que dichos pactos tienen como objeto una unidad de explotación no se ha querido reflejar en el Registro. No será objeto de inscripción el exceso de cabida declarado en la finca señalada como número 1, pues procede de segregación (art. 298 RH) y conforme RDGRN 6 mayo 2013 porque todo exceso de cabida que exceda de la vigésima parte de la cabida inscrita –como en el presente caso– debe ser tratada como un supuesto de inmatriculación y en consecuencia, el hecho de que no se haya aportado título inmatriculador suficiente, así como el certificado catastral descriptivo y grafico impide practicar la inscripción del exceso de cabida. No será objeto de inscripción el pacto sexto del disponen por su carácter personal u obligacional, art. 98 LH y 9 RH, habida cuenta que el incumplimiento del mismo solo acarrea una indemnización. Se hace constar (...) En Sagunt, a 2 de enero de 2014. El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Domingo Jordán Domingo».

III

La anterior calificación fue recurrida por el notario autorizante del título calificado, don Joaquín Borrell García, mediante escrito fechado el día 23 de enero de 2014, en el que se formulan las siguientes alegaciones: «A) En primer lugar debe referirse a que, tratándose de una escritura compleja, que incorpora una declaración de obra, una dación en pago y la constitución de un derecho de tanteo y retracto y objetando en la nota de calificación recurrida, una vez complementada la escritura con los datos de régimen matrimonial a que se refirió una primera nota, únicamente este último negocio jurídico, haya sido denegada la inscripción de todos los actos contenidos en el documento. Es de suponer que al tiempo de la resolución del recurso la declaración de obra y la dación en pago, que no han sido objetadas en la nota de calificación, habrán quedado inscritas en virtud de solicitud expresa de inscripción parcial; pero el recurso parece una buena ocasión para un pronunciamiento sobre la improcedencia de la denegación de la inscripción sobre todos los actos contenidos en un instrumento cuando el supuesto defecto sólo afecte al que en su secuencia natural representa el último de éstos. La interpretación contraria, que en este caso paraliza la inscripción de una declaración de obra por problemas relativos a la posterior constitución de un derecho de tanteo y retracto, impulsa a los usuarios del sistema a fragmentar sus otorgamientos en instrumentos diferentes, con el consiguiente resultado antieconómico. B) Dicho lo cual procede centrarse en los defectos asignados en la nota a la constitución del derecho de tanteo y retracto, basados en una supuesta indeterminación de los siguientes elementos definitorios del derecho: B1. Si es personalísimo o transmisible mortis causa. B2. Si se puede ejercitar sólo en una primera enajenación o también en ulteriores dentro de su plazo de vigencia. B3. Si la duración puede exceder de la de diez años, por analogía con la regulación del Código Civil sobre el retracto convencional (artículo 1.508 del Código Civil) o, por aplicación de la doctrina del centra directivo, el límite previsto en el artículo 781 para las sustituciones fideicomisarias. A juicio de este recurrente la primera cuestión queda resuelta por la propia normativa del Código, la segunda no ofrece duda con arreglo al tenor de la escritura y la tercera implica una indebida aplicación de la analogía sin atender a la radical diferencia de naturaleza jurídica entre dos instituciones conocidas comúnmente con el nombre de retracto. En cuanto al punto primero no mediando ninguna previsión en contrario, no acaba de entenderse qué podría excluir el principio de la sucesión universal mortis causa derivada de los artículos 657 y 659 del Código Civil. Dicho de otra manera, el derecho de adquisición preferente podía haberse establecido con carácter personalísimo para su titular, lo que equivaldría a configurar la muerte de éste como evento resolutorio; pero no se ha hecho y por tanto la respuesta a la duda hipotética sobre si es transmisible sólo puede ser afirmativa, conforme a las reglas generales de cualquier derecho subjetivo. Respecto de la segunda duda, se transcribe dos textos parciales de la cláusula quinta de la escritura «...consistente en el derecho de adquisición preferente por parte de don J.-L. V. Q. para todos los supuestos en los que

Don E. V. G. R. pretenda enajenar por plazo de veinte años. En caso de concurrir la voluntad de transmitir don E. V. G. R. deberá notificar fehacientemente a don J. L. V. Q. la oferta recibida, con indicación del precio de adquisición,...». Por tanto el derecho de adquisición preferente se halla previsto para los supuestos de enajenación que realice el Sr. G. R., o sus causahabientes por aplicación del antes mencionado principio de sucesión universal; y una vez transmitido a tercero sin que el titular del derecho de adquisición preferente haya ejercitado éste queda sin efecto, sin que el texto del instrumento posibilite, a mi juicio, otra interpretación, que en todo caso quedaría bajo el amparo de los tribunales; pues ni a la escritura ni al asiento de inscripción se les puede pedir que eviten de modo absoluto la posibilidad de una interpretación contradictoria; lo mismo cabe afirmar del derecho inverso que en la propia cláusula se atribuye al Sr. G. R., al remitirse éste a las mismas condiciones del conferido al Sr. V. Q. Por lo que se refiere a la discrepancia sobre el plazo de duración del derecho, 20 años, entiendo que: –Resulta improcedente la mención del artículo 781 del Código Civil, en cuanto ni se trata de una institución remotamente semejante a la sustitución fideicomisaria ni el plazo contradice el límite del segundo grado previsto en dicha escritura. –Respecto del máximo de 10 años previsto por el artículo 1.508 para el retracto convencional, la analogía alegada en la nota de calificación resulta desmentida por la diferente naturaleza de ambos derechos aunque medie homonimia respecto de la palabra retracto. El derecho regulado en los artículos 1.507 y siguientes del Código Civil, retracto convencional, atribuye al que fue vendedor el derecho de recuperar la cosa vendida sin necesidad de que su titular tome la decisión de enajenarla. Opera por tanto una importante restricción de la voluntad dispositiva del titular, que durante su vigencia no puede de facto disponer de su propiedad, por cuanto el ejercicio del retracto dejaría la transmisión sin efecto. Por ello el Código limita su duración al plazo decenal indicado. Por el contrario el derecho de adquisición preferente pactado en la escritura, que sólo puede ser ejercitado cuando media la voluntad dispositiva del propietario, no limita las facultades dispositivas ni por tanto sustrae el bien jurídico del mercado, salvo en cuanto a la identidad del adquirente. Es decir, el propietario puede decidir la enajenación y su precio, sin más traba que la facultad del derecho de subrogarse en la posición del adquirente. No existe por tanto ninguna razón objetiva para limitar el principio de la autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil y expansivo en nuestro derecho, que la necesidad de fijar un término que dé certeza a las relaciones jurídicas, en particular cuando éstas, mediante la inscripción, afectan a las relaciones con terceros. Ahora bien, dicha fijación debe quedar comprendida en la libre regulación de sus relaciones por los particulares, siempre que no se incumpla ninguna norma imperativa, lo que no resulta predicable del plazo de 20 años. Por el contrario, la aplicación analógica de una regla prevista para otra institución, totalmente diversa en su naturaleza jurídica, restringe de forma infundada el citado principio de autonomía de voluntad, forzando a encorsetar la voluntad de los particulares en una casilla cuyo ámbito queda fijado discrecionalmente. No son objeto de recurso, por compartir el criterio de la nota, los extremos de esta relativos a la explotación orgánica, al exceso de cabida y al pacto obligacional previsto en el pacto sexto».

IV

Manteniéndose el registrador en su calificación, remitió a esta Dirección General, con fecha 31 de enero de 2014, el escrito acreditativo de la interposición del recurso con la demás documentación complementaria aportada en unión del preceptivo informe.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria; 7, 9 y 14 del Reglamento Hipotecario; 1.508 y siguientes del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1981, 3 de marzo de 1995, 20 de julio de 1998, 16 de diciembre de 2004, 29 de abril de 2005 y 22 de abril de 2008; así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de enero de 1927, 27 de marzo de 1947, 20 de septiembre

de 1966, 19 de septiembre de 1974, 6 de marzo de 2001, 19 de febrero de 2002, 4 de mayo de 2009, 14 de junio de 2010, 22 de junio de 2012 y 13 de septiembre de 2013.

1. Circunscrito el recurso al primero de los defectos señalados en la calificación –al aceptar el recurrente los relativos a la explotación orgánica, al exceso de cabida y al pacto obligacional previsto en la estipulación sexta–, a aquél debe ceñirse la presente resolución (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Se trata, por tanto, de dirimir si es posible, la inscripción de la estipulación quinta de la escritura calificada (por la que se formaliza la transmisión de dos fincas en pago de deuda), relativa a la constitución de sendos derechos de tanteo y retracto, que responde al siguiente tenor literal: «Igualmente como pacto accesorio de la presente transmisión las partes constituyen derecho de tanteo y retracto convencionales sobre la indicada finca 2019, consistente en el derecho de adquisición preferente por parte de don J. L. V. Q. para todos los supuestos en los que don E. V. G. R. pretenda enajenar por plazo de veinte años. En caso de concurrir la voluntad de transmitir de don E. V. G. R. deberá notificar fehacientemente a don J. L. V. Q. la oferta recibida, con indicación del precio de adquisición, disponiendo éste de un plazo de sesenta días para comunicarle la aceptación de la oferta y satisfacerle el precio de ésta. Si no hubiese mediado notificación don J. L. V. Q. dispondrá de un derecho de retracto en el plazo de sesenta días desde que hubiese recibido la notificación de la transmisión y, de no haber mediado ésta, desde que tenga conocimiento de dicha transmisión por cualquier medio que pueda probarse. Igualmente convienen la constitución de un derecho de tanteo y retracto a favor de don E. V. G. R., sobre las fincas objeto de la presente dación, en las mismas condiciones establecidas anteriormente».

El registrador entiende que, dado el origen convencional de los derechos de adquisición preferente pactados, es la voluntad de los constituyentes la que debe determinar de forma precisa e indubitada el contenido del derecho en el momento de su constitución, fijando claramente quién, cómo y cuándo puede ejercitarse tales derechos, por lo que, a su juicio, es necesario para que accedan a los libros del Registro que se concreten estos extremos: primero, si el derecho a favor de los constituyentes es personalísimo, sólo ejercitable por ellos mismos (intransmisible) o por el contrario no lo es, y segundo, si se puede ejercitar sólo en una primera enajenación o por el contrario también podrá ejercitarse en segundas o posteriores enajenaciones dentro de su plazo de vigencia. En relación con este último extremo añade el registrador en su acuerdo de calificación lo siguiente: «a tener en cuenta que ante la ausencia legal de su regulación, en cuanto a su duración, cabe remitirse al plazo legal máximo de duración que no podrá exceder de 10 años –art. 1.510 CC–, aplicable por analogía –art. 4 CC– lo regulado para el retracto convencional, o al plazo señalado por la DGRN en resolución de 20 septiembre de 1966 de no traspasar el límite de art. 781 CC».

El recurrente, por el contrario, entiende en cuanto al primer defecto que no existe motivo para excluir el principio de sucesión universal respecto de dichos derechos, al no haberse configurado expresamente con carácter personalísimo; en cuanto al segundo defecto, a su juicio, del tener literal de la cláusula debatida resulta con la suficiente claridad que en caso de transmisión de la finca sin que el titular del derecho de adquisición preferente lo haya ejercitado éste quedará sin efecto, sin que se pueda exigir a la escritura que evite de modo absoluto la posibilidad de una interpretación contradictoria; finalmente en cuanto al plazo de duración del derecho fijado en veinte años, entiende que no resulta aplicable por analogía el artículo 1.508 del Código Civil respecto del pacto de retro, ni resulta procedente la invocación en el presente caso del artículo 781 al referirse éste a la sustitución fideicomisaria, institución totalmente ajena a la ahora cuestionada.

2. Como cuestión de carácter preliminar, y teniendo en cuenta que la escritura calificada tiene por objeto formalizar una declaración de obra antigua y un negocio de dación en pago de deudas, a la que se añade como pacto complementario el relativo a la constitución de los derechos de tanteo y retracto voluntarios cuestionados, y limitándose el defecto a este último, entiende el recurrente que el registrador debió proceder a la inscripción de la declaración de obra antigua y de la dación en pago, limitándose a

suspender los derechos de tanteo y retracto. Ahora bien, para rechazar este planteamiento baste señalar que ni la escritura contiene previsión de inscripción parcial ni tal solicitud ha sido formulada por el presentante o interesado y, en tales casos, el registrador no podía actuar oficiosamente ignorando el principio de rogación vigente en nuestro sistema registral (vid. artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria y 323 de su Reglamento y, por todas, Resolución de 28 de febrero de 2014).

3. En cuanto a la cuestión de fondo, centrada en los términos antes indicados, para su resolución hay que comenzar recordando las dificultades señaladas por nuestra doctrina en relación con la caracterización de los derechos reales, tanto por la falta de una enumeración cerrada de los mismos, como por las dudas que con cierta frecuencia se plantean a la hora de interpretar sus características propias, como la inmediatividad o su carácter absoluto o eficacia «erga omnes», lo que en la práctica ha derivado en dudas y debates en torno a ciertos derechos sobre su condición de verdaderos y propios derechos reales, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En este ámbito o zona de derechos de naturaleza real discutida se sitúan los tanteos y retractos voluntarios.

Por su parte, la doctrina de este Centro Directivo ha declarado reiteradamente que, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse en consecuencia todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los registradores de la Propiedad –ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción– es la de velar por el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real (cf. por todas, Resolución de 19 de septiembre de 1974).

En este sentido, es conocida la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resolución de 4 de mayo de 2009) acerca de 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 inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Del análisis del elevado número de Resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real no ha recibido sanción legal hasta la reciente legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales.

4. No obstante, lo anteriormente expuesto no significa que sea suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que éste se considere derecho real. Hace falta, además, que concurren determinadas circunstancias, que la citada Resolución de 4 de mayo de 2009 sintetizó en dos: a) Como se ha dicho anteriormente, 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 cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley que expulsa de los libros registrales a todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal.

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

En este marco general, respecto de los derechos de adquisición preferente, hay que comenzar precisando que de las 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.

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. Inicialmente la Resolución de esta Dirección General de 4 de enero de 1927 negó que pudiera tener carácter real en base al silencio de la ley, al efecto de vinculación de la propiedad que podría generar, las dificultades para su desenvolvimiento judicial y extrajudicial, y por no responder la figura al criterio legal de reconstrucción de la propiedad desmembrada ni a la finalidad de evitar la indivisión. Este criterio negativo se mantuvo en la Resolución de 27 de marzo de 1947 entendiéndose que en el caso estudiado las partes se limitaron a establecer un pacto que sólo a las mismas y a sus herederos afectaba, y que los posteriores adquirentes del inmueble deben verse libres de sus trabas y restricciones, recordando que «legislación y la jurisprudencia modernas son cada vez más opuestas a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder alcance real a los pactos que, como el ahora discutido, no pueden desenvolverse sino en el campo propio del derecho de obligaciones ni provocar otros efectos civiles que los contractuales entre los interesados o sus causahabientes, posición brillantemente defendida en la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria, de 30 de diciembre de 1944, y que ha cristalizado en el artículo 98 del vigente texto refundido, precepto que debe ser observado con su natural eficacia para no desvirtuar el sentido de la reforma ni hacer estériles los propósitos del legislador, plenamente compartidos en este punto por la doctrina».

6. Sin embargo, en una etapa posterior, iniciada con 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. Se discutía con ocasión de la citada Resolución la posibilidad de inscribir en el Registro ciertos pactos en los que las partes establecían sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de parcelas. La Dirección General, tras recordar que no dejan de ser frecuentes en la práctica del tráfico jurídico-inmobiliario la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio (como ya previene el artículo 467 del Código Civil respecto del usufructo o el 594 en relación a la servidumbre), añade que ello obliga a «extremar el cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de «numerus apertus», tradicionalmente seguida por este Centro... no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria». Pero, a pesar de tales cautelas, admite el carácter real de los derechos de adquisición preferente pactados en el título calificado, entendiéndolo 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.

7. 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 u 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 «precedente[s] de la voluntad de las partes y se constituye como derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Ha sido estudiado por la doctrina, aplicado en la práctica y reconocido jurisprudencialmente en sentencia de 29 de abril de 2005, como dice, literalmente, derecho tiene carácter real y es oponible erga omnes dado lo dispuesto en los artículos 2, números 1.º y 2.º y 37.3.º de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria en cuanto permiten su inscripción registral».

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. Y ello siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales antes reseñados. En el caso concreto objeto del presente expediente, en la escritura en que se pactan los derechos de tanteo y retracto debatidos no se dice que éstos tengan carácter real, ni se establece que serán inscribibles, ni se expresan las consecuencias en caso de que se incumpla lo estipulado, ni se constituyen los recíprocos derechos de adquisición a favor de quien sea titular en el momento de su ejercicio de la respectiva finca, sino nominativamente a favor de don E. V. G. R. y don J. L. V. Q., imponiéndoles a ellos, sin referencia alguna a sus causahabientes, la obligación de notificación del propósito de vender. Sin embargo, la calificación impugnada no cuestiona el carácter real del derecho, y por tanto este Centro Directivo no puede entrar a valorar ni prejuzgar esta cuestión por la propia limitación objetiva del recurso (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

8. Las objeciones del registrador se refieren más bien a las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, exigencias más apremiantes en el caso de los títulos relativos a la constitución de derechos reales atípicos en los que el Derecho dispositivo no puede integrar las lagunas del título constitutivo. En este sentido es cierto que, como declaró esta Dirección General en la Resolución de 14 de junio de 2010, en un sistema registral de inscripción, como es el nuestro, en que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro, sino un extracto de los mismos («expresión circunstanciada», dice el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario que refleje la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba), es evidente que la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos «en la forma determinada por el asiento respectivo» (artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Exigencia que aumenta en relación con los

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

Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para 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.

9. En este sentido entiende el registrador que el pacto debatido adolece de indeterminación en cuanto a quién, cómo y cuándo pueden ejercitarse los derechos de tanteo y retracto voluntarios constituidos, considerando que es necesario subsanar el título concretando: primero, si el derecho a favor de los constituyentes es personalísimo, sólo ejercitable por ellos mismos (intransmisible) o por el contrario no lo es y por tanto son transmisibles «mortis causa»; segundo, si se puede ejercitar sólo en una primera enajenación o por el contrario en segundas o posteriores enajenaciones dentro de su plazo de vigencia, cuestionando a continuación la validez del plazo de duración pactada de veinte años. Ahora bien, en los concretos términos en que dicha calificación se ha formulado no puede ser confirmada.

En efecto, en cuanto al primero de los extremos antes señalados no se advierte motivo alguno por el cual pueda llegar a entenderse que los derechos de tanteo y retracto voluntarios pactados tienen carácter personalísimo. Y ello no sólo por el carácter estrictamente excepcional que tienen los derechos personalísimos en el ámbito de los derechos patrimoniales, y por el régimen general de la sucesión «mortis causa» (artículos 657 y 659 del Código Civil) a que alude el recurrente, sino también porque la eficacia de los contratos, aun siendo subjetivamente relativa y no absoluta, se extiende no sólo a los contratantes, sino también a sus herederos, y ello salvo respecto de los derechos y obligaciones derivados del contrato que no sean transmisibles bien «por la naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley» (cfr. artículo 1257 del Código Civil). No imputa la calificación una infracción a la naturaleza intransmisible del derecho o a una disposición legal que así lo determine, por lo que hay que entender que la excepción a la transmisibilidad de los efectos del contrato a los herederos de los contratantes sólo podría proceder en este caso de pacto expreso. Y no habiéndolo no puede interpretarse dicho silencio como factor de confusión o duda, pues los efectos de tal silencio están claramente determinados en el citado artículo del Código Civil, sancionando la transmisibilidad «mortis causa» de tales derechos y obligaciones. Decae así el primer motivo de oposición a la inscripción.

En segundo lugar, respecto a la necesidad de precisar si puede ejercitarse el derecho de adquisición preferente sólo en una primera enajenación o por el contrario en segundas o posteriores enajenaciones dentro de su plazo de vigencia, esta exigencia de la calificación parece estar inspirada en la Resolución de 20 de septiembre de 1966, citada por el

registrador, en la que, con referencia al derecho de tanteo allí examinado se incluía, entre las causas que abonaban su admisión como derecho real inscribible, que «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». Esto explicaría la vinculación que se observa en la nota de calificación entre este extremo y la cuestión del límite del plazo de duración. Ciertamente una de las razones por las que las antiguas Resoluciones de 4 de enero de 1927 y 27 de marzo de 1947 habían rechazado la inscribibilidad y aun el mismo carácter de derecho real de los retractos allí examinados era la total indeterminación de los plazos para su ejercicio, lo que llevaba de la mano de la proscripción de la vinculación de la propiedad con cargas perpetuas a rechazar su admisibilidad. Por ello la Resolución de 20 de septiembre de 1966, al variar de criterio respecto de las anteriores, entra en la justificación de dicha variación invocando al efecto que la combinación de limitar el derecho de preferencia a la primera transmisión y el establecimiento del límite temporal del artículo 781 del Código Civil salva el obstáculo al eludirse la creación de una «vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida». Pero de ello no puede extraerse una exigencia suplementaria en el sentido de tener que precisar siempre y en todo caso que la preferencia se concreta o no a la primera transmisión, cuando por los términos de la redacción del pacto correspondiente este extremo sobre el ejercicio del derecho esté suficientemente determinado. Así ocurre en el presente caso en el que se pacta un «el derecho de adquisición preferente por parte de don J. L. V. Q. para todos los supuestos en los que don E. V. G. R. pretenda enajenar por plazo de veinte años. En caso de concurrir la voluntad de transmitir de don E. V. G. R. deberá notificar fehacientemente a don J. L. V. Q. la oferta recibida». Por tanto, si enajena el actual titular de la finca y el titular de la preferencia no la ejerce, ya no la podrá ejercer en caso de que el tercer adquirente de la finca pretenda, a su vez, transmitirla a un nuevo subadquirente. Obsérvese la diferencia en relación con la previsión que respecto del pacto de retro se establece en el artículo 1510 del Código Civil, cuando dice que «el vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros». Otra cosa es que esta redacción, en combinación con el hecho de que no se pacta expresamente el carácter real del derecho ni su inscribibilidad, ni su eficacia u oponibilidad frente a terceros, pudiera dar pie a cuestionar el propio carácter real del derecho constituido, pero como hemos visto «supra» este extremo no ha sido cuestionado por el registrador, y por tanto tampoco puede ahora valorarse.

10. Finalmente, en cuanto al plazo de duración del derecho entiende el registrador que «ante la ausencia legal de su regulación, en cuanto a su duración, cabe remitirse al plazo legal máximo de duración que no podrá exceder de 10 años –art. 1510 CC–, aplicable por analogía –art. 4 CC– lo regulado para el retracto convencional, o al plazo señalado por la DGRN en resolución de 20 septiembre de 1966 de no traspasar el límite de art. 781 CC», objeción a la inscripción que tampoco puede confirmarse. Ciertamente, como antes se dijo, resulta imperativo la determinación de un plazo para el ejercicio de estos derechos al proscribirse en nuestro Derecho las vinculaciones, cargas o gravámenes perpetuos o indefinidos. La necesidad de fijación convencional de un plazo cierto en relación con los derechos de tanteo y retracto voluntarios (como fijados están en la ley para los retractos legales y para el retracto convencional o pacto de retro) ha sido reiterada y unánimemente subrayado tanto por la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 27 de marzo de 1947, 20 de septiembre de 1966 y 19 de septiembre de 1974), como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 3 de abril de 1981 y 3 de marzo de 1995). Así v.gr. en esta última Sentencia se afirma que «la falta de... seguridad para el ejercicio del tanteo y del retracto en su caso con la fijación de un plazo a partir de dicha enajenación a tercero que se instaura en los de carácter legal, es más preciso y necesario aún en los simplemente convencionales», y ante la falta de límite temporal para el ejercicio del derecho debatido en el caso de autos, se concluía que «no puede pretenderse revestir como se propugna de los honores y preeminencias de derecho real a una simple convención con efectos simplemente obligacionales al que le falta por lo

menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de los derechos de tanteo y retracto convenidos a partir de la enajenación a un extraño».

Ciertamente no reprocha la calificación impugnada indeterminación en este extremo, sino exceso en el límite señalado, entendiéndose que por analogía, ante la ausencia de regulación legal, debe aplicarse el límite de diez años del artículo 1.508 del Código Civil o el plazo señalado en el artículo 781 del Código Civil, a que aludió la reiterada Resolución de 20 de septiembre de 1966. En cuanto a esta segunda referencia al artículo 781 del Código Civil, ya hemos dicho que fue invocada por la citada Resolución no como referencia normativa supletoria o aplicable por analogía al caso de los retractos voluntarios, sino para significar que a la vista de la previsión en el título constitutivo del derecho del citado límite, quedaba excluida la objeción que para su admisibilidad derivaría de un carácter perpetuo o indefinido del gravamen. Más dudosa es la solución en relación con la invocación de la analogía con el retracto convencional o pacto de retro, y la extrapolación a los retractos voluntarios del límite que para los pactos sobre duración de tales derechos impone el artículo 1.508 del Código Civil en diez años, límite que habría sido excedido por la estipulación a que se refiere la calificación que señala el límite temporal para su ejercicio en veinte años. No obstante, como se verá, tampoco puede mantenerse en este extremo la calificación.

En efecto, como ha señalado la doctrina más autorizada, en relación con los derechos reales de retracto voluntarios se han de diferenciar dos tipos de plazos. Por un lado, el plazo de ejercicio del retracto una vez producida la enajenación que desencadena la posibilidad del ejercicio; este plazo debe concretarse en un «breve término» a contar desde que tal enajenación es notificada al titular del derecho de retracto o desde que pudo ser conocida por este titular. Término cuya concreción es requisito de la constitución misma del derecho de adquisición como derecho real (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 y Resolución de 20 de septiembre de 1966), y que en el presente caso (en que dicho plazo queda concretado en treinta días) no plantea problema alguno. Y en segundo lugar, el plazo de duración del derecho mismo. En el caso de los derechos reales innominados que puedan constituirse al amparo de la doctrina del «numerus apertus» y del principio de la autonomía de la voluntad la cuestión que se plantea es determinar los límites legales que rigen en la constitución de estos derechos, pues, sin llegar a constituir prohibiciones de disponer, en cierta medida restringen la facultad de disponer y vinculan relativamente la propiedad. Por ello se ha planteado razonablemente en la doctrina, si debe considerarse aplicable por analogía a los derechos reales de retracto innominados o atípicos los plazos máximos de duración previstos por el ordenamiento para figuras similares, en particular para el retracto convencional (vid. para el caso de la opción de compra el artículo 14 del Reglamento Hipotecario). Algunos autores observan con razón la necesidad de distinguir entre los derechos reales de adquisición constituidos con independencia de toda otra relación jurídica entre el titular del derecho y el dueño del bien gravado, y aquellos otros en que tales derechos de adquisición son meras facultades integrantes del contenido de un derecho subjetivo dentro de una relación jurídica duradera entre su titular y el dueño de la cosa, caso en el que dicha adherencia favorece la vigencia del derecho de preferente adquisición mientras dure la relación principal de la que forma parte (v.gr. vid artículo 14 del Reglamento Hipotecario para la opción de compra, o artículo 396, párrafo tercero, del Código Civil, respecto de los derechos de tanteo y retracto que pueden introducirse en el título de constitución del régimen de propiedad horizontal). En el primer caso (derecho de tanteo y retracto como derecho autónomo y no como facultad de otro derecho subjetivo) la necesidad de concreción del plazo es pues más intensa.

Pues bien, a pesar de ello y a pesar de que este Centro Directivo ha afirmado en alguna ocasión incidentalmente la aplicación analógica de algún precepto de los consagrados por el Código Civil a los retractos convencionales a los voluntarios (así respecto del artículo 1.520 del Código en Resolución de 13 de septiembre de 2013), lo cierto es que dicha aplicación analógica en el concreto ámbito ahora cuestionado ha sido

rechazada explícitamente por el Tribunal Supremo, cuyo criterio en esta sede debe ser admitido. Así, en su Sentencia de 3 de abril de 1981 se dice al respecto que «la resolución impugnada hace una indebida aplicación del art. 4-1 del Código Civil, porque al declarar caducado y extinguido el indicado derecho de adquisición preferente pactado en la cláusula 6.ª de la escritura pública de..., lo hace utilizando la «analogía legis», generalizando las disposiciones concretas de los arts. 1289 y 1508 del Código Civil a la invocada relación jurídica de adquisición preferente, sin que para ello se cumplan los requisitos exigidos por el meritado art. 4-1 del Código Civil, y concretamente la identidad de razón expresada por el principio «ubi eadem ratio, ibique eadum legis dispositio», de una parte debido a que la normativa del art. 1289, 1.º, del Código Civil...; y de otra parte a causa de que el art. 1508 del Código Civil, que se encuentra dentro de la sección dedicada al retracto convencional, al suponer una venta y una posterior recuperación en virtud del derecho reservado, no tiene analógica aplicación al supuesto de autos por su naturaleza, al no existir compraventa del señor F. al señor P., ni por tanto puede hablarse de recuperación de un terreno, que precisamente fue adjudicado a dicho señor F. en escritura de división de bienes; ...; y por las condiciones de su nacimiento, por la sencilla razón de que mientras en el retracto convencional el derecho puede ejercitarse durante todo el plazo contractual o legal establecido, por la simple voluntad del retrayente, por el contrario la acción que corresponde según el pacto a los sucesores del señor P. nace no por mera voluntad de éste, sino en el caso de que la parcela en cuestión sea enajenada o se pretenda enajenar a persona distinta del propio señor F. o de su esposa». Descartada, pues, la aplicación analógica del artículo 1508 del Código Civil al derecho ahora cuestionado, decae también este motivo obstativo a la inscripción registral postulada, lo que lleva a la estimación del recurso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación registral, en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho anteriores.

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, 10 de abril de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.