

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA REGULACIÓN UNITARIA DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA¹

Santiago Espiau Espiau
Catedrático de derecho civil
Universidad de Barcelona

Resumen

El presente estudio propone establecer una regulación unitaria de los derechos de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña, unificando el actual régimen jurídico que el legislador ha dedicado, por una parte, a los derechos de tanteo y de retracto de origen voluntario y, por otra, a determinados derechos de tanteo y de retracto de origen legal y de origen voluntario, circunstancia que origina repeticiones pero que también suscita dudas. En este sentido, se fijan y se analizan las cuestiones que pueden ser objeto de esta regulación unitaria, fundamentalmente las que se refieren al presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, a los requisitos de este ejercicio y a los efectos reales que derivan del mismo, y en este último punto se distingue entre la eficacia real de la preferencia y la eficacia real de la facultad adquisitiva, que se predicen tanto del derecho de tanteo como del derecho de retracto.

Palabras clave: derechos reales de adquisición, derecho de tanteo, derecho de retracto, regulación unitaria, presupuesto y requisitos de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, eficacia real derivada del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto.

1. El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación PID-2021-126857NB-I00. El autor también pertenece al Grup de Dret Civil Català UB (2021 SGR 00347).

ALGUNES CONSIDERACIONS A L'ENTORN D'UNA REGULACIÓ
UNITÀRIA DELS DRETS REALS D'ADQUISICIÓ PREFERENT
EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Resum

Aquest estudi proposa establir una regulació unitària dels drets d'adquisició preferent en el Codi civil de Catalunya, unificant el règim jurídic actual que el legislador ha dedicat, d'una banda, als drets de tanteig i retracte d'origen voluntari i, de l'altra, a determinats drets de tanteig i de retracte d'origen legal i d'origen voluntari, circumstància que origina repeticions però també suscita dubtes. En aquest sentit, es fixen i s'analitzen les qüestions que poden ser objecte d'aquesta regulació unitària, fonamentalment les que fan referència al pressupòsit d'exercici dels drets de tanteig i de retracte, als requisits d'aquest exercici i als efectes reals que se'n deriven, i en aquest darrer punt es distingeix entre l'eficàcia real de la preferència i l'eficàcia real de la facultat adquisitiva, que es prediquen tant del dret de tanteig com del dret de retracte.

Paraules clau: drets reals d'adquisició, dret de tanteig, dret de retracte, regulació unitària, pressupòsit i requisits d'exercici dels drets de tanteig i de retracte, eficàcia real derivada de l'exercici dels drets de tanteig i de retracte.

SOME CONSIDERATIONS AROUND A UNITARY REGULATION
OF REAL RIGHTS OF PREFERRED ACQUISITION
IN CIVIL CODI OF CATALONIA

Abstract

This study advocates for the establishment of a comprehensive regulatory framework for rights of first refusal with a proprietary nature in the Civil Code of Catalonia. The objective is to streamline the existing legal provisions dedicated, on the one hand, to voluntary rights of first refusal and re-purchase, and, on the other hand, to specific rights of first refusal and repurchase arising from both legal and voluntary sources. This structure results in certain redundancies, and it also gives rise to uncertainties. Within this framework, the study specifies what aspects should be included in this unified regulation, which mainly concern the triggers and conditions governing the exercise of such rights, the prerequisites for said exercise and the proprietary effects thereof. The latter requires drawing a distinction between the proprietary effect of the preference and that of the right to acquire that both the right of first refusal and the right to repurchase grant their holders.

Keywords: real rights of first refusal, right to repurchase, unified regulation, triggers and prerequisites for the exercise of rights of first refusal and rights to repurchase, proprietary effects of the exercise of rights of first refusal and rights to repurchase.

Sumario: 1. Introducción; 2. La regulación general de los derechos de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña; 2.1. El derecho de tanteo; 2.2. El derecho de retracto; 3. La regulación específica de los concretos derechos de adquisición preferente recogidos en el Código civil de Cataluña; 3.1. Los derechos de tanteo y de retracto del nudo propietario; 3.2. Los derechos de tanteo y de retracto en las situaciones de comunidad; 3.3. El derecho de adquisición preferente del propietario temporal; 3.4. El *dret de fadiga* en el censo enfiteúutico; 3.5. Los derechos de tanteo y de retracto del arrendatario rústico; 3.6. El derecho de retracto del propietario colindante; 3.7. El *dret de torneria*; 4. Hacia una regulación unitaria de los derechos reales de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña; 4.1. El presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto: la enajenación onerosa; 4.2. El ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto; 4.2.1. El plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto; 4.2.2. El *dies a quo* del plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto; 4.3. Los efectos reales derivados del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto; 4.3.1. La eficacia real de la preferencia; 4.3.2. La eficacia real de la facultad adquisitiva; 4.3.2.1. La eficacia real adquisitiva del derecho de tanteo; 4.3.2.2. La eficacia real adquisitiva del derecho de retracto.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat) regula los denominados *derechos de adquisición* en el libro v, dedicado a los derechos reales,² y, más concretamente, en el capítulo VIII («Els drets d'adquisició») de su título VI («Dels drets reals limitats»). Dentro de este capítulo, el legislador considera como derechos reales de adquisición *típicos* la opción, el tanteo, el retracto y el derecho a redimir en la venta a carta de gracia (cfr. art. 568-1 CCCat).³ Esta ubicación sistemática obedece a la consideración de los derechos de adquisición como derechos reales limitados y se adecúa a la concepción tradicional que entiende que estos derechos otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre un bien ajeno, el cual le faculta para imponer

2. Aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales; con posterioridad, la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, adiciona e incorpora a la regulación de los derechos reales de adquisición la correspondiente al derecho a redimir en la venta a carta de gracia.

3. Como se apunta en la nota anterior, la referencia al derecho a redimir no se recogía en la redacción originaria del artículo 568-1 CCCat, así como tampoco la regulación específica que le dedican los artículos 568-28 a 568-32 CCCat, que se introducen con la Ley 3/2017.

a su propietario la transmisión a su favor del derecho de propiedad que este ostenta sobre el bien.⁴

La naturaleza real de los derechos de adquisición se manifiesta, pues, en que esta imposición que afecta al propietario del bien sobre el que recaen constituye una restricción a su poder de disposición, y no una obligación en virtud de la cual asuma la prestación de entregar el bien sobre el que ostenta el derecho de propiedad, sin perjuicio de que esta obligación exista cuando el derecho de adquisición sea de naturaleza personal.⁵ Parafraseando lo dispuesto en el artículo 545-4.2 CCCat, las limitaciones

4. Así suele considerarlos, en efecto, la doctrina; cfr., por ejemplo, Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 7a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, 2023, p. 497-532; Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», en M. del Carmen GETE-ALONSO y CALERA y Judith SOLÉ RESINA (coord.), *Derechos reales de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 549-574. El profesor Bosch Capdevila ha prestado especial atención a los derechos de adquisición, primero en su regulación por la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servitud y de adquisición voluntaria o preferente, y después en su regulación por el Código civil, y les ha dedicado numerosos trabajos: así, entre otros, *Opción, tanteo y retracto: La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Madrid, Marcial Pons, 2004; COLEGIO DE REGISTRADORES (COORD.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 603-693, comentario de los artículos 19-35 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre; DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, Barcelona, Dykinson, 2008, p. 1704-1746, comentario de los artículos 568-13 a 568-20 CCCat.

5. La Ley 22/2001, de donde procede la regulación vigente del capítulo VIII del título VI, aludía ya a la doble naturaleza —real o personal— de los derechos de adquisición: «Els drets d'adquisició poden tenir naturalesa real o personal» (art. 20 de la Ley 22/2001, «Naturalesa», que regula tanto unos como otros). Ahora, en el Código civil, aunque no existe un precepto que aluda expresamente a esta naturaleza, las referencias a «els drets reals d'adquisició» (art. 568-2.1 CCCat), al «dret real d'opció» (art. 568-8.1 CCCat) o al «dret real de tanteig» (art. 568-13.1 y 568-15.1 CCCat) —y destacamos esta calificación, ociosa en un libro dedicado exclusivamente a la regulación de los derechos reales— presuponen la eventual existencia de estos derechos con naturaleza personal, por más que se haya omitido su regulación y se haya derogado la Ley 22/2001 (disposición derogatoria, ap. e de la Ley 5/2006).

Evidentemente y centrándonos en los denominados *derechos de adquisición preferente*, constituidos por los derechos de tanteo y de retracto, las consecuencias que derivan de uno y otro supuestos son radicalmente distintas: en el primer caso, dado que el derecho de adquisición es de naturaleza real, su titular ostenta un poder directo e inmediato sobre el bien que es objeto de su derecho, mientras que, si es de naturaleza personal, su titular ostenta un derecho de crédito frente al propietario del bien que le faculta para exigir a este su entrega. De ahí que, presupuesto que —como norma general— el ejercicio de los derechos de adquisición preferente se condiciona a la existencia de una enajenación onerosa, si el propietario transmite a título gratuito su derecho de propiedad gravado con un derecho de adquisición real a un tercero, este lo adquiere con el gravamen que recae sobre el mismo y asume los derechos de tanteo y de retracto que le afectan, mientras que si la transmisión gratuita se refiere a un derecho de propiedad cuyo titular ha constituido un derecho de adquisición personal en favor de otro sujeto, el adquirente recibe la propiedad libre de gravámenes y no asume ninguna obligación frente al titular del derecho de adquisición personal. Y, en caso de incumplimiento o lesión del derecho de adquisición, cuando se constituye un derecho de tanteo de naturaleza real, si el propietario transmite a título oneroso su derecho de propiedad a un tercero, la transmisión es atacable y el adquirente se convierte en un propietario que puede verse privado de su de-

impuestas al ejercicio de las facultades del derecho de propiedad pueden constituir derechos limitados y, en este sentido, las restricciones al poder de disposición del propietario tienen como contrapartida los derechos reales de adquisición.⁶ Con todo, cabe destacar que, a diferencia de lo que sucede con otros límites o limitaciones del derecho de propiedad, estas restricciones no ocasionan un perjuicio patrimonial a su titular, puesto que, al enajenarlo y transmitirlo, recibe el valor económico que él mismo ha asignado —unilateralmente o de acuerdo con el titular del derecho real de adquisición— a su derecho.

Dentro de la categoría de los «drets d'adquisició» regulados en el CCCat, los derechos de tanteo y de retracto presentan, junto a las características comunes de ser *derechos reales*⁷ y *derechos reales limitados*, otras dos particularidades que los individualizan y los distinguen de los derechos de opción y de redimir en la venta a carta de gracia. La primera característica específica, de carácter sustantivo, es que los derechos de tanteo y de retracto se vinculan a un negocio de disposición o de enajenación orientado a la transmisión a favor de un tercero del derecho de propiedad gravado con el derecho de adquisición. La enajenación puede ser una enajenación meramente proyectada o puede haberse consumado: en el primer caso, el derecho de tanteo «faculta el seu titular per a adquirir a títol oneros un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent» (art. 568-1.1*b* CCCat); en el segundo, el derecho de retracto «faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic oneros una vegada ha tingut lloc la transmissió» (art. 568-1.1*c* CCCat). En ambos supuestos, la existencia del negocio de enajenación —proyectado o consumado— presupone la presencia de un tercero —adquirente eventual o adquirente efectivo— respecto del cual el titular

recho de propiedad, porque el titular del derecho de adquisición —que cumpla con los requisitos de oponibilidad— puede hacerlo valer (ahora como derecho de retracto) contra él. En cambio, cuando el derecho de tanteo es de naturaleza personal, si el propietario transmite a título oneroso a un tercero, la transmisión es plenamente eficaz, el adquirente se convierte en un propietario cuyo derecho de propiedad es inatacable y el titular del derecho de adquisición no puede hacerlo valer frente a él, de modo que puede tan solo ejercitar una pretensión de rescimiento frente al propietario por incumplimiento obligatorio.

6. La afirmación del artículo 545-4.2 CCCat «[l]es limitacions voluntàries [a l'exercici de les facultats que comporta el dret de propietat] constitueixen els drets reals limitats» exige alguna precisión: por una parte, no siempre estas limitaciones constituyen derechos reales limitados, pues una prohibición de disponer, por ejemplo, no los origina necesariamente; y, por otra, los derechos reales limitados no siempre se vinculan a limitaciones voluntarias de las facultades dominicales, dado que existen, por supuesto, derechos limitados legales, en los cuales la restricción de dichas facultades es asimismo legal.

7. Como se acaba de apuntar en la anterior nota 4, el Código civil regula exclusivamente los derechos de adquisición de naturaleza real, y, si bien no niega necesariamente la existencia de los de naturaleza personal, ha omitido de momento —cabe recordar que el libro VI, dedicado a las obligaciones y los contratos, está incompleto— su regulación, dado que se había derogado la recogida en la Ley 22/2001. Con todo, pueden establecerse al amparo del principio de libertad civil y autonomía de la voluntad que rige en el ordenamiento jurídico catalán (art. 111-6 CCCat).

del derecho de tanteo o del derecho de retracto tiene, en cualquier caso, preferencia: de ahí que estos derechos se califiquen como «drets d'adquisició preferent» (cfr., p. ej., art. 547-5c, 561-10, 563-4, 564-4.5, 623-8.2 o 623-37 CCCat), preferencia que, en cambio, no se predica de los derechos de opción y de redimir, en la medida en que sus titulares son los únicos eventuales adquirentes del derecho de propiedad gravado con el derecho de adquisición. La segunda característica específica de los derechos de tanteo y de retracto, dentro de los «drets d'adquisició», es de carácter formal y hace referencia a su origen, que puede no solo ser voluntario (art. 568-1.1 CCCat), sino también legal (art. 568-1.2 CCCat), mientras que los derechos de opción y de redimir en la venta a carta de gracia —que no deja de ser una modalidad de opción (cfr. art. 568-28 CCCat)— son siempre de origen voluntario.⁸

Conviene, con todo, hacer una precisión. Aunque los derechos de adquisición preferente se suelen vincular al derecho de propiedad y, en este sentido, se orientan a posibilitar la adquisición del mismo por parte del titular del tanteo o del retracto, cabe destacar que son también derechos de adquisición preferente los que, en determinados supuestos, se reconocen al propietario cuyo derecho está gravado con un derecho real limitado —usufructo, derecho de superficie, censo enfiteútico—, de modo que el ejercicio del derecho de adquisición le permite extinguir el gravamen y adquirir de este modo una propiedad libre (cfr. art. 561-10 CCCat, por lo que respecta al nudo propietario; 564-4.5 CCCat, con relación al dueño cuya propiedad está gravada con un derecho de superficie; y 565-23 CCCat, con relación al censatario).

Pues bien, presupuesto todo lo anterior, por lo que respecta a los derechos de tanteo y de retracto y a partir de su doble consideración como «drets d'adquisició voluntaris» (art. 568-1.1 CCCat) y como «drets d'adquisició legals en els casos en què ho estableix aquest codi», en cuyo caso «es regeixen per la norma sectorial específica corresponent» (art. 568-1.2 CCCat),⁹ en el Código civil de Cataluña coexisten una

8. Cuestión matizable por lo que respecta al derecho a redimir, si se considera la venta a carta de gracia como un contrato legalmente tipificado, distinto del contrato de compraventa. Sin embargo, el artículo 621-55 CCCat configura la venta a carta de gracia como un contrato de compraventa al que se adiciona por pacto el derecho a redimir, razón por la cual este derecho se califica como un derecho de adquisición voluntaria (art. 568-1.1d y 568-28 CCCat).

9. Las referencias a los derechos de tanteo y de retracto de origen legal y a su regulación que efectúa el artículo 568-1.2 CCCat requieren alguna precisión. En primer lugar, cabe recordar que los derechos de adquisición legales son los establecidos por la ley —civil o no, de derecho público o de derecho privado—, y no solo por el Código civil: basta pensar en los derechos de tanteo y de retracto a favor de la Administración en materia urbanística o en los derechos de adquisición preferente en la transmisión de participaciones sociales del artículo 107 del Real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital. Y, en segundo lugar, cabe recordar asimismo que los derechos de adquisición legales no se rigen solo por «la norma sectorial específica corresponent» —afirmación que no resulta muy coherente con la anterior que vincula estos derechos al Código civil exclusivamente—, sino

regulación general para los derechos de adquisición preferente de origen voluntario y una regulación específica para determinados derechos de adquisición preferente de origen legal y de origen voluntario, con un régimen propio en cada caso, por más que, en ocasiones, el previsto para alguno de ellos se aplique a otros.¹⁰ Esta circunstancia obedece a que la codificación de los derechos reales de adquisición preferente se ha constituido, por una parte, a partir de las disposiciones que la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servitud y de adquisición voluntaria o preferente, dedicaba precisamente a estos últimos,¹¹ y, por otra parte, recogiendo los derechos de tanteo y de retracto previstos en la legislación anterior a la Ley 5/2006, a los que se añaden los que el propio Código regula por vez primera y los que incorpora con posterioridad. Ahora bien, a mi juicio, hubiera sido preferible establecer una regulación general, unitaria, sistemática y lo más completa posible de los derechos reales de adquisición preferente, prescindiendo de su origen legal o voluntario,¹² y a la que, en su caso, se remitiera el régimen jurídico de los concretos derechos de adquisición a los que el legislador atribuyera una regulación específica, máxime atendida la supletoriedad del Código como *derecho general* respecto de la legislación civil especial y como *derecho común* (art. 111-4 CCCat) respecto de la legislación no civil —de derecho privado o de derecho público— en Cataluña.¹³

también, con carácter general, por la ley que los establece y, por lo tanto, por las disposiciones del propio Código cuando es este el que los recoge.

10. Así, por ejemplo, los derechos de adquisición preferente del propietario cuyo derecho de propiedad está gravado con un derecho de aprovechamiento parcial se rigen por las mismas normas que regulan los derechos de tanteo y de retracto del nudo propietario en caso de transmisión del usufructo (art. 563-4 CCCat); la regulación de los derechos de tanteo y de retracto de los copropietarios se aplica a los coherederos (art. 463-6 CCCat) y a los titulares de la propiedad compartida (art. 556-10 CCCat); o, en fin, las normas del *dret de fadiga* del censo enfitéutico (art. 564-4.5 CCCat) son de aplicación supletoria a los derechos de adquisición preferentes pactados por el propietario y el superficiario.

11. Posiblemente hubiera sido mejor aludir solo a los «drets d'adquisició voluntària», dentro de los cuales ya se incluyen los de carácter «preferent». Por lo que respecta a la regulación establecida por la ley, el legislador optó expresamente por prescindir de los derechos de adquisición preferente o de prelación de origen legal y de los llamados *retractos legales*: cfr. preámbulo de la Ley 22/2001, par. 27.

12. Teniendo en cuenta, además, la naturaleza esencialmente dispositiva de los preceptos que regulan los derechos de adquisición preferente de origen legal: cfr., por ejemplo, los artículos 561-9.2, 552-4.1 y 4, 556-10 o 565-23.1 CCCat, con relación al censalista, por lo que a este último artículo respecta. Todo ello, sin desconocer las diferencias que, en su caso, determina el origen legal o voluntario de los derechos de adquisición, a las que debería aludirse también en esta regulación general unitaria.

13. Cfr. preámbulo de la Ley 5/2006, ap. II, par. 5. La función de *derecho común* que desarrollan los preceptos del Código civil tiene especial trascendencia en este ámbito con relación a los derechos de tanteo y de retracto atribuidos a la Administración pública —autonómica y municipal— en materia urbanística, con la finalidad de constituir o incrementar el patrimonio público de suelo y vivienda: cfr. las disposiciones contenidas al respecto en los artículos 15 y 87-91 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, 172-174 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo, 2 del Decreto ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes

Teniendo en cuenta todo ello, el presente trabajo se orienta a tratar de establecer las cuestiones —fundamentalmente, las que se refieren al presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, a los requisitos de este ejercicio y a los efectos reales que derivan del mismo— que pueden ser objeto de esta regulación general unitaria y, en su caso, susceptible de aplicación supletoria —en defecto de pacto o de disposición del titular del derecho gravado— a los derechos de adquisición preferente de origen voluntario y, por remisión, a los derechos legalmente tipificados en particular, evitando las repeticiones o reiteraciones, pero también las dudas, que se originan a partir del régimen jurídico actual de unos y de otros.

2. LA REGULACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

La regulación general de los derechos de adquisición preferente en el Código civil de Cataluña se recoge en las «disposicions generals» de los «drets d'adquisició» (sección primera, capítulo VIII, título VI: art. 568-1 a 568-4 CCCat) y de los «drets d'adquisició voluntària» (subsección primera, sección segunda, capítulo VIII, título VI: artículos 568-5 a 568-7 CCCat), así como en los preceptos dedicados a los «drets voluntaris de tanteig i retracte» (subsección tercera, sección segunda, capítulo VIII, título VI: art. 568-13 a 568-15 CCCat).¹⁴

Como ya se ha indicado, esta regulación se predica de los derechos de adquisición y de los derechos de tanteo y de retracto, destacando su origen *voluntario* pero sin aludir —por lo que respecta a estos dos derechos— a su carácter *preferente*, que, en cualquier caso, se desprende de la definición legal que del tanteo y del retracto esta-

para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, o en el Edicto de 14 de diciembre de 2018 por el que se hace público el Acuerdo de 5 de diciembre de 2018 de la Subcomisión de Urbanismo del municipio de Barcelona, «Modificació del Pla General Metropolità per a la declaració d'àrea de tanteig i retracte a la ciutat de Barcelona», disposiciones sobre las que se ha pronunciado en diversas ocasiones la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, entre otras, en sus resoluciones de 21 de noviembre de 2017, 12 de marzo de 2020, 11 de junio de 2020, 22 de diciembre de 2020, 4 de febrero de 2021 y, recientemente, 19 de julio de 2023, atendiendo a una consulta formulada por el Colegio Notarial de Cataluña sobre los derechos de adquisición preferente de la Administración en la transmisión onerosa de bienes inmuebles.

14. Sobre la regulación general de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en el Código civil, cfr. Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario de los artículos 568-1 a 568-12 CCCat», y Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Comentario de los artículos 568-13 a 568-15 CCCat», ambos en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, p. 1662-1703 y p. 1703-1723, respectivamente; véase, también, Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 549-574.

blece el artículo 568-1.1*b* y *c* CCCat.¹⁵ Ahora bien, el origen voluntario de estos derechos no es obstáculo para que su regulación —en buena medida supletoria y aplicable en defecto de pacto entre el propietario del bien y el titular del derecho de adquisición preferente (cfr., p. ej., art. 568-6*a*, 568-13, 568-14.1 y 4 o 568-15.2 CCCat)— pueda extenderse a los derechos de tanteo y de retracto de origen legal, en particular a los que se rigen por el Código y por las leyes civiles, atendido el principio de libertad civil que inspira uno y otras (cfr. art. 111-6 CCCat) y, en consonancia con ello, el carácter dispositivo de gran parte de sus disposiciones. En este sentido, por lo tanto, la regulación general de los derechos voluntarios de adquisición preferente —derechos de tanteo y de retracto— puede constituir, también, la regulación general unitaria de *todos* estos derechos, con independencia de su origen.

El precedente de esta regulación —como se ha indicado— es la Ley 22/2001. Dado que esta ley se refiere exclusivamente a los derechos «d’adquisició voluntària o preferent», su artículo 19 solo tipifica como tales el derecho de opción y el derecho de tanteo,¹⁶ por lo que carece de autonomía, en cambio, el derecho de retracto, al configurarse este derecho —dentro de los derechos de adquisición voluntaria— «com una manifestació del dret de tanteig de naturalesa real»¹⁷ y al haber prescindido el legislador de regular los derechos de adquisición preferente y los retractos legales, los cuales sí pueden establecerse con independencia del dere-

15. Carácter preferente que, en cambio y como también se ha apuntado, se pone de relieve expresamente con relación a determinados supuestos concretos de tanteo y de retracto: por ejemplo, con relación a los que se pueden establecer en el título de constitución de la propiedad temporal (art. 547-5*c* CCCat) o los que pueden pactar el propietario y el superficiario (art. 564-4.5 CCCat). Dentro de los derechos de adquisición de origen legal, que son —como también se ha apuntado ya— en su mayoría de naturaleza esencialmente dispositiva, se destaca asimismo este carácter preferente en los que corresponden al nudo propietario (art. 561-9.2 y 561-10 CCCat), al propietario y al titular de un derecho real posesorio sobre una finca gravada con un derecho de aprovechamiento parcial (art. 563-4 CCCat), o al censatario y al censalista (art. 565-23.1 CCCat).

16. Que, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 22/2001 y como ya se ha apuntado, pueden tener naturaleza real o personal, pues ambos derechos son objeto de regulación separada, atendida su distinta naturaleza.

17. Cfr. preámbulo de la Ley 22/2001, par. 27, que añade a continuación: «[...] després que, precisament pel fet de no haver-se pogut exercir en el moment de la transmissió projectada, per causes imputables a l’atorgant o per manca de notificació al seu titular, ha tingut lloc el negoci transmissiu oneros, consumat, amb un tercer». Esta idea se recoge en los artículos 19*b* y 34 de la Ley 22/2001, preceptos que, en rigor, no aluden a la vinculación entre el derecho de retracto y el derecho de tanteo *real*. Ahora bien, esta vinculación es consubstancial a la naturaleza real del derecho de tanteo: si el derecho de retracto puede ejercitarse frente al adquirente, una vez producida la enajenación, es porque, dado que el tanteo es real, grava el derecho de propiedad y se transmite con él; la vulneración del derecho de tanteo de naturaleza *personal* origina un incumplimiento obligatorio, pero no comporta un derecho de retracto. Por otra parte, difícilmente cabe pensar en un derecho de retracto *personal* independiente, que, como mucho, se configuraría como una obligación asumida por el propietario de un bien del *hecho de un tercero* —el eventual adquirente del bien— que requiere, para su eficacia, el consentimiento de este último.

cho de tanteo, como así lo hace el Código civil al regular el retracto de colindantes (art. 568-16 a 568-20 CCCat) y la *torneria* (art. 568-21 a 568-26 CCCat).

En el Código civil, en cambio, el artículo 568-1.1c considera el retracto dentro de los derechos reales de adquisición voluntaria como un derecho independiente y el artículo 568-14.5 confirma que puede existir un derecho de retracto «desconnectat d'un dret de tanteig previ». Ciertamente y aunque su existencia parece que pueda suscitar en principio alguna duda, en la medida en que supone gravar un derecho de propiedad en perjuicio de un tercero —el eventual adquirente al que se transmite este derecho de propiedad y frente al cual el titular del derecho de retracto puede ejercitar su derecho—, el supuesto no deja de ser el mismo que se produce cuando se constituye cualquier gravamen —por ejemplo, un derecho de hipoteca o un derecho de opción— sobre el derecho de propiedad y este se enajena con posterioridad: el adquirente, que, si lo es a título oneroso, satisfará una contraprestación que tenga en cuenta la disminución de valor que supone el gravamen, lo adquiere con dicho gravamen, que puede hacerse valer —si cumplen los requisitos de oponibilidad— frente a él.¹⁸

2.1. EL DERECHO DE TANTEO

De acuerdo con el artículo 568-1.1b CCCat, el derecho real de tanteo de origen voluntario es el que «faculta el seu titular per a adquirir a títol oneros un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent» (art. 568-1.1b CCCat). La definición del precepto no es demasiado explícita, más allá de considerar al titular del derecho real de tanteo como un eventual adquirente a título oneroso —si ejercita la facultad que se le confiere— preferente frente a otro adquirente, del que no se especifica si lo es efectivamente¹⁹ y sin hacer referencia tampoco al carácter oneroso o gratuito del negocio («condicions pactades») a través del cual se articula su adquisición.²⁰ Con todo, los demás preceptos que regulan el derecho de tanteo aclaran tanto una como otra cuestión.

18. La diferencia estriba en que normalmente el gravamen se ejercitará frente al propietario que lo ha constituido y, solo si este transmite el derecho de propiedad, frente al adquirente, mientras que en el caso del retracto su titular no podrá hacerlo valer si no se produce la transmisión del derecho de propiedad, y en ningún caso frente al propietario constituyente, sino única y exclusivamente frente al adquirente.

19. De hecho, la literalidad del precepto, al calificar a «l'altre adquirent» como tal, da a entender que la adquisición ya se ha producido y que este «altre adquirent» es el titular del derecho de propiedad gravado, por más que, en realidad y tal como se indica en el texto que sigue a continuación, los restantes preceptos dedicados al derecho de tanteo ponen de manifiesto que no es así.

20. Que el titular del derecho de tanteo ostente la facultad de adquirir a «títol oneros» no presupone necesariamente que la adquisición de «l'altre adquirent» se haya producido por medio de un negocio jurídico oneroso, puesto que es posible que el negocio transmisivo haya sido gratuito y el «títol oneros» se refiera al «valor del dret» que se pretende adquirir por medio del tanteo, como sucede con el derecho de

Por lo que respecta a «l'altre adquirent» frente al cual el titular del derecho de tanteo puede ejercitar su derecho de adquisición preferente, las referencias a la «transmissió projectada» (art. 568-14.2 CCCat) y al «acord de transmissió» (art. 568-7.2, 568-14.4 y 568-15.1 CCCat) revelan que ese «altre adquirent» no lo es realmente porque la transmisión no se ha consumado, por más que se haya perfeccionado el negocio jurídico por medio del cual es susceptible de materializarse.²¹ En este sentido, pues, el «altre adquirent», aunque no ostenta una titularidad real, es titular de un derecho de crédito, derivado del negocio transmissivo, en virtud del cual puede exigir al propietario —gravado con el derecho de tanteo— la entrega del bien y convertirse a su vez en propietario cuando esta se produzca. Ahora bien, este derecho de crédito presenta una particularidad: es un derecho provisional o claudicante, cuya subsistencia se condiciona a que el titular del derecho de tanteo no ejercite su derecho, puesto que en tal caso el negocio transmissivo —perfecto pero no consumado y sujeto a la condición resolutoria del no ejercicio del derecho de tanteo— se resuelve y con dicha resolución se extinguen los derechos de crédito que han nacido del mismo: el del propietario a recibir el precio o valor del derecho que pretende transmitir y el del adquirente a que se le entregue el bien sobre el que recae este derecho.

En cuanto al carácter oneroso o gratuito del negocio transmissivo a través del cual el propietario pretende enajenar su derecho de propiedad, que el negocio sea oneroso se desprende del concepto legal de *retracto* —cuya existencia implica, en su caso, el derecho de tanteo: artículo 568-15.1 CCCat— establecido en el artículo 568-1.1c CCCat, a tenor del cual el retracto opera una vez realizada la transmisión por medio de un «negoci jurídic oneros», y de lo dispuesto en el artículo 568-14 CCCat, en el sentido de que «[e]ls drets de tanteig, si no hi ha pacte, solament es poden exercir respecte a la primera transmissió onerosa» (apartado [ap.] 1) y de que «[l]es transmissions gratuïtes [...] no afecten el dret de tanteig» (ap. 3).²²

tanteo que se reconoce al nudo propietario en caso de transmisión gratuita del derecho de usufructo por parte de su titular (cfr. art. 561-10 CCCat).

21. La referencia al «acord de transmissió» pone de manifiesto que el negocio jurídico transmissivo entre el propietario y el «adquirent» ya existe y se ha perfeccionado como consecuencia de este «acord». No se trata de unos tratos preliminares, orientados a la celebración del negocio transmissivo en un momento posterior y que originan meras expectativas a favor de quienes intervienen en la negociación: en tal caso no procede el ejercicio del derecho de tanteo, que solo es posible si los tratos cristalizan en el «acord de transmissió». Con todo, y como se indica a continuación en el texto, el negocio transmissivo que se perfecciona como consecuencia de este acuerdo es un negocio sujeto a condición resolutoria, de manera que si la condición —el ejercicio del derecho de tanteo por su titular— se cumple, el negocio se resuelve y se extinguen los derechos que derivan del mismo. Esta circunstancia determina, por otra parte, que el ejercicio del derecho de tanteo que provoca la resolución y extinción del negocio transmissivo no constituye un supuesto de incumplimiento contractual del propietario frente al eventual adquirente, de modo que no nace pretensión indemnizatoria alguna a favor de este último.

22. Sin embargo, excepcionalmente y como se ha apuntado en la nota 19, el artículo 561-10 CCCat

La regulación legal configura el derecho de tanteo, pues, como un derecho de adquisición preferente que grava el derecho de propiedad que recae sobre un bien ajeno y que permite a su titular, cuando el propietario pretende transmitirlo a título oneroso a un tercero y celebra con él el correspondiente negocio transmisivo de eficacia obligatoria, provocar la resolución de este negocio y adquirir el derecho gravado con preferencia al tercero y en las mismas condiciones acordadas entre este y el propietario en el «acord de transmissió» para llevar a cabo la transmisión proyectada.

A partir de este concepto y centrándonos en las cuestiones que pueden ser objeto de una regulación general del derecho de tanteo, por lo que respecta a la primera de ellas —el presupuesto de ejercicio del mismo— constituye dicho presupuesto —como se acaba de apuntar— la existencia de una «transmissió onerosa» meramente proyectada, sin más especificación que la de que se articula por medio de un negocio jurídico oneroso («acord de transmissió»: art. 568-14.4 y 568-15.1 CCCat) perfeccionado pero no consumado.²³ Pero no se especifica, en cambio, qué clase o qué tipo de negocio jurídico oneroso permite el ejercicio del derecho de tanteo, razón por la cual cabe pensar que cualquier negocio oneroso —por ejemplo, compraventa, permuta, aportación a sociedad, dación en pago— a través del cual el titular del derecho de propiedad gravado con el derecho de tanteo haya acordado con un tercero la eventual transmisión de su derecho, faculta al titular del derecho de tanteo para ejercitarlo y hacerlo valer frente al tercero.²⁴

atribuye al nudo propietario el derecho de tanteo cuando el usufructuario «es propos[i] transmetre llurdret», no solo en el caso de transmisión onerosa, sino también en el de transmisión gratuita; véase, *infra*, el epígrafe 3.1.

23. El artículo 568-14.2 CCCat admite igualmente el ejercicio del derecho de tanteo en los supuestos en los que la transmisión vaya a realizarse mediante «subhasta judicial o extrajudicial», en cuyo caso el titular del tanteo ha de igualar el mejor precio ofrecido en la subasta.

24. Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-13 CCCat», en DECANATO AUTÓNOMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, p. 1705, entiende, en cambio, que las transmisiones onerosas que posibilitan el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto son solo las que establecen una contraprestación fungible, es decir, susceptible de ser realizada no solo por el adquirente, sino también por el titular de dichos derechos. En el mismo sentido, Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 523, circunscriben la transmisión onerosa que constituye presupuesto de los derechos de tanteo y de retracto a aquella cuya contraprestación «puede consistir en una prestación de dar o de hacer, pero, en todo caso, es necesario que se trate de una prestación que tenga carácter fungible (art. 568-1.1 [CCCat])». Comparte también esta opinión Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 556:

La persona tanteante o retrayente adquiere en las mismas condiciones [...] que la tercera persona. Por tanto, ha de poder pagar la prestación establecida en el pacto o convenio (o subasta) de que se trate, lo que solo será posible si la prestación no es personalísima y, en el caso de bienes, si son fungibles. Ello impide el ejercicio del derecho cuando, por ejemplo, la prestación

La segunda cuestión que puede ser objeto de regulación general se refiere a los requisitos de ejercicio del derecho de tanteo por su titular, una vez constatada la existencia de la transmisión onerosa proyectada entre el propietario gravado y un tercero. Estos requisitos se refieren a la notificación fehaciente al titular del derecho de tanteo del «acord de transmissió entre el propietari o propietària del bé i una tercera persona i les seves condicions» (art. 568-14.4 CCCat) y al ejercicio por parte de dicho titular de la facultad de adquirir el bien en estas mismas condiciones (art. 568-1.1*b* CCCat), dentro del plazo legal o convencionalmente establecido (art. 568-14.4 CCCat). Por lo que respecta a la notificación fehaciente, no se indica a quién corresponde realizarla, si bien cabe entender que debe efectuarla el propietario gravado, que pretende transmitir su derecho de propiedad. No se establece, tampoco, cuál es el plazo de tiempo dentro del cual se ha de efectuar la notificación, por más que —como es lógico— ha de ser anterior al momento en que se haya previsto realizar la transmisión y que las exigencias de la buena fe (art. 111-7 CCCat) imponen, además de que la comunicación se produzca con antelación suficiente para que el titular del derecho de tanteo pueda valorar y decidir si ejercita o no su facultad adquisitiva. En cuanto al ejercicio de la misma, no se dice frente a quién se ejercita, pero parece claro que la legitimación pasiva corresponde al titular del derecho gravado con el derecho de tanteo. Y por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la facultad adquisitiva, si en el título constitutivo del derecho de tanteo no se ha fijado otro distinto (art. 568-6*a* CCCat), es de dos meses a contar —*dies a quo*— desde el día siguiente al de la notificación fehaciente²⁵ y es un plazo de caducidad (art. 568-14.4 CCCat) que se rige por lo dispuesto en los artículos 122-1 y 122-3 CCCat para las relaciones jurídicas disponibles.

Finalmente y por lo que hace referencia a la tercera cuestión que puede ser objeto de regulación general, relativa a los efectos que se vinculan al ejercicio del derecho de tanteo, hay que destacar que los preceptos del Código civil no especifican cómo se verifica la adquisición del derecho de propiedad por parte del titular del tanteo, una vez ejercitado. Bajo la rúbrica «Constitució i eficàcia», el artículo 568-2.2 CCCat²⁶ establece, con carácter general, que «[l]’exercici dels drets d’adquisició voluntària comporta l’adquisició del bé», y añade inmediatamente a continuación que esta adquisición se produce «en la mateixa situació jurídica en què [el bé] es trobava

acordada consiste en la entrega de un bien inmueble (en el marco de un contrato de permuta, art. 621-56 CCCat), por definición no fungible.

25. No desde su conocimiento o posibilidad de conocimiento por parte del titular del derecho de tanteo, destinatario de la notificación; el criterio del conocimiento rige, en cambio, para determinar el *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de retracto (cfr. art. 568-15.2 CCCat).

26. Precepto de carácter general, ubicado no ya en la regulación de los derechos voluntarios de tanteo y de retracto (título VI, capítulo VIII, sección segunda, subsección tercera), sino en las disposiciones generales dedicadas a todos los derechos de adquisición (título VI, capítulo VIII, sección primera).

en el moment de la constitució [dels drets d'adquisició]»,²⁷ pero no explica cómo se verifica esta adquisición de la propiedad, ni —en particular— si es precisa la entrega del bien por parte de su propietario al titular del derecho de tanteo. Por otra parte, ya en la regulación general dedicada a los derechos voluntarios de tanteo y de retracto, el artículo 568-14 CCCat, orientado al ejercicio del primero, tampoco se ocupa de las consecuencias que derivan del mismo, mientras que el artículo 568-15 CCCat, que sí se refiere a los efectos propios del derecho de tanteo, sólo atiende a los que se vinculan a su infracción y sanciona la «conversió del tanteig en retracte».

2.2. EL DERECHO DE RETRACTO

El artículo 568-1.1c CCCat define el derecho de retracto de origen voluntario como el que «faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic onerós una vegada ha tingut lloc la transmissió». El concepto legal de *derecho de retracto* que se desprende del precepto incide en las dos características que lo definen: por una parte, es un derecho de *adquisición* cuya finalidad es posibilitar que su titular se convierta en propietario de un bien ajeno; por otra, es un derecho de adquisición *preferente*, puesto que si su titular se convierte en propietario, esta circunstancia se produce al subrogarse²⁸ en la posición jurídica de un propietario anterior —adquirente, a su vez, del propietario originario—, al que priva del derecho de propiedad que había adquirido previamente. El «adquirent» en cuya posición jurídica se subroga el titular del derecho de retracto lo es efectivamente y ostenta un derecho de propiedad que ha adquirido del propietario originario en virtud de un «negoci jurídic onerós» ya consumado, puesto que en este supuesto —a diferencia de lo que sucede en el derecho de tanteo— ya «ha tingut lloc la transmissió». Ahora bien, el derecho de propiedad que ostenta el adquirente es un derecho claudicante, cuya subsistencia está condicionada al no ejercicio del derecho

27. En esta línea, el precepto señala también que el ejercicio de los derechos reales de adquisición voluntaria, que comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se encontraba cuando se constituyeron, determina asimismo «l'extinció dels drets incompatibles constituïts amb posterioritat sobre el bé si el dret s'havia constituït amb caràcter real, sens perjudici del que estableix la legislació hipotecària». El artículo 568-2.2 CCCat centra, pues, la eficacia del ejercicio de estos derechos en la incidencia de la adquisición del derecho de propiedad que se vincula a dicho ejercicio «en la situació jurídica del bé», pero —tal como se indica en el texto— no plantea ni resuelve de qué manera se adquiere la propiedad.

28. En el artículo 568-1.1c CCCat la expresión «subrogació» no se refiere a la facultad del titular del derecho de retracto de ocupar una posición jurídica contractual o la titularidad de un derecho de crédito, sino a su facultad de desplazar al adquirente de la titularidad del derecho de propiedad que ostenta para colocarse en su lugar. Aunque pueda ser cuestionada desde un punto de vista técnico, es la expresión que se utiliza en la regulación de los derechos de retracto legales, tanto con relación al retracto de colindantes (art. 568-16 CCCat) como con relación al *dret de torneria* (art. 568-21.1 CCCat).

de retracto por su titular; su existencia se vincula a una condición resolutoria, cuyo cumplimiento —en el caso de que el retrayente ejercite su derecho de adquisición preferente— determina no la resolución del negocio transmissivo consumado, cuya subsistencia se mantiene, sino la extinción del derecho de propiedad del adquirente.

La regulación legal del derecho de retracto lo configura, pues, como un derecho de adquisición preferente que grava el derecho de propiedad sobre un bien ajeno y que faculta a su titular, cuando el propietario lo transmite a título oneroso a un tercero, para desplazar y privar a éste del derecho que ha adquirido, colocarse en su lugar y adquirirlo él en las mismas condiciones convenidas entre el propietario y el tercero al que desplaza. La diferencia entre el derecho de tanteo y el derecho de retracto estriba, pues, en si se ha consumado o no el negocio jurídico oneroso a través del cual se articula la transmisión del derecho de propiedad del propietario al tercero: en el primer caso, actúa el derecho de retracto; en el segundo, el derecho de tanteo. Si bien ambos son derechos de adquisición *preferente*, el tanteo opera sobre una «transmissió projectada» (art. 568-14.2 CCCat), mientras que el retracto lo hace «una vegada ha tingut lloc la transmissió» (art. 568-1.1c CCCat).

Así configurado, el derecho de retracto puede estar vinculado o no a un derecho de tanteo previo cuyo titular sea un mismo sujeto. En el derecho de retracto de origen voluntario normalmente existe esta vinculación y el artículo 568-15 CCCat sanciona la «[c]onversió del tanteig en retracte» y establece que «[e]l dret real de tanteig implica el de retracte», en el supuesto de que se frustre o se vulnere el ejercicio del primero (art. 568-15.1.1 CCCat). De acuerdo con este precepto, la vinculación del derecho de retracto al de tanteo es un efecto legal, consubstancial a la infracción de este último cuando es de naturaleza real: la facultad de adquisición preferente que otorga el derecho de tanteo y que grava el derecho de propiedad sobre el que recae, se transmite con el derecho de propiedad y puede hacerse valer por su titular frente al adquirente, en el caso de que se consume lo que era una «transmissió projectada».²⁹

Ahora bien, la vinculación del derecho de retracto al de tanteo no impide que pueda constituirse asimismo un derecho de retracto independiente de origen voluntario, «desconnectat d'un dret de tanteig previ» (art. 568-14.5 CCCat), por más que —como ya se ha indicado—³⁰ no sea probablemente habitual. Sí existen, en cambio, derechos de retracto autónomos de origen legal, de los que se ocupa específicamente la sección tercera («Drets de retracte legals») del capítulo VIII, título VI,

29. En el supuesto de que el derecho de retracto esté vinculado al derecho de tanteo, pues coincidan en un mismo sujeto la titularidad de uno y otro derechos, se refuerza la posición que ostenta dicho sujeto como eventual adquirente del derecho de propiedad gravado. En efecto, la «conversió del tanteig en retracte» permite a su titular —ejercitando el derecho de retracto— adquirirlo con posterioridad a su enajenación por el propietario originario, cuando, a través de la misma, se ha frustrado la preferencia adquisitiva que otorga el derecho de tanteo.

30. Cfr. *supra* nota 16 y lo que se dice en el texto relacionado con ella.

libro v CCCat, que regula el retracto de colindantes (art. 568-16 a 568-20 CCCat) y la *torneria* (art. 568-21 a 568-26 CCCat).

Con relación a las cuestiones que pueden ser objeto de una regulación general del derecho de retracto, el presupuesto de ejercicio del mismo es la existencia de un «negoci jurídic oneros» ya consumado, «una vegada ha tingut lloc la transmissió» (art. 568-1.1c CCCat). Pero —al igual que sucede con el derecho de tanteo— no se especifica qué clase de negocio jurídico oneroso posibilita el ejercicio del derecho de retracto, de modo que, en principio, cualquier tipo de negocio oneroso a través del cual el propietario gravado transmita su derecho a un tercero a cambio de una contraprestación permite al titular del derecho de retracto ejercerlo y hacerlo valer frente al adquirente.

Con todo, en el supuesto de que el derecho de retracto esté vinculado a un derecho de tanteo previo, es necesario, además, que este negocio jurídico oneroso consumado vulnere el derecho de tanteo otorgado con anterioridad, frustre su ejercicio y culmine —con la transmisión efectiva del derecho de propiedad a favor de un tercero— una transmisión originariamente tan solo proyectada. De acuerdo con el artículo 568-15.1 CCCat, esta vulneración del derecho de tanteo ha de ser imputable al propietario gravado y puede producirse porque este no notifique fehacientemente a su titular el negocio transmisivo perfecto ya celebrado y las condiciones esenciales del mismo,³¹ o porque —si bien ha notificado el acuerdo y sus condiciones esenciales— la transmisión se haya realizado en condiciones distintas o antes del vencimiento del plazo de dos meses establecido para el ejercicio del tanteo.

La segunda cuestión a que ha de atender una regulación general del derecho de retracto es la relativa a los requisitos de su ejercicio por parte del titular, que el artículo 568-15.2 CCCat concreta por lo que se refiere al plazo dentro del cual ha de hacerse valer la facultad adquisitiva y al *dies a quo* a partir del cual se inicia el cómputo

31. El artículo 568-15.1 CCCat alude a la «manca [de] notificació fefaent dels elements essencials de l'acord de transmissió», circunstancia que —como ha destacado Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 557— puede inducir a cierta confusión en cuanto al contenido de la notificación, dado que, de acuerdo con el artículo 568-14.4 CCCat, lo que se ha de notificar es «l'acord de transmissió i les seves condicions». Dando por supuesto que el legislador no ha utilizado esta última expresión en sentido técnico y la considera equivalente a la de «elements essencials», lo cierto es que no especifica cuáles son ni se refiere a la falta de notificación del acuerdo mismo. Ahora bien, aparte de que no considerar este último supuesto provocaría una situación absurda, no comunicar la existencia del acuerdo no es sino omitir la notificación de uno de sus elementos esenciales: el consentimiento negocial que recoge la intención o voluntad del propietario gravado de transmitir su derecho de propiedad a un tercero. Por lo que respecta concretamente a los elementos esenciales del acuerdo de transmisión, dentro de ellos hay que considerar no solo los que lo son desde un punto de vista técnico, como el contenido de la contraprestación y las circunstancias de lugar y tiempo de su cumplimiento, sino también los que doctrinalmente se suele calificar de «elementos accidentales» del negocio, como la condición y el término (cfr. art. 568-14.4 CCCat), y, en definitiva, todos los que pueden determinar la voluntad del titular del derecho de retracto en orden a ejercer su derecho.

de dicho plazo. Por lo que respecta al plazo de ejercicio de la facultad adquisitiva, el precepto establece que si el derecho de retracto se origina en la vulneración de un derecho de tanteo previo, es el mismo que el pactado para el ejercicio del derecho de tanteo, y si no se hubiera pactado su duración, el plazo de ejercicio de la facultad del retrayente es de tres meses.³² Aunque no se diga expresamente, cabe pensar que este plazo de tres meses es también el que procede para el derecho de retracto voluntario no vinculado a un derecho de tanteo anterior, si no se estipula su plazo de ejercicio. Y, en cualquier caso, tanto en este supuesto como en el anterior, aunque tampoco se diga expresamente, se trata de un plazo de caducidad (*arg. ex art. 568-14.4 CCCat*) que se rige por lo dispuesto en los artículos 122-1 y 122-3 CCCat.

En cuanto al *dies a quo* del plazo de ejercicio —pactado expresamente o establecido por la ley— de la facultad adquisitiva, el artículo 568-15.2 CCCat lo fija a partir de un doble criterio: o bien empieza a contar a partir de la fecha en que se inscribe en el Registro de la Propiedad el negocio oneroso consumado mediante el cual se transmite el derecho de propiedad, o bien se inicia en el momento en que el titular del derecho de retracto —vinculado o no a un derecho de tanteo previo—³³ tiene conocimiento de la consumación de este negocio jurídico. La disyuntiva suscita algunas cuestiones con relación a los supuestos a los que se aplican uno y otro criterios, teniendo en cuenta —además— el carácter potestativo y no obligatorio de la inscripción y, sobre todo, en orden a determinar cuál de ellos es —en su caso— preferente, cuestiones de las que nos ocuparemos más adelante.³⁴

Sobre la facultad adquisitiva que otorga el derecho de retracto conviene destacar asimismo que —como ya sucede con el derecho de tanteo— tampoco se especifica frente a quién se ejercita. Con todo, puesto que ya ha tenido lugar la transmisión del derecho de propiedad y se ha concedido al titular del retracto la facultad adquisitiva a fin de subrogarse en la posición del adquirente, debe entenderse que es este quien asume la legitimación pasiva.

32. Si, de acuerdo con el artículo 568-15.2 CCCat, «[e]l dret de retracte s'ha d'exercir en un termini igual al pactat per a l'exercici del dret de tanteig», y ello responde a la idea de que el plazo de ejercicio de uno y otro derechos es el mismo, no se entiende demasiado que, si en el supuesto de que no se haya pactado plazo para ejercitar el tanteo, el plazo legal supletorio es de dos meses (art. 568-14.4 CCCat), cuando el derecho de retracto se vincule a la infracción del derecho de tanteo, el plazo legal supletorio para ejercitar el primero sea de tres meses y no de dos en el caso de no haberse establecido el plazo de ejercicio del tanteo en su título constitutivo.

33. La rúbrica del artículo 568-15 CCCat es «Conversió del tanteig en retracte», lo que significa que el derecho de retracto del que se ocupa es el que se origina como consecuencia de la vulneración de un derecho de tanteo previo. Sin embargo, hay que entender que lo dispuesto en su apartado segundo con relación al *dies a quo* —así como lo que se refiere a la duración del plazo de ejercicio— se aplica también al derecho de retracto independiente o autónomo, desvinculado de un derecho de tanteo previo.

34. Cfr. *supra* el epígrafe 4.2.2.

Por último y en cuanto a los efectos que se vinculan al ejercicio del derecho de retracto, cabe destacar igualmente que —como sucede también y ya se ha apuntado con relación al derecho de tanteo— el Código civil no explica cómo el titular del retracto puede verificar la adquisición del derecho de propiedad, una vez ejercitado, ni si para ello es necesario que el adquirente entregue el bien al titular del derecho de retracto que se subroga en su posición jurídica.

3. LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LOS CONCRETOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE RECOGIDOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Como ya se ha dicho, junto a la regulación general de los derechos de adquisición preferente prevista en el Código civil, el legislador dedica también diversos preceptos a regular derechos de tanteo y de retracto concretos, vinculados a determinados derechos como derechos accesorios. Por regla general, son derechos *legales* porque la ley los establece al configurar el contenido típico de los derechos a los que se vinculan, normalmente con carácter dispositivo y admitiendo su exclusión por pacto (cfr., p. ej., art. 552-4.1 y 561-9.2 CCCat), aunque en ocasiones los impone también con carácter irrenunciable (cfr. art. 623-27.2 CCCat).³⁵ Con todo, también pueden ser derechos *voluntarios*, constituidos por voluntad de los particulares, si bien es la ley —que no los contempla al regular el contenido típico de los derechos a los que se vinculan— la que permite expresamente su constitución con relación a estos derechos (cfr., p. ej., art. 547-5c, 564-4.5 y 565-23.1 CCCat, por lo que respecta al censalista).

3.1. LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO DEL NUDO PROPIETARIO

Cuando el derecho de propiedad está gravado con un derecho de usufructo, el artículo 561-9.2 CCCat, para el caso de que el usufructuario se proponga transmitir su derecho, otorga un derecho de adquisición preferente al nudo propietario,³⁶ «llevat que el títol de constituïó estableixi una altra cosa».³⁷ Este derecho de adquisición preferente tiene su origen en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de

35. Evidentemente, cuestión distinta de la irrenunciabilidad es que el titular del derecho irrenunciable no lo ejerce.

36. Sobre el derecho de adquisición preferente a que se refiere el precepto, cfr. FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario de los artículos 561-9 y 561-10 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. II, Barcelona, Dykinson, 2008, p. 1172-1173 y 1175-1182.

37. El inciso final del precepto pone de manifiesto, pues, que se trata de un derecho de adquisición preferente legal de carácter dispositivo.

los derechos de usufructo, uso y habitación,³⁸ y afecta no al derecho de propiedad y al poder de disposición del propietario, sino al derecho de usufructo que grava la propiedad y al poder de disposición del usufructuario sobre el mismo (art. 561-9.1 CCCat). En este sentido, la atribución de este derecho de adquisición preferente al nudo propietario responde a la finalidad de que este recobre o asuma las facultades de uso y disfrute concedidas al usufructuario, lo que posibilitará la consolidación³⁹ y, con ella, la extinción del derecho de usufructo, de manera que la plena propiedad recaiga sobre el nudo propietario, liberada del gravamen que representa el usufructo. Con todo, y aunque el artículo 561-16.1 CCCat afirme que «[e]l dret d'usdefruit s'extingeix per les causes generals d'extinció dels drets reals», que incluyen formalmente la consolidación como una de ellas, el propio precepto, en la letra c, limita la extinción por consolidación al usufructo de bienes muebles y excluye el de inmuebles, lo que limita asimismo los efectos de la finalidad extintiva que, en su caso, persigue la atribución del derecho de adquisición preferente al nudo propietario.

El *derecho de adquisición preferente* (art. 561-9.2 CCCat y rúbrica del 561-10 CCCat) del nudo propietario se concreta en el derecho de tanteo (art. 561-10.2 CCCat), que, en el caso de frustración de su ejercicio, permite al nudo propietario ejercer el derecho de retracto (art. 561-10.3 CCCat).⁴⁰ Ahora bien, el presupuesto de ejercicio de este derecho de adquisición preferente no se circunscribe a las transmisiones onerosas, sino que se extiende también a las gratuitas, en cuyo caso, puesto que no existe precio o contraprestación, se atiende al «valor que es dóna al dret» (art. 561-10.1 CCCat) de usufructo que se enajena.⁴¹ Con todo, la extensión del ejercicio del derecho de adquisición preferente del nudo propietario a las transmisiones a título gratuito reduce este derecho al retracto y excluye el tanteo por innecesario, puesto que, formalizadas estas transmisiones a través de una donación, el negocio jurídico en que consiste tiene eficacia real por la perfección de la voluntad unilateral del donante, sin que sea necesaria la entrega o tradición del bien sobre el que recae su derecho (cfr. art. 531-7 CCCat). La doble manifestación del derecho de adquisición preferente, que admite su ejercicio como tanteo y como retracto, tiene sentido en los

38. Cfr. art. 4 y 5 de la Ley 13/2000.

39. Como es sabido, y aunque el artículo 532-1 CCCat parece considerarla como una causa general de extinción de los derechos reales, la consolidación es una causa de extinción que se predica específicamente de los derechos reales limitados y que se produce con ocasión de «la reunió de titularitats entre els propietaris i els titulars del dret real» (art. 532-3.1 CCCat).

40. Este *derecho de adquisición preferente* se configura, pues, como un derecho único o unitario, que comprende el derecho de tanteo y el derecho de retracto.

41. Ahora bien, en este caso, tratándose de una transmisión gratuita y a pesar de ello, la materialización del ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte del nudo propietario —que se concreta en el derecho de retracto, como se explica a continuación en el texto— exige que este satisfaga al donatario adquirente «el valor que es dona al dret», por más que este no haya realizado contraprestación alguna por la adquisición del mismo.

negocios transmisivos de carácter consensual, en los que la perfección del negocio produce efectos meramente personales y origina un derecho de crédito a favor del adquirente, que no se convierte efectivamente en titular del derecho real que se quiere transmitir hasta que no ejercita el derecho de crédito del que es titular exigiendo la entrega del bien y el enajenante la realiza, con lo que se consume el proceso transmisivo. De acuerdo con esta configuración, cuando el negocio transmisivo consensual, una vez perfeccionado, da lugar al nacimiento del derecho de crédito, opera el derecho de tanteo, mientras que, consumado el negocio con la entrega del bien y convertido el adquirente en titular del derecho real transmitido, opera el derecho de retracto. En la donación, en cambio, no existen estas dos fases y la perfección del negocio transmisivo en que consiste determina que el donatario adquiere de forma inmediata la titularidad del derecho transmitido, razón por la cual solo procede el derecho de retracto, que el titular ejerce contra el donatario, de manera que, sin que se extinga la donación producida, se subroga en su lugar (*arg. ex art. 568-1.1c CCCat*) y adquiere el derecho gravado del que era titular el donatario.

Por lo que respecta a la transmisión que se pretende realizar mediante un negocio jurídico oneroso, no se especifica el tipo o clase de negocio a través del cual puede formalizarse y la referencia al «preu convingut» (art. 561-10.1 CCCat) no es suficientemente significativa,⁴² de modo que la transmisión onerosa del derecho de usufructo posibilita siempre el ejercicio del derecho de adquisición preferente del nudo propietario.⁴³ Esta afirmación se justifica, además, si se tiene en cuenta que este derecho de adquisición preferente procede en los supuestos de transmisión gratuita: si ello es así, no tiene sentido limitarlo a determinadas transmisiones onerosas.

En cuanto al derecho de tanteo⁴⁴ y presuponiendo que «els usufructuaris [...] es propos[i]n transmetre llur dret» (art. 561-10.1 CCCat), sus requisitos de ejercicio se refieren a la notificación fehaciente de la propuesta y al plazo dentro del cual se ha de hacer valer el derecho de tanteo. La notificación de la propuesta al nudo propietario —de la que no se fija plazo para efectuarla— corresponde al usufructuario (art. 561-10.1 y 2, final, CCCat), que ha de indicar al nudo propietario «el nom dels

42. En el sentido de circunscribir las transmisiones onerosas a las que se formalizan mediante un contrato de compraventa y cuya contraprestación consiste en el pago de un *precio* en dinero (art. 621-1 CCCat).

43. Véase, en sentido contrario, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario del artículo 561-10 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1176, que limita la transmisión onerosa a la que se formaliza mediante un contrato de compraventa o se materializa a través de una dación en pago, y excluye la permuta, «donde no hay precio (que menciona la Ley), ni creemos que se pueda aplicar el criterio del “valor” que maneja para los actos gratuitos».

44. Cuyo ejercicio —como se ha indicado en el texto— solo es posible en las transmisiones onerosas, puesto que en las gratuitas la transmisión del derecho gravado es inmediata y, convertido el donatario en adquirente como consecuencia de la perfección de la donación, procede únicamente el ejercicio del derecho de retracto.

adquirents, el preu convingut, en el cas de transmissió onerosa, o el valor que es dóna al dret, en el cas de transmissió gratuïta, i les altres circumstàncies rellevants de l'alienació» (art. 561-10.1 CCCat). Por su parte, el plazo de ejercicio del derecho de tanteo es de un mes «a comptar de la notificació» fehaciente (art. 561-10.2 CCCat)⁴⁵ y se trata de un plazo de caducidad —aunque no se diga expresamente— que se rige por lo dispuesto en los artículos 122-1 y 122-3 CCCat. Dicho ejercicio lo realiza el nudo propietario frente al usufructuario y se materializa a través del pago por parte del primero al segundo del precio o del valor atribuido al derecho de usufructo en la transmisión proyectada (cfr. art. 561-10.2 CCCat): por más que el precepto se pronuncia en términos potestativos —«els nus propietaris poden exercir [el dret de tanteig] pagant-ne el preu o [...] el valor»—, la discrecionalidad se predica del ejercicio de la facultad adquisitiva consubstancial al tanteo, pero no del modo de ejercicio de la facultad, que exige la satisfacción del precio convenido o del valor atribuido al usufructo al titular del mismo.

Por lo que respecta al derecho de retracto del nudo propietario, es consecuencia de la vulneración y frustración del derecho de tanteo en las transmisiones onerosas, que se producen «si l'alienació no s'ha notificat fefaentment o si s'ha dut a terme en circumstàncies diferents de les notificades» (art. 561-10.3 CCCat); no se menciona el supuesto de que la enajenación se haya realizado dentro del plazo de ejercicio del derecho de tanteo, pero debe considerarse que en tal caso también procede el derecho de retracto (*arg. ex* art. 568-15.1 CCCat). Por su parte, en las transmisiones gratuitas —como ya se ha indicado— el derecho de retracto procede de forma inmediata una vez perfeccionada la donación, toda vez que, como consecuencia de su perfección, el donatario adquiere la titularidad del derecho transmitido.

En ambos casos, el plazo de ejercicio del retracto es de tres meses y el *dies a quo* viene determinado por la fecha en la que el nudo propietario tenga «coneixement de l'alienació i les circumstàncies d'aquesta» o en la que se haya producido «la inscripció de l'alienació en el registre corresponent» (art. 561-10.3 CCCat), bien entendido que dicha inscripción no es —en particular, cuando el derecho de usufructo recae sobre bienes inmuebles— de carácter obligatorio. Aunque tampoco se dice expresamente —como sucede asimismo con el plazo de ejercicio del tanteo—, el plazo de ejercicio del retracto es también de caducidad y se rige por las reglas correspondientes a las relaciones jurídicas disponibles. Y aunque —a diferencia en este supuesto de lo regulado para el tanteo— tampoco existe ninguna disposición al respecto, el ejercicio del derecho de retracto por parte del nudo propietario exige que este satisfaga el precio

45. Se entiende desde su realización por parte del usufructuario, no desde su conocimiento o posibilidad de conocimiento por parte del nudo propietario, destinatario de la notificación (*arg. ex* art. 568-14.4 CCCat).

o el valor del derecho de usufructo, en este caso al adquirente en cuya posición se subroga.⁴⁶

Finalmente, hay que destacar que este mismo derecho de adquisición preferente que el Código civil atribuye al nudo propietario, cuando el derecho de propiedad está gravado con un derecho de usufructo se reconoce —«en els mateixos termes»— a «els propietaris i els titulars d'un dret real possessori sobre una finca gravada [amb un] dret d'aprofitament parcial», en el caso de que su titular pretenda transmitirlo (cfr. art. 563-4 CCCat).⁴⁷

3.2. LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO EN LAS SITUACIONES DE COMUNIDAD

El artículo 552-4 CCCat, bajo la rúbrica «Drets d'adquisició»,⁴⁸ atribuye un derecho de tanteo y un derecho de retracto a favor de todos los cotitulares que forman parte de una comunidad, cuando uno de ellos pretende transmitir a título oneroso y, en su caso, transmite efectivamente su derecho en la comunidad «a favor de terceres persones» ajenas a la misma,⁴⁹ y ello a no ser que en el título de constitución de la comunidad se hayan excluido (art. 552-4.4 CCCat).⁵⁰ Aunque la rúbrica del artículo 552-4 CCCat, al referirse a «drets d'adquisició», puede dar a entender que los de-

46. A pesar de que, en el caso de ser la enajenación gratuita, el donatario adquirente lo haya sido a título lucrativo y se haya convertido en usufructuario sin realizar ninguna contraprestación a favor del titular del usufructo que le ha transmitido su derecho por medio de una donación.

47. En cambio, no existe ningún precepto que atribuya un derecho de adquisición preferente al titular de la propiedad gravada con un derecho de uso o de habitación, por más que estos derechos se rijan subsidiariamente por la regulación prevista para el derecho de usufructo (art. 562-1 CCCat). Sin embargo, no se trata de una omisión, y ello no por el carácter personalísimo y la «indisponibilitat» de estos derechos, que proclama la rúbrica del artículo 562-4 CCCat, sino porque, dado que esta indisponibilidad no es absoluta, en la medida en que «[e]ls usuaris i els habitacionistes solament poden gravar o alienar llur dret si hi consenten els propietaris» (art. 562-4.1 CCCat), este consentimiento excluye un eventual derecho de adquisición preferente a favor del propietario que autoriza la transmisión de los derechos de uso o de habitación.

48. Con relación a este precepto, cfr. Joaquín LARRONDO LIZÁRRAGA, «Comentario del artículo 552-4 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. 1, Barcelona, Dykinson, 2008, p. 683-686.

49. Por tanto, no existen estos derechos de tanteo y de retracto si la transmisión onerosa se produce a favor de otro cotitular.

50. Posibilidad de exclusión que revela el carácter dispositivo de los derechos de adquisición preferente atribuidos a los cotitulares. En este sentido y aunque pudiera pensarse que este carácter dispositivo se afirma específicamente también con relación a la atribución del derecho de tanteo —«llevat que en el títol de constitució s'hagi pactat altrament»— en el artículo 552-41 CCCat, la salvedad en este caso se refiere a la condición de «terceres persones alienes a la comunitat» como beneficiarias de la transmisión, por lo que se puede pactar en el título de constitución de la comunidad que el derecho de tanteo opere también cuando lo sean algunos de los restantes cotitulares.

rechos regulados —derechos de tanteo y de retracto— son autónomos o independientes, en rigor se configuran de forma unitaria, vinculando el derecho de retracto al derecho de tanteo, como una consecuencia legal de la infracción o vulneración de este último: «el tanteig comporta el retracte» (art. 552-4.2 CCCat).

Por lo que respecta al derecho de tanteo, el artículo 552-4.1 CCCat lo otorga —como se acaba de apuntar— a todos los cotitulares en el caso de que uno de ellos proyecte una «alienació a títol oneros» de su derecho a favor de un tercero ajeno a la comunidad, sin especificar a través de qué negocio jurídico oneroso se articula la enajenación, lo que induce a pensar que puede realizarse a través de cualquier tipo de negocio que establezca una contraprestación a favor del cotitular que pretende transmitir su derecho.⁵¹ Confirma esta idea la manifestación de que los cotitulares a quienes se reconoce el derecho de tanteo pueden ejercerlo satisfaciendo al transmitente el «mateix preu o valor» (art. 552-4.1 CCCat) que se atribuye a su derecho en la transmisión proyectada. En efecto, mientras que la referencia al «preu» parece aludir a un contrato de compraventa, en el que la contraprestación del adquirente consiste siempre en un «preu en diners» (art. 621-1 CCCat), que cualquiera puede pagar, la mención al «valor» en que se cuantifica el derecho permite considerar que la transmisión puede realizarse por medio de cualquier otro negocio oneroso,⁵² puesto que, al fijarse la contraprestación del adquirente igualmente en el pago de una cantidad de dinero, puede ser realizada también por cualquier sujeto.

Los requisitos de ejercicio del derecho de tanteo por parte de los cotitulares se refieren a la notificación fehaciente de «la decisió d'alienar i les circumstàncies de la transmissió» (art. 552-4.2 CCCat) —sin indicar el plazo dentro del cual ha de efectuarse— y al plazo de tiempo en que ha de llevarse a cabo. La notificación debe realizarla el cotitular «que [pretén] fer la transmissió» (art. 552-4.2, principio, CCCat) a todos los demás cotitulares, mientras que el plazo para ejercitar el tanteo por parte de

51. Joaquín LARRONDO LIZÁRRAGA, «Comentario del artículo 552-4 CCCat», p. 684, entiende, en cambio, por analogía con el artículo 463-6 CCCat y por constituir una restricción que impone una interpretación estricta, que el ejercicio del derecho de tanteo procede solo en caso de compraventa o dación en pago. Sin embargo, cuando examina lo que califica como «requisitos generales» indica que la enajenación a título oneroso de la cuota se refiere a un «acto traslativo con contraprestación cuyo objeto sea la participación del comunero: compraventa, permuta, adjudicación en pago, etc. La enajenación abarca todos los títulos traslativos de dominio o del derecho real compartido, excluyendo los que se produzcan por título gratuito».

52. Cabe recordar que, como se ha visto en el epígrafe anterior (3.1), el criterio del «valor que es dóna al dret» es el que utiliza el artículo 561-10.1 CCCat para posibilitar el derecho de retracto del nudo propietario, en el caso de que el usufructuario pretenda transmitir y transmita su derecho de usufructo a título gratuito. Pues bien, si en este supuesto el criterio del «valor del dret» permite extender el ejercicio del derecho de retracto con ocasión de una transmisión gratuita, en el ámbito de las situaciones de comunidad este criterio amplía el ámbito de aplicación de dicho ejercicio respecto de las transmisiones onerosas a todas ellas, toda vez que el artículo 552-4 CCCat lo excluye en las gratuitas.

estos últimos⁵³ es de un mes y se fija el *dies a quo* en el «moment en què es fa la notificació» (art. 552-4.2 CCCat). Este plazo es de caducidad, que se rige por las reglas correspondientes a las relaciones jurídicas disponibles (art. 122-3 CCCat). Y aunque no se diga expresamente, el tanteo se ejercita frente al cotitular que pretende enajenar su derecho, ejercicio que se materializa mediante el pago a este último del precio convenido para dicho derecho o del valor atribuido al mismo en la transmisión proyectada a través del negocio celebrado —perfecto pero no consumado— con el tercero.

En cuanto al derecho de retracto de los cotitulares, se configura como un efecto legal dispositivo⁵⁴ del derecho de tanteo —«el tanteig comporta el retracte» (art. 552-4.2 CCCat)—, que se produce «[s]i no hi ha notificació [de la decisió d'alienar] o si la transmissió es fa per un preu o en unes circumstàncies diferents de les que hi consten [en la notificació]» (art. 552-4.2 CCCat); aunque no se hace referencia al supuesto de que la enajenación se haya realizado antes de que finalice el plazo de ejercicio del derecho de tanteo, esta circunstancia supone igualmente una vulneración de este derecho y, por tanto, determina también el nacimiento del derecho de retracto (art. 568-15.1 CCCat). El derecho de retracto puede ejercerse en el plazo —de caducidad—⁵⁵ de tres meses, a contar desde el momento en que los cotitulares a los que se les reconoce «tenen coneixement de l'alienació i les seves circumstàncies o des de la data en què s'inscriu la transmissió en el registre que correspon» (art. 552-4.2, final, CCCat), circunstancia que no siempre se producirá. El retracto se ejercita frente al tercero ajeno a la comunidad que ha adquirido el derecho enajenado por el cotitular, satisfaciendo el titular del derecho de retracto el precio o valor convenido en el negocio transmisivo.

El hecho de que los derechos de tanteo y de retracto puedan corresponder a una pluralidad de sujetos —los cotitulares que constituyen la comunidad, junto con el que enajena el derecho que ostenta en la misma— puede originar una situación de conflicto o una colisión entre estos dos derechos cuando el enajenante notifique su «decisió d'alienar» a uno o alguno de los restantes cotitulares, pero no a todos. En este sentido, en el caso de que el cotitular o los cotitulares a los que se ha notificado la transmisión proyectada ejerciten el tanteo y adquieran el derecho, cabe plantear si el cotitular o los cotitulares a los que no se ha efectuado notificación alguna ostentan el derecho de retracto y pueden ejercitarlo una vez tengan conocimiento de la transmisión ya consumada. Aunque quizás podría pensarse que no existe en este caso derecho de adquisición, puesto que la enajenación no se ha producido «a favor de terceros per-

53. Aunque el derecho de tanteo se reconoce a favor de todos los cotitulares y de ahí que se tenga que notificar a todos ellos la «decisió d'alienar», esto no significa también que todos ellos lo ejerciten. En el supuesto de que sean varios los que pretendan ejercerlo, el artículo 552-4.3 CCCat establece que dicho ejercicio «els correspon en proporció a llurs drets respectius en la comunitat».

54. En la medida en que, como ya se ha indicado, el título de constitución de la comunidad lo puede excluir (art. 552-4.4 CCCat).

55. Que se rige por las reglas de las relaciones jurídicas disponibles.

sones ajenas a la comunitat» (art. 552-4.1 CCCat), sino a favor de personas que son también cotitulares, y a pesar de que la finalidad que persiguen los derechos de adquisición preferente en las situaciones de comunidad es favorecer su extinción, creo que al cotitular o los cotitulares cuyo derecho de tanteo se ha vulnerado les corresponde el derecho de retracto, consecuente a esta vulneración, y que pueden hacerlo valer frente al cotitular o los cotitulares adquirentes de resultas de haber ejercido en su momento su derecho de tanteo. Se trata, en definitiva, de aplicar el criterio previsto en el artículo 552-4.3 CCCat: «El tanteig o el retracte, si els cotitulars que pretenen exercir-lo són més d'un, els correspon en proporció a llurs drets respectius en la comunitat».

Por último, importa señalar que este derecho de aplicación preferente a favor de los cotitulares en una situación de comunidad se atribuye también a los coherederos y a los copropietarios de la propiedad compartida. Con relación a los primeros, el artículo 463-6 CCCat⁵⁶ les atribuye, en efecto, unos derechos de tanteo y de retracto que «s'exerceixen dins el termini i en la forma que estableix l'article 552-4.2» (art. 463-6.3 CCCat). Cabe destacar que la remisión a la regulación de los derechos de adquisición preferente de los cotitulares en una situación de comunidad se circunscribe al plazo y al modo o forma de ejercicio de los mismos porque su presupuesto es distinto: por una parte, porque la transmisión en atención a la cual se atribuyen estos derechos a los coherederos tiene por objeto una *cuota* —la que corresponde al coheredero enajenante (art. 463-6.1 CCCat)—, y no un *derecho*;⁵⁷ y, por otra parte, porque esta transmisión, aun siendo exclusivamente onerosa, tiene un ámbito más restringido que el regulado en una situación de comunidad, puesto que no se refiere a la que se formaliza a través de cualquier negocio jurídico oneroso, de la clase que sea, sino que se limita a la que se realiza mediante una compraventa o una dación en pago (art. 463-6.2 CCCat).

56. Con relación a este precepto, cfr. Lluís PUIG I FERRIOL, «Comentario del artículo 463-6 CCCat», en Joan EGEA I FERNÁNDEZ I Josep FERRER RIBA (dir.) i Laura ALASCIO I CARRASCO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1596-1601. El artículo 463-6 CCCat recoge lo dispuesto en el artículo 51 del Código de sucesiones, que ya reconocía los derechos de tanteo y de retracto de los coherederos, si bien fijaba un plazo único de un mes para el ejercicio de ambos derechos a contar desde la notificación a todos los coherederos de la decisión de uno de ellos de vender o de dar en pago su cuota, en el caso del derecho de tanteo, o desde que los coherederos tuvieran conocimiento de la venta o de la dación en pago ya realizadas, en el caso del derecho de retracto.

57. Ello obedece a la distinta configuración de la comunidad hereditaria y de la comunidad de bienes en el Código civil. La primera se origina a partir de la concurrencia de una pluralidad de herederos en una sucesión, que adquieren el patrimonio hereditario en proporción a las cuotas respectivas que les corresponden como herederos (art. 463-1 CCCat); la comunidad ordinaria indivisa, en cambio, no se estructura a partir de un derecho único, dividido en tantas cuotas como partícipes, sino que «comporta l'existència de tants drets com cotitulars hi ha» (art. 552-1.1 CCCat). Las cursivas en las citaciones textuales son nuestras.

En cuanto a la propiedad compartida,⁵⁸ el artículo 556-10 CCCat establece que la enajenación a título oneroso de la cuota de cualquiera de los dos propietarios —propietario material y propietario formal— a un tercero otorga al otro, salvo pacto en contrario en el título de constitución, los derechos de tanteo y de retracto, que se rigen por el artículo 552-4 CCCat. En este caso, la remisión es completa a la totalidad de la regulación de los derechos de adquisición preferente de los cotitulares en una situación de comunidad y la transmisión onerosa que los origina —cuyo objeto es también en este caso una *cuota* y no un *derecho*— se articula por medio de cualquier tipo de negocio jurídico oneroso.

3.3. EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DEL PROPIETARIO TEMPORAL

La propiedad temporal⁵⁹ se configura como un derecho de propiedad que atribuye a su titular «el domini d'un bé durant un termini cert i determinat, vençut el qual el domini fa trànsit al titular successiu» (art. 547-1 CCCat). Esta modalidad de propiedad supone la concurrencia sucesiva sobre un mismo y único objeto —bien mueble o inmueble (art. 547-2 CCCat)— de dos titulares: un titular actual, al que se denomina «propietari temporal», y un titular eventual o futuro, «titular successiu», llamado a convertirse efectivamente en propietario una vez transcurrido el plazo de duración de la propiedad temporal. Tanto el propietario temporal como el titular sucesivo tienen poder de disposición sobre la propiedad actual y sobre la propiedad de adquisición futura, respectivamente, y, en consecuencia, tanto el uno como el otro pueden «alienar, hipotecar i sotmetre a qualsevol altre gravamen el seu dret» (art. 547-7.1 y 547-6.2 CCCat).⁶⁰

Atendiendo a esta circunstancia, el artículo 547-5c CCCat permite que en el título de constitución de la propiedad temporal se establezca «[e]l dret d'adquisició preferent del propietari temporal per al cas de transmissió onerosa del dret del titular successiu, i el dret d'adquisició preferent d'aquest últim per al cas de transmissió onerosa de la propietat temporal». Se trata, pues, de un derecho de adquisición de origen voluntario y de configuración unitaria, que comprende —por aplicación de las reglas

58. Que introduce en el libro v CCCat la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña, configurándola como una modalidad de las situaciones de comunidad (capítulo vi del título v CCCat).

59. Introducida asimismo en el libro v CCCat por la Ley 19/2015 como una modalidad del derecho de propiedad (capítulo vii del título iv CCCat).

60. En rigor, es discutible que el «titular successiu» sea realmente «titular», ostente un «dret» y, más aún, sea un «dret de propietat»; lo que propiamente le corresponde es una expectativa, porque *propietario* solo lo será cuando adquiera el dominio, vencido el plazo de duración de la propiedad temporal.

generales: artículos 568-14 y 568-15 CCCat— el tanteo y el retracto⁶¹ y que puede ser ejercitado por su titular en cualquier supuesto de transmisión a título oneroso, proyectada o consumada, y sea cual sea el negocio jurídico oneroso a través del cual se articule. En cualquier caso, la finalidad perseguida por el derecho de adquisición es diferente según corresponda al propietario temporal o al titular sucesivo: en el primer caso, con su ejercicio el propietario temporal elimina el término resolutorio que afecta a su derecho de propiedad, lo que la convierte en definitiva e indefinida, mientras que, en el segundo, el titular sucesivo, que no era propietario, adquiere el derecho de propiedad al que está llamado antes del vencimiento del plazo de vigencia de la propiedad temporal.

Por otra parte y a tenor de la literalidad del artículo 547-5c CCCat, cabe plantear si el derecho de adquisición preferente del propietario temporal y el derecho de adquisición preferente del titular sucesivo se han de establecer con carácter recíproco o si pueden estipularse con independencia y constituir uno solo de ellos, sin que sea necesario establecer el otro. La conjunción «i» parece indicar que se han de establecer conjuntamente y con carácter recíproco; pero el mismo origen voluntario de estos derechos de adquisición preferente y el principio de libertad civil (art. 111-6 CCCat) que inspira el ordenamiento jurídico catalán inducen a decantarse por la tesis contraria.

Evidentemente y puesto que el «dret d'adquisició preferent» a que se refiere el artículo 547-5c CCCat es de origen voluntario, el derecho o los derechos que comprenda y su regulación dependerán de lo que establezca el título de constitución de la propiedad temporal y, en su caso, de su remisión —si así se prevé— a las disposiciones del Código relativas a los derechos voluntarios de adquisición preferente.

61. Aunque, como es evidente y precisamente por su origen voluntario, puede pactarse que comprenda solo uno u otro de estos dos derechos.

3.4. EL DRET DE FADIGA EN EL CENSO ENFITÉUTICO

Los artículos 565-23 a 565-28 CCCat⁶² regulan el denominado *dret de fadiga*,⁶³ al que se califica como «dret de prelación» (art. 565-23.1 CCCat),⁶⁴ en virtud del cual el censatario —propietario de la finca gravada con el censo (art. 565-1.2 CCCat)— y, en su caso, el censalista —titular del derecho de censo (art. 565-1.2 CCCat)— «poden exercir el dret de tanteig o el dret de retracte, per a adquirir, respectivament, el dret de cens o la finca gravada que hagin estat alienats a títol oneros, pel mateix preu i en les condicions convingudes amb l'adquirent» (art. 565-23.2 CCCat).⁶⁵

62. Con relación a estos preceptos, cfr. Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, «Comentario de los artículos 565-23 a 565-28 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1518-1528.

63. El *dret de fadiga* tiene su origen en la regulación tradicional del censo enfitéutico y constituye el derecho real de adquisición preferente por excelencia del derecho civil catalán y la fuente de inspiración de todos los que se han incorporado con posterioridad al ordenamiento jurídico catalán. El *dret de fadiga* se recoge en el período codificador en los artículos CLXVIII-CLXXII de la *Memoria* de Manuel Durán y Bas de 1883 (*Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Barcelona, 1883), en los artículos 168-172 del Proyecto de apéndice de 1930, en los artículos 135-138 del Anteproyecto de apéndice de 1931 y en los artículos 207-211 del Proyecto de compilación de 1955, y se consolida como regulación legal en los artículos 42 de la Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos, y 312-315 de la Compilación del derecho civil de Cataluña de 1960, no modificados por la reforma de 1984. Con posterioridad, esta regulación se ha recogido también en los artículos 22-27 de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos, que constituye el antecedente inmediato de la regulación actual del Código civil.

64. Y no como «dret d'adquisició» o «dret d'adquisició preferent», por lo que destaca, pues, como característica esencial del mismo antes la idea de la *preferencia* que la de la *adquisición*; la calificación se encuentra ya en el artículo CLXVIII de la *Memoria* de Durán y Bas.

65. La atribución de la legitimación activa del ejercicio del *dret de fadiga* ha variado a lo largo del tiempo. En el artículo CLXVIII de la *Memoria* de Durán y Bas se reconocía únicamente al denominado «dueño directo», que, de acuerdo con la teoría del «dominio dividido» entonces imperante, era el propietario de la finca, cuya posesión y disfrute correspondían al enfitentea, titular del denominado *dominio útil*, mediante el pago de la pensión al «dueño directo». El artículo 168 del Apéndice de 1930 otorga también el *dret de fadiga* al dueño directo, si bien el artículo 179.1 del mismo Apéndice de 1930 reconoce al censatario el derecho de retracto cuando el censalista venda o dé en pago sus derechos dominicales, y el mismo criterio siguen los artículos 135 y 143 del Apéndice de 1931. Por su parte, el artículo 207 del Proyecto de compilación de 1955 atribuye el *dret de fadiga* al censalista, y el artículo 215.2 del mismo Proyecto de compilación añade que también «[c]ompetirá [...] al censatario el derecho de fadiga». El artículo 42 de la Ley de 1945 atribuye el derecho de fadiga recíprocamente al censalista (dueño directo) y al censatario (dueño útil), mientras que el artículo 312 de la Compilación de 1960 lo otorga al censalista, si bien el artículo 296 de la Compilación de 1960, al remitir la regulación de la enfitéusis a la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley de 1945, admite que corresponde asimismo al censatario. Finalmente, el artículo 22.1 de la Ley 6/1990 establece la fórmula que posteriormente reproducirá de forma casi literal el artículo 565-23.1 CCCat: «El dret de prelación anomenat *fadiga*, el qual es reconeix per llei només al censatari, pot ésser atorgat al censalista si s'ha determinat expressament al títol de constitució». Ello, después de apuntar el artículo 13.1 de la Llei 6/1990 que «[e]l cens enfitéutic, a més del dret a la prestació periòdica anual, pot atorgar

El *dret de fadiga* se configura, pues, como un derecho unitario, que se manifiesta o puede manifestarse (art. 565-27 CCCat) a través del derecho de tanteo y del derecho de retracto, en la medida en que este último se vincula al primero —«[e]l tanteig [...] comporta el retracte» (art. 565-24.2 CCCat)— y es consecuencia del mismo en el supuesto de que se lesione o se vulnere. Por otra parte, el *dret de fadiga* puede corresponder tanto al censatario como al censalista y puede otorgarse a ambos con carácter recíproco: se atribuye al censatario en el caso de que el censalista enajene el derecho de censo y se reconoce al censalista cuando el censatario transmita la propiedad de la finca. Desde este punto de vista, atendiendo a la titularidad del *dret de fadiga*, este puede ser asimismo de origen legal o de origen voluntario (art. 565-23.1 CCCat): es de origen legal y, además, de carácter necesario el que corresponde al censatario que, al adquirir el censo cuando su titular lo enajena, libera de tal gravamen la finca de la que es propietario,⁶⁶ mientras que es de origen voluntario —«si ho determina expressament el títol de constitució» (art. 565-23.1 CCCat; cfr. también art. 565-14.1 CCCat)— el que se atribuye al censalista, que permite que adquiera la propiedad de la finca sobre la que ostenta su derecho de censo en el caso de que su dueño la transmita a título oneroso a un tercero.⁶⁷

En cualquier caso, tanto si el *dret de fadiga* se otorga al censatario como si se otorga al censalista, su ejercicio determina la extinción del derecho de censo, puesto que, de acuerdo con el artículo 565-11.1a CCCat, «[e]l cens s'extingeix per [...] [l]es causes generals d'extinció dels drets reals», dentro de las cuales se encuentra la consolidación (art. 532-1 CCCat) que se produce con ocasión de «la reunió de titularitats entre els propietaris i els titulars del dret real» (art. 532-3.1 CCCat).⁶⁸

al censalista el dret de llúisme i el dret de fadiga, o un sol d'aquests drets, si s'ha estipulat [expressament: artículo 13.2 Llei 6/1990] en el títol de constitució».

66. En este sentido, el *dret de fadiga* constituye un derecho de adquisición preferente a favor del propietario, cuya finalidad adquisitiva no se orienta tanto a la adquisición del derecho de propiedad, puesto que su titular ya es propietario, como a la extinción de un gravamen que afecta al mismo, que adquiere de este modo una propiedad libre. Desde este punto de vista, actualmente cabría considerarlo, pues, como un derecho de tanteo y de retracto del propietario, con la misma función que desempeña el que el artículo 561-10 CCCat le atribuye cuando el derecho de propiedad está gravado con un usufructo: cfr. *supra* el epígrafe 3.1.

67. En este caso, el *dret de fadiga* —a diferencia de lo que sucede cuando corresponde al censatario— se configura como un derecho de adquisición preferente orientado a posibilitar que el titular del derecho a recibir la pensión del censo se convierta en propietario del bien sobre el que recae.

68. A este respecto, la consolidación constituye efectivamente una causa de extinción del censo y no existe limitación alguna a esta eficacia extintiva, a diferencia de lo que sucede —como ya se ha apuntado— en la regulación del usufructo, de acuerdo con el artículo 561-16.1c CCCat. De hecho, la consolidación se ha considerado tradicionalmente como una de las causas de extinción de la enfiteusis; hacen referencia expresa a ella los artículos CXLII, par. 3, de la *Memoria* de Durán y Bas («relativo a la consolidación de los derechos del señor y del enfiteuta»), 142, par. 3, del Apéndice de 1930 y 115, par. 3, del Apéndice de 1931 («relativo a la consolidación del dominio útil con el directo»), 189, par. 3, del Proyecto de compilación de

Por lo que respecta al derecho de tanteo, corresponda al censatario o al censalista, es presupuesto de existencia del mismo la enajenación onerosa («que hagin estat alienats a títol onerós», art. 565-23.2 CCCat) que el titular del derecho de censo —censalista— o el propietario de la finca —censatario— haya decidido realizar («decisió d'alienar», art. 565-24.1 CCCat) de sus respectivos derechos a favor de un tercero.⁶⁹ Aunque, en principio, esta referencia a una enajenación a *título* oneroso es muy amplia y permitiría considerar que cualquier negocio jurídico oneroso con finalidad transmisiva posibilita el ejercicio del *dret de fadiga*, en su manifestación como derecho de tanteo, el artículo 565-26 CCCat («Excepcions al dret de fadiga») reduce notablemente el ámbito de aplicación del mismo al excluirlo en las permutas, las retroventas y las transacciones, así como «[e]n les altres alienacions en les quals els titulars del dret [de fadiga] no poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26d CCCat),⁷⁰ expresión muy general que incluye no solo los supuestos anteriores —haciendo ociosa su mención expresa—,⁷¹ sino también cualquier otro en que concurren estas circunstancias, como pueden ser la dación en pago o la aportación del derecho que se pretende transmitir a una sociedad. En definitiva, pues, el tanteo que posibilita el *dret de fadiga* se reduce prácticamente a las transmisiones onerosas que se realizan mediante un negocio jurídico —cabe pensar en particular en el contrato de compraventa— en el que la contraprestación convenida para la adquisición del derecho que transmite el censalista o el censatario consiste en la entrega de una cantidad de dinero en concepto de *precio*.

1955 («consolidación del dominio útil con el directo o viceversa»), 299, par. 3, de la Compilación de 1960 («consolidació del domini útil amb el directe o viceversa») y 10c de la Llei 6/1990 («consolidació»).

69. Aunque, literalmente, el artículo 565-23.2 CCCat, al referirse tanto al derecho de tanteo como al derecho de retracto que constituyen el *dret de fadiga*, alude a una enajenación ya consumada —«hagin estat alienats»—, está claro que, por lo que respecta al tanteo, ha de tratarse de una enajenación meramente proyectada, en la que la transmisión del derecho al adquirente todavía no se ha producido.

70. La disposición proviene ya del artículo CLXIX de la *Memoria* de Durán y Bas («en las enajenaciones en que el dueño directo [censalista] no puede dar ó hacer lo que se ha convenido»), que recoge también los mismos supuestos en los que no procede el *dret de fadiga*, a los que añade algún otro (innecesario en el caso de las «enajenaciones a título lucrativo» [número 1º], puesto que el *dret de fadiga* solo opera si la transmisión es onerosa); cfr., también, los artículos 169 del Apéndice de 1930, 137 del Apéndice de 1931 y 208 del Proyecto de compilación de 1955. Finalmente, la disposición y los supuestos en los que no procede el *dret de fadiga* se reproducen en los artículos 313 de la Compilación de 1960 (no modificado en la reforma de 1984) y 25 de la Ley 6/1990.

71. Mirambell i Abancó diferencia este supuesto de los casos de permuta, retroventa y transacción, pues considera que se refiere a enajenaciones en las que «el componente personalísimo del adquirente o las características personales de la contraprestación no permiten un cambio en la persona del adquirente que, sin duda, se produciría en virtud del reconocimiento del derecho de fadiga al censalista en estos casos»; cfr. Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ, «Comentario del artículo 565-26 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1525.

En cuanto a los requisitos de ejercicio del derecho de tanteo, el artículo 565-24.1 CCCat se refiere a la «notificació fefaent de la decisió d'alienar» y al plazo de tiempo dentro del cual su titular ha de hacerlo valer. La notificación —de la que no se fija el plazo para efectuarla— debe realizarla «el censalista al censatari o viceversa», según quien pretenda transmitir su derecho y a quien corresponda el *dret de fadiga*, y en ella ha de constar, además de la voluntad de enajenar, «la identitat de l'adquirent, [el] preu i [...] les altres circumstàncies de la transmissió» (art. 565-24.1 CCCat). Por su parte, el plazo para ejercitar el tanteo frente al adquirente es de un mes a contar desde la notificación (art. 565-24.1 CCCat) y es un plazo de caducidad, la cual se rige por las reglas de las relaciones jurídicas disponibles. El ejercicio del derecho de tanteo se materializa llevando a cabo su titular «allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26d CCCat).

Por lo que respecta al derecho de retracto a través del cual se puede manifestar asimismo el *dret de fadiga*, su ejercicio procede «si no hi ha [la] notificació [que possibilita el tanteig] o la transmissió es fa per un preu o unes circumstàncies diferents de les que hi consten» (art. 565-24.2 CCCat), así como —aunque no se diga expresamente— cuando se realiza a favor de un adquirente distinto al indicado o antes de que haya transcurrido el plazo de un mes dentro del cual puede ejercitarse el derecho de tanteo. En todos estos supuestos, «[e]l tanteig [...] comporta el retracte» (art. 565-24.2 CCCat) y el beneficiario del primero —sea el censatario o el censalista— puede hacer valer el segundo frente al adquirente que ha adquirido efectivamente el derecho enajenado, haciendo o dando —como en el caso del tanteo— «allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26d CCCat). El plazo de ejercicio del derecho de retracto es de caducidad y tiene una duración de tres meses, que empiezan a contar a partir de la fecha en que su titular «té coneixement de l'alienació i de les seves circumstàncies o, si escau, des de la inscripció de la transmissió en el Registre de la Propietat» (art. 565-24.2, final, CCCat).

Finalmente, conviene apuntar que, al regular el régimen jurídico voluntario del derecho de superficie, el artículo 564-4.5 CCCat admite que, en el título de constitución o con posterioridad, el propietario y el superficiario pueden establecer «drets d'adquisició preferents, recíprocs o no», a los cuales se aplican supletoriamente los preceptos que el Código dedica al *dret de fadiga*, a partir de la idea de que responden a la misma finalidad. En efecto, la del derecho de adquisición preferente del propietario —al igual que la del que corresponde al censatario— se orienta a la extinción de un gravamen, en este caso el que supone el derecho de superficie, y a posibilitar la liberación de su derecho de propiedad. Por su parte, la finalidad del derecho de adquisición preferente del superficiario —al igual que la del que ostenta el censalista— se orienta a facilitar la adquisición del derecho de propiedad sobre el que recae su derecho. En definitiva, se trata de derechos de adquisición con relación a los cuales el legislador ha considerado que entre la finca sobre la que recae un derecho de superficie y la finca gravada con un censo enfitéutico existe la semejanza suficiente que

justifica esta aplicación supletoria.⁷² Con todo, cabe dudar de la oportunidad de esta remisión y de la procedencia de esta supletoriedad, puesto que el *dret de fadiga* es de origen legal, mientras que los derechos de adquisición preferente del propietario y del superficiario son de origen voluntario; y existiendo precisamente en el Código civil una regulación general de los derechos de adquisición *voluntaria* (art. 568-5 a 568-7 CCCat, «Disposicions generals») y de los derechos *voluntarios* de tanteo y de retracto (art. 568-13 a 568-15 CCCat), cuya finalidad es propiciar su aplicación supletoria a los supuestos específicos de estos mismos derechos, la remisión del artículo 564-4.5 CCCat hubiera debido referirse a esta regulación general.⁷³

3.5. LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO DEL ARRENDATARIO RÚSTICO

El artículo 623-27.1 CCCat («Preferència adquisitiva de l'arrendatari») atribuye al arrendatario de una finca rústica «dret de tanteig i retracte» sobre la finca arrendada «en cas d'alienació, dació en pagament o aportació a societat pel propietari», cuyo ejercicio regulan los artículos 623-28 CCCat («Dret de tanteig») y 623-29 CCCat («Dret de retracte»).⁷⁴ Esta preferencia adquisitiva se traduce, pues, en el reconoci-

72. El artículo 564-4.5 CCCat tiene como antecedente inmediato el artículo 4.5b de la Ley 22/2001, precepto que se incluye en la regulación del primero de los derechos enumerados. Ahora bien, lo dispuesto en este artículo 4.5b de la Ley 22/2001 no coincide exactamente con lo que establece el artículo 564-4.5 CCCat y pueden destacarse dos diferencias: en primer lugar, los derechos de adquisición que pueden pactarse al amparo del artículo 4.5b de la Ley 22/2001 han de ser «recíprocs», exigencia que no recoge el artículo 564-4.5 CCCat, que admite que dichos derechos sean «recíprocs o no»; en segundo lugar, en el artículo 4.5b de la Ley 22/2001 no se establece remisión a la aplicación supletoria de regulación alguna, ni, por tanto, a la del *dret de fadiga*, razón por la cual cabría entender que los derechos de adquisición mencionados en el precepto se regían por los artículos —de carácter general— que la misma Ley 22/2001 dedicaba precisamente a los «drets d'adquisició voluntària o preferent».

73. La remisión a una u otra regulación comporta consecuencias distintas en el ámbito en el que operan los derechos de adquisición preferente. Si se aplica «el règim que aquest codi estableix per a la fadiga» tal como establece el artículo 564-4.5 CCCat, dichos derechos serán de aplicación cuando se produzca una enajenación onerosa en los términos previstos por los artículos 565-23.2 y 565-26 CCCat, que —como ya se ha apuntado— la limitan, en última instancia, a aquella en la que «els titulars del dret [de fadiga] poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents» (*arg. ex art. 565-26d CCCat*). En cambio, si la remisión se efectúa a la regulación general de los derechos de adquisición de origen voluntario (cfr. art. 568-14 CCCat), estos —como también se ha indicado— podrán ejercitarse a partir de cualquier tipo de negocio oneroso —por ejemplo, compraventa, permuta, aportación a sociedad, dación en pago— susceptible de transmitir a un tercero el derecho gravado con el derecho de adquisición preferente.

74. Los antecedentes de la regulación del Código se encuentran en la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo, y, más concretamente, en sus artículos 33-35, en cuyas disposiciones se inspiran, no sin introducir alguna modificación, los artículos 623-27 a 623-29 CCCat. Sobre estos preceptos, con carácter general, cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos de obligaciones y contratos*, 2a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo,

miento a favor del arrendatario de un derecho unitario —«dret de tanteig i retracte»— que puede operar en dos momentos distintos: en primer lugar, cuando el propietario de la finca arrendada exteriorice su propósito de transmitir —«voluntat d'alienar» (art. 623-28.1 CCCat)— su derecho de propiedad, otorgando un negocio transmisivo oneroso con esta finalidad, de modo que corresponderá al arrendatario el derecho de tanteo; y, en segundo lugar, cuando el propietario transmite efectivamente su derecho de propiedad a un tercero, vulnerando el derecho de tanteo del arrendatario, caso en el que se atribuirá a este último el derecho de retracto.

Así configurado, este «dret de tanteig i retracte» tiene naturaleza real, puesto que, solo si el tanteo es de naturaleza real, posibilita el ejercicio del retracto y permite que el arrendatario pueda hacerlo valer frente al adquirente: el gravamen que supone el derecho de tanteo, al ser de naturaleza real, se transmite con el derecho de propiedad que, de resultas de su infracción, adquiere el tercero y permite que su titular pueda ejercitarlo frente a este como derecho de retracto. En cambio, el ejercicio de este último no procedería si el tanteo fuera personal, toda vez que, en tal caso, su vulneración por el propietario tan solo atribuiría al arrendatario una pretensión indemnizatoria frente al mismo, sin que, en ningún caso, su «preferència adquisitiva» fuera oponible a terceros.

Por ello, siendo esto así y siendo de naturaleza real este «dret de tanteig i retracte» del arrendatario de una finca rústica, se da la circunstancia de que, en este caso, este derecho real de adquisición preferente no se vincula a un derecho real —como puede ser el derecho de propiedad o el derecho que constituye un gravamen sobre el mismo—, sino a un derecho personal, puesto que de esta naturaleza es el que ostenta el arrendatario sobre la finca arrendada y que legitima su posesión sobre ella, facultándole para «conrear la finca [...] amb les plantacions o sembres que més li convinguin per a fer-ne seus els fruits» (art. 623-11.2 CCCat). A diferencia de los demás derechos de adquisición de naturaleza real que regula el Código civil en determinados supuestos, que se reconocen al titular que lo es también de un derecho real, el derecho de adquisición preferente del arrendatario es un derecho real que se otorga al titular de un derecho de crédito con la finalidad de posibilitar la adquisición por su parte del derecho de propiedad sobre un bien —la finca rústica— cuya posesión ya ostenta como consecuencia de ese derecho de crédito. El arrendatario de una finca rústica es titular de un derecho personal, que es el que determina su condición de arrendatario y de poseedor de un bien ajeno, y es también titular de un derecho real de adquisición preferente, vinculado a este derecho personal, cuyo ejercicio le permite convertirse en propietario del bien poseído. En definitiva, el arrendatario es titular de un derecho

Marcial Pons, 2021, p. 588-590; M. del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, «Contrato de arrendamiento de bienes - contratos de cultivo», en M. del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Judith SOLÉ RESINA (coord.), *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 558-563.

de crédito frente al propietario de la finca arrendada —oponible solo frente a este— y, al mismo tiempo, es titular de un derecho real —oponible frente al propietario y también frente a terceros— que grava el derecho de propiedad sobre la misma y que le faculta para adquirirla si el dueño la transmite.

La atribución al arrendatario de una finca rústica de este derecho de adquisición preferente se condiciona a la concurrencia de determinadas circunstancias, relativas a la calificación de la finca arrendada, a la persona del adquirente beneficiario de la transmisión y a la cualidad en la que el arrendatario desarrolla la actividad agraria. En este sentido, en efecto, se excepciona la atribución del tanteo y del retracto al arrendatario *a*) si la finca no tiene la calificación de rústica (art. 623-27.1*b* CCCat), *b*) si el adquirente es copropietario de la finca o es cónyuge o conviviente o tiene relación de parentesco con el propietario (art. 623-27.1*a* CCCat),⁷⁵ y *c*) si el arrendatario no tiene la cualidad de «conreador directo i personal» (art. 623-8.2 CCCat, y define esta cualidad el artículo 623-6 CCCat).

Determinado de este modo, por vía negativa, cuándo se atribuyen al arrendatario los derechos de tanteo y de retracto, el presupuesto para que se produzca su ejercicio es la «alienació onerosa, dació en pagament o aportació a societat» (art. 623-27.1, 623-28.1 y 623-29.1 CCCat)⁷⁶ del derecho de propiedad sobre la finca por parte de su dueño, enajenación meramente proyectada, en el caso del tanteo (art. 623-28 CCCat), o ya consumada, en el del retracto (art. 623-29 CCCat). Aunque la enumeración transcrita no destaca por su precisión técnica —la dación en pago y la aportación a sociedad son enajenaciones onerosas—, la pretensión del legislador es excluir los derechos de tanteo y de retracto de las transmisiones a título gratuito y limitarlos a las onerosas,⁷⁷ y cabe destacar que, dentro de estas últimas, estos derechos de adquisición preferente se otorgan al arrendatario, sea cual sea el negocio por medio del cual se articule la transmisión y, por ello, sea cual sea la contraprestación que asuma el adquirente, con independencia de que pueda ser realizada o no por el arrendatario. De ahí que la dación en pago y la aportación a sociedad —al igual que la permuta, que no se menciona expresamente pero que hay que entender incluida dentro de la «alienació

75. Aunque la redacción del artículo 623-27.1*a* CCCat puede inducir a equívoco, el precepto contempla dos supuestos distintos y la mención al cónyuge, al conviviente y a los parientes no se refiere a los que lo sean del copropietario, sino a los del propietario transmitente. En cuanto a la relación de parentesco, se extiende a los ascendientes, los descendientes y los parientes consanguíneos o por adopción hasta el segundo grado.

76. En la Ley 1/2008 los negocios jurídicos a través de los cuales podía formalizarse la transmisión susceptible de originar la preferencia adquisitiva del arrendatario eran la «compravenda, permuta, dació en pagament, donació entre vius o aportació a societat» (art. 33.1 Ley 1/2008), de modo que le reconocían, pues, derechos de tanteo y de retracto no solo en los supuestos de enajenación a título oneroso, sino también en los de enajenación a título gratuito.

77. Modificando el criterio adoptado por el artículo 33.1 de la Ley 1/2008, tal como se apunta en la nota anterior.

onerosa»— posibiliten el tanteo y el retracto, y permitan su ejercicio al arrendatario mediante el pago al propietario del «valor» atribuido a su derecho de propiedad (art. 623-28.1 y 2 CCCat: «[...] preu o valor»).

Por lo que respecta al ejercicio del derecho de tanteo, el artículo 623-28 CCCat exige, por una parte, que el propietario de la finca notifique fehacientemente al arrendatario su decisión de transmitirla y, por otra, que este último, a su vez, haga valer su derecho dentro del plazo legalmente establecido. La notificación fehaciente —con relación a la cual no se fija el plazo para realizarla— ha de referirse a la «voluntat d'alienar» del propietario, al precio fijado como contraprestación o al valor que se ha atribuido a su derecho, y a «les altres circumstàncies de l'acte jurídic de transmissió» (art. 623-28.1 CCCat). En cuanto al plazo de ejercicio del tanteo, es de dos meses —«següents a la notificació» (art. 623-28.2 CCCat)—, y dicho ejercicio debe materializarse por medio del pago o la consignación notarial por parte del arrendatario al propietario del precio o valor correspondiente al derecho de propiedad (art. 623-28.2 CCCat).

En cuanto al ejercicio del derecho de retracto, el artículo 623-29.1 CCCat lo reconoce al arrendatario si el propietario vulnera su derecho de tanteo transmitiendo efectivamente la propiedad de la finca arrendada a un tercero, ya sea sin haber notificado previamente y de modo fehaciente al arrendatario su voluntad de enajenar, ya sea —si existe la notificación— por haber efectuado la transmisión antes del transcurso de los dos meses de ejercicio del tanteo o en condiciones distintas de las comunicadas. Es verdad que en toda transmisión de una finca rústica se ha de manifestar si está arrendada o no y, si se manifiesta que lo está, si se ha notificado al arrendatario la voluntad de transmitirla y las condiciones de la transmisión (art. 623-29.3 CCCat). Pero la omisión o inexactitud de estas manifestaciones no afecta a la validez ni a la eficacia de la transmisión y la única consecuencia que deriva de ellas se concreta exclusivamente en la primera, pues impide el acceso del título de adquisición de la finca al Registro de la Propiedad, puesto que para inscribirlo se ha de justificar la notificación fehaciente de la transmisión proyectada al arrendatario (art. 623-29.4 CCCat). Ahora bien, la falta de inscripción tampoco no afecta a la validez y la eficacia de la transmisión; y, por otra parte, en caso de que se justifique la notificación y proceda la inscripción, el registrador no puede entrar a valorar si se ha realizado con posterioridad al plazo de dos meses de ejercicio del derecho de tanteo o si las condiciones de la transmisión proyectada recogidas en ella coinciden con las de la transmisión realizada, por lo que ninguna de dichas circunstancias puede impedir el acceso del título al Registro.

La única trascendencia que tiene la inscripción en el Registro de la Propiedad se relaciona con el plazo de ejercicio del derecho de retracto y su *dies a quo*. En efecto, el artículo 623-29.2 CCCat establece que el arrendatario ha de ejercer el retracto «en els dos mesos següents al moment en què tingui coneixement de l'alienació, o al moment de la inscripció d'aquesta en el Registre de la Propietat, si s'ha produït abans». De acuerdo con el inciso final de este precepto, a efectos de determinar la finalización del

plazo de ejercicio del derecho de retracto prevalece el momento en el que se inscribe la transmisión en el Registro de la Propiedad —se ajuste o no la notificación de la misma a los requisitos de tiempo y contenido del artículo 623-29.1 CCCat— sobre el momento en el que el arrendatario tenga conocimiento efectivo de la realización de la transmisión, cuando este conocimiento sea posterior a la inscripción.⁷⁸ Pero si la transmisión no se inscribe en el Registro, el único criterio para fijar el inicio del plazo de ejercicio del retracto es el conocimiento que el arrendatario tenga de la misma, y, si no se acredita este conocimiento, no se inicia el cómputo del plazo.

Finalmente y por lo que respecta al modo de ejercicio del derecho de retracto, aunque no se regule expresamente, se materializa también —como en el caso del derecho de tanteo— pagando o consignando el arrendatario el precio o el valor por el que el tercero adquirió la propiedad de la finca, y el adquirente —y no el propietario— es el destinatario del pago o de la consignación.

3.6. EL DERECHO DE RETRACTO DEL PROPIETARIO COLINDANTE

Los artículos 568-16 a 568-20 CCCat⁷⁹ regulan el derecho de retracto que se otorga al propietario de una finca rústica (art. 568-17.2 CCCat) y cuyo ejercicio le faculta, cuando el dueño de la colindante la enajena a favor de una persona que no sea propietaria de alguna de las fincas que limitan con ella (art. 568-18.1 CCCat), para subrogarse en la posición jurídica del adquirente (art. 568-16.1 CCCat) y convertirse en propietario de la finca enajenada. Se trata de un derecho de retracto de origen legal, no vinculado a un derecho de tanteo previo,⁸⁰ cuya existencia no ha previsto el

78. Con todo y a pesar de lo dispuesto en el artículo 623-29.2 CCCat, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC) de 17 de febrero de 2020, si bien en aplicación de la Ley 1/2008, consideró que el plazo para el ejercicio del derecho de retracto empieza a contar desde el conocimiento efectivo de la transmisión producida, por lo que es irrelevante la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad.

79. Por lo que respecta a estos preceptos, cfr. Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Comentario de los artículos 568-16 a 568-20 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1723-1746.

80. Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Comentario del artículo 568-16 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1724-1726, destaca:

Lo que más sorprende, no ya solamente del art. 568-16 CCC, sino de toda la subsección dedicada al retracto de colindantes —y, asimismo, de la regulación que se hace de la tornería—, es que el derecho de adquisición preferente de los colindantes se configura como un derecho de retracto «aislado», o, en los términos del art. 568-14.5 CCC, como un «derecho de retracto desconectado de un derecho de tanteo previo».

Explica esta configuración —a su juicio, criticable— por el «seguidismo» del legislador respecto de la regulación de este retracto en los artículos 1521-1525 del Código civil español, con la particularidad,

legislador:⁸¹ el ejercicio del derecho de adquisición se origina exclusivamente en una enajenación consumada, y no en una meramente proyectada.

El presupuesto de ejercicio de este derecho de retracto es la enajenación onerosa de una finca rústica, si bien la atribución del mismo al propietario de la finca colindante exige la concurrencia de determinados requisitos subjetivos y objetivos. Por lo que respecta a los primeros, los apartados 1 y 2 del artículo 568-17 CCCat solo reconocen el derecho de retracto al propietario de la finca rústica colindante si tiene la consideración de «conreador directe i personal» (cfr. art. 623-6 CCCat para el concepto de «conreador directe i personal»⁸²). Y, en cuanto a los requisitos objetivos, el artículo 568-18 CCCat establece que el derecho de retracto se puede ejercitar cuando la finca rústica objeto de enajenación tenga una superficie inferior a la de la unidad mínima de cultivo (ap. 1) o cuando en dicha finca no existan «construccions ajustades a la legalitat el valor de les quals representa més dels dos terços del de la finca» (ap. 2).

Si concurren todos estos requisitos, la transmisión onerosa que posibilita el retracto se limita a la que se formaliza por medio de un contrato de compraventa o se materializa a través de una dación en pago (art. 568-18.1 CCCat).⁸³ El titular del derecho de retracto tiene un plazo —de caducidad— de dos meses para ejercitarlo, que empieza a contar «des del moment en què els propietaris conreadors directes de les finques confrontants tenen coneixement de l'alienació i de les seves circumstàncies o des de la data en què la transmissió s'inscriu en el Registre de la Propietat» (art. 568-19.1 CCCat).⁸⁴ En cuanto al modo de ejercicio del retracto, se materializa pagando su ti-

además, de que la referencia exclusiva de dichos preceptos al derecho de retracto obedece a un error que tiene su origen en la evolución legislativa de los mismos.

81. Aunque, ciertamente, podría haberlo regulado. En este sentido, el hecho de que el propietario de la finca rústica que enajena su derecho no tenga que comunicar su decisión a los propietarios de las fincas colindantes, le libera de la carga que supone la notificación en el derecho de tanteo y vincula el ejercicio del retracto a la diligencia del propio titular del derecho de retracto, que solo puede ejercitar su derecho si tiene conocimiento de la enajenación realizada e incluso puede llegar a perderlo sin haber tenido la posibilidad de ejercitarlo, si la caducidad de su plazo de ejercicio viene determinada por el criterio preferente de la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad como *dies a quo*.

82. En el caso de existir distintas fincas rústicas colindantes y de que sean varios los propietarios de las mismas a los que, por tener la consideración de cultivador directo y personal, pueda corresponder el derecho de retracto, tiene preferencia el dueño de la finca de menor superficie y, si es idéntica, el de la finca con mayor perímetro colindante (art. 568-17.3 CCCat).

83. Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Comentario del artículo 568-18 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1737, prescindiendo de la literalidad del precepto, se muestra partidario «de una interpretación extensiva del artículo 568-18 CCC, ampliando la procedencia del retracto a toda enajenación en la que la contraprestación dada a cambio sea fungible».

84. Con relación al precepto transcrito, cabe apuntar una omisión y hacer una precisión: por una parte, los propietarios han de tener la consideración de «conreadors directes i personals», y no solo «directes» (cfr. art. 568-17 CCCat); por otra parte, el *dies a quo* del plazo no empieza en el momento en el que *todos* los propietarios de las fincas colindantes tienen conocimiento de la enajenación, sino en el momento en el

tular al adquirente «el mateix preu o valor i en les condicions convingudes», de modo que se produce la subrogación del primero en la posición jurídica del segundo (art. 568-16.1 CCCat) y la adquisición de la finca objeto de retracto a favor del retrayente (cfr. art. 568-19.2 CCCat).

3.7. EL DRET DE TORNERIA

Los artículos 568-21 a 568-26 CCCat⁸⁵ regulan el denominado «dret de torneria», propio exclusivamente del territorio de Aragón y que se configura como un derecho de retracto de origen legal, en virtud del cual su titular puede subrogarse en la posición jurídica del adquirente (art. 568-21.1 CCCat) de una finca rústica enajenada a título oneroso por un pariente de dicho titular (art. 568-22.2 CCCat).⁸⁶ De acuerdo con la regulación del Código civil, el *dret de torneria* constituye un derecho de retracto legal que opera con relación a una transmisión onerosa ya consumada, sin que corresponda a su titular asimismo un derecho de tanteo previo, cuya vulneración por el propietario transmitente determine el ejercicio del derecho de retracto.⁸⁷

que el propietario que quiere ejercitar el derecho de retracto tiene conocimiento —o pudo tener conocimiento— de la misma.

85. Por lo que respecta a estos preceptos, cfr. Neus CORTADA CORTIJO, «Comentario de los artículos 568-21 a 568-26 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1746-1767, esp. p. 1747, donde considera que «[l]a regulación del derecho de tornería en el libro V del Código civil de Cataluña constituye toda una novedad en el ordenamiento jurídico catalán, no ya por su inclusión y reconocimiento, sino propiamente por su detallada y renovada regulación».

86. El *dret de torneria* es una institución de origen consuetudinario, propia del valle de Aragón, recogida en el capítulo VII del *Privilegi de la Querimònia*, otorgado por Jaime II en 1313 y confirmado por Alfonso III. Mantenido su vigencia como institución consuetudinaria, el *dret de torneria* es acogido en la Compilación de 1960 por medio de una mera referencia remisiva: «En el Valle de Aragón, regirá el derecho llamado de tornería, de conformidad con los privilegios, los usos y costumbres de la comarca» (art. 329 de la Compilación de 1960, no modificado por la reforma de 1984). Con todo y a pesar de lo manifestado por este precepto y de la detallada regulación que posteriormente desarrollan los artículos 568-21 a 568-26 CCCat, el *dret de torneria* tiene escasa aplicación en la práctica y parece difícil su subsistencia.

87. No parece, sin embargo, que originariamente haya sido así. El *Privilegi de la Querimònia*, en efecto, establecía que «quilibet homo dicte vallis [d'Aran] si vult vendere domos, terras, vineas, molendina aut aliqua bona inmobilia debet reliquere fratres, si habet, vel consanguineos germanos aut propinquiores in linea parentele, si vult emere res vendibiles quas ipse vult vendere». Es decir, de acuerdo con la disposición transcrita, los «fratres vel consanguineos germanos aut propinquiores in linea parentele» del transmitente tenían la posibilidad de adquirir también con preferencia las «res vendibiles» antes de que su propietario las vendiera a un tercero, a requerimiento del propio transmitente. Neus CORTADA CORTIJO, «Comentario del artículo 568-21 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1749, critica y considera injustificada la decisión del legislador de «alterar la configuración tradicional de dicha institución [la tornería], limitando [...] el derecho de tornería a un retracto legal».

La existencia del *dret de torneria* requiere que concurren determinadas circunstancias de carácter subjetivo y de carácter objetivo. Las primeras se predicen tanto del titular del derecho de retracto como del adquirente de la finca transmitida. Por lo que respecta al titular del derecho, el artículo 568-22 CCCat legitima y limita su atribución a «els parents fins al quart grau en la línia de la qual procedeixen els béns» (ap. 2), siempre y cuando tengan la vecindad local de Arán (ap. 1),⁸⁸ mientras que, con relación al adquirente, el artículo 568-23.1 CCCat señala que ha de ser una persona extraña a la familia del propietario transmitente o «amb un parentiu més enllà del quart grau col·lateral». Las circunstancias de carácter objetivo se refieren a la finca objeto de transmisión, que ha de ser una finca rústica situada en el territorio de Arán⁸⁹ y que tiene que haber pertenecido «als parents per consanguinitat durant dues o més generacions immediatament anteriors a la del disposant o la disposant» (art. 568-23.1 CCCat).

La transmisión onerosa que, atendida la concurrencia de las circunstancias anteriores, determina el ejercicio del *dret de torneria* por parte de los parientes del transmitente, se circunscribe a la que se realiza mediante una compraventa o una dación en pago (art. 568-23.1 CCCat).⁹⁰ El plazo de ejercicio del derecho es de un año y un día «a comptar de la data en què s'inscriu la transmissió en el Registre de la Propietat o en què es té coneixement de l'alienació i les seves circumstàncies si la transmissió no s'hi inscriu» (art. 568-24.1 CCCat). En cuanto al modo de ejercicio del *dret de torneria*, requiere que su titular satisfaga al adquirente el «mateix preu i en les condicions convingudes» en el negocio transmisivo (art. 568-24.2 CCCat), de modo que se subroge en la posición jurídica de este último (art. 568-21.1 CCCat) y adquiera la finca objeto de retracto (art. 568-24.2 CCCat).

88. En el supuesto de que existan varios parientes legitimados para ejercer el *dret de torneria*, el artículo 568-22.3 CCCat prefiere al pariente de grado más próximo al transmitente y, en igualdad de grado, al de más edad, y remite a las normas de la sucesión intestada para el cómputo de grados.

89. El artículo 568-23.2 CCCat especifica también que «[e]l *dret de torneria* es pot exercir sobre la casa pairal i les seves dependències encara que siguin en sòl urbà, llevat que formin part d'una explotació comercial o turística».

90. Neus CORTADA CORTIJO, «Comentario del artículo 568-23 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1757, entiende que los negocios jurídicos onerosos que posibilitan el ejercicio del *dret de torneria* «pueden ser la compraventa, la dación en pago y las ventas judiciales realizadas en pública subasta», y añade que «[l]a interpretación restrictiva del retracto legal, por la limitación que supone al dominio y a la voluntad de las partes, nos lleva a afirmar que no procederá en supuestos de adquisición del bien por permuta, título hereditario o renta vitalicia».

4. HACIA UNA REGULACIÓN UNITARIA DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Como se ha indicado al principio de este trabajo, la concurrencia en el Código civil de Cataluña de una regulación general de los derechos reales de adquisición preferente de origen voluntario y de una serie de preceptos relativos a determinados derechos reales de adquisición preferente —de origen legal y de origen voluntario— en concreto, posibilita la existencia de una regulación general unitaria de los derechos de tanteo y de retracto en la que se regulen los aspectos y las cuestiones comunes a todos ellos, de manera que baste una remisión a esta regulación general en los preceptos dedicados a los derechos concretos para establecer su régimen jurídico, lo que evitaría las repeticiones, pero también las dudas que suscita esta diversidad de regulaciones.

Como también se ha indicado, esta regulación general unitaria debería referirse —al menos— a tres cuestiones: el presupuesto de ejercicio de los derechos reales de tanteo y de retracto, los requisitos de ejercicio de estos derechos y los efectos reales que derivan del mismo. Las dos primeras cuestiones son objeto de regulación tanto en las disposiciones generales dedicadas a los derechos de adquisición voluntarios como en los preceptos concretos que se ocupan de determinados derechos de tanteo y de retracto en particular, y, por esta razón, una regulación unitaria de las mismas evitaría reiteraciones innecesarias. La tercera cuestión —los efectos reales derivados del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto— no está, a mi juicio, contemplada —o no lo está con suficiente claridad— ni en la regulación general de los derechos de adquisición voluntarios ni en la específica de los derechos de tanteo y de retracto en concreto; de ahí que, en este caso, su regulación unitaria podría subsanar la omisión y aclarar la cuestión.

4.1. EL PRESUPUESTO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO: LA ENAJENACIÓN ONEROSA

Los derechos reales de tanteo y de retracto constituyen un gravamen que afecta al derecho de propiedad, puesto que su ejercicio se reconoce a su titular cuando el propietario proyecta transmitir —derecho de tanteo— o transmite efectivamente —derecho de retracto— su derecho a un tercero,⁹¹ siempre y cuando la transmisión

91. Recuérdese lo dicho al principio, en el epígrafe 1, en el sentido de que, aunque los derechos de adquisición preferente se suelen vincular al derecho de propiedad y se orientan a posibilitar su adquisición por parte del titular del tanteo o del retracto, son también derechos de adquisición preferente los que en determinados supuestos se reconocen al propietario cuyo derecho está gravado con un derecho real limi-

proyectada o la transmisión realizada se produzcan dentro del «termini de durada del dret [d'adquisició preferent]» (art. 586-6a CCCat), toda vez que el vencimiento de este plazo constituye una causa de extinción del mismo (art. 568-7.1 CCCat).

Ahora bien, de acuerdo con la regulación recogida en el Código civil, tanto con carácter general para los derechos de adquisición preferente de origen voluntario, como específicamente para determinados derechos de adquisición preferente —de origen legal y voluntario— en particular, no toda transmisión posibilita el ejercicio de estos derechos, sino única y exclusivamente la que se formaliza por medio de un negocio de enajenación oneroso, en virtud del cual el eventual adquirente —en el caso del derecho de tanteo— o el adquirente efectivo —en el caso del derecho de retracto— asume, como contraprestación al derecho que adquiere, la obligación de realizar una determinada conducta a favor del transmitente. Se excluye de este ámbito, pues, la enajenación a título gratuito, que, excepcionalmente, solo tiene trascendencia cuando el derecho de propiedad esté gravado con un usufructo o con un derecho de aprovechamiento parcial, en cuyo caso, si el usufructuario o el titular de este derecho se propone transmitir su derecho o lo trasmite a un tercero, el propietario está facultado para hacer valer el derecho de tanteo y de retracto, si la transmisión es onerosa, o el derecho de retracto exclusivamente, si es gratuita (art. 561-10.1 y 563-4 CCCat).⁹²

En este sentido, pues, bastaría con establecer en la regulación unitaria que se propone un precepto que faculte al titular del derecho de adquisición preferente para ejercerlo siempre que el propietario gravado lo enajene a título oneroso, sin necesidad de reproducir este precepto en las disposiciones dedicadas a los distintos derechos de tanteo y de retracto de los que se ocupa el Código civil, en las que sería suficiente una simple norma remisiva. Únicamente en la regulación del usufructo, con relación al derecho de adquisición preferente del nudo propietario,⁹³ habría que precisar expresamente su aplicación a todo supuesto de transmisión del derecho de usufructo, con independencia del carácter oneroso o gratuito de la misma, en atención a la finalidad que persigue este derecho de adquisición preferente, orientado a la extinción del gravamen y a facilitar la libertad y plenitud del dominio.⁹⁴

tado y cuyo ejercicio le permite extinguir el gravamen y adquirir una propiedad libre. Aunque en el texto se haga referencia solo a los derechos de adquisición preferente que facultan la conversión de su titular en propietario, lo que se diga es de aplicación también a aquellos cuya finalidad es la extinción de un gravamen y la liberación del derecho de propiedad.

92. Cfr. *supra* el epígrafe 3.1.

93. Y, por remisión, en la regulación del derecho de adquisición preferente del propietario y de los titulares de un derecho real posesorio sobre una finca gravada con un derecho de aprovechamiento parcial (art. 563-4 CCCat).

94. Por más que, como ya se ha indicado, la extinción por consolidación solo opera respecto del usufructo que recae sobre bienes muebles (art. 561-16.1c CCCat). Por otra parte, cabe apuntar también que el criterio de facultar el ejercicio de los derechos de adquisición preferente en los supuestos de transmisión a título gratuito solo se aplica para posibilitar la liberación del derecho de propiedad gravado con

Ahora bien, para el caso de que esta regulación general unitaria sancione la vinculación del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto a la transmisión onerosa del derecho de propiedad gravado, habría que precisar también el alcance o la extensión de esta transmisión —o, lo que es lo mismo, qué negocios onerosos propician este ejercicio—. En efecto, en la regulación —general y particular— de los derechos de adquisición preferente el legislador ha seguido tres criterios para delimitar el ámbito de aplicación de las transmisiones onerosas susceptibles de posibilitar el ejercicio de estos derechos: en primer lugar, haciendo referencia, sin más, a la existencia de un «negoci jurídic oneros» (art. 568-1c CCCat), una «transmissió onerosa» (art. 547-5c, 561-10.1 y 568-14.1 CCCat) o una «alienació a títol oneros» (art. 552-4.1 CCCat) o «alienació onerosa» (art. 623-27.1 CCCat),⁹⁵ y puede considerarse que esta referencia incluye cualquier clase de negocio jurídico oneroso a través del cual puede formalizarse una enajenación o una transmisión a cambio de una contraprestación; en segundo lugar, especificando los concretos negocios jurídicos onerosos cuya eventual realización o cuya realización efectiva permite ejercitar los derechos de adquisición preferente, eso es, «compravenda [o venda] o dació en pagament» (art. 463-6.2, 568-18.1 y 568-23.1 CCCat), entendiendo que solo estos negocios facultan su ejercicio; y, en tercer lugar, por la vía de exclusión, negando que dicho ejercicio proceda en determinadas enajenaciones onerosas —las que se articulan por medio de «permutes, retrovendes i transaccions» y, en general, aquellas «en les quals els titulars del dret [d'adquisició preferent] no poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26 CCCat)—, criterio del que cabe deducir la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo y de retracto cuando se otorgue un negocio distinto de los mencionados y, sobre todo, en los supuestos en los que los titulares de estos derechos pueden realizar la contraprestación asumida por los adquirentes.

En esta tesitura, cabe plantear cuál de estos tres criterios es el más adecuado para determinar el presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto en una

un usufructo, pero no en otros supuestos en los que se encuentra igualmente gravado: cfr., así, los artículos 564-4.5 CCCat, con relación al derecho de propiedad sobre el que recae el derecho de superficie, y 565-23 CCCat, en cuanto a la propiedad afectada por el censo enfiteúutico.

95. Respecto a los derechos de tanteo y de retracto del arrendatario de una finca rústica, el artículo 623-27.1 CCCat lo vincula no solo a la realización de una «alienació onerosa», en general, sino que añade, además, una referencia expresa a la «dació en pagament» y a la «aportació a societat», que, en rigor, no sería necesaria toda vez que una y otra son también «alienacions oneroses». En este sentido, parece que el legislador ha querido dejar claro que cualquier enajenación onerosa, sea cual sea el negocio jurídico a través del cual se formalice, posibilita la «preferència adquisitiva de l'arrendatari» (rúbrica del artículo 623-27 CCCat); con todo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley 1/2008, antecedente inmediato del precepto y que incluye una enumeración pormenorizada de los negocios jurídicos susceptibles de originar esa preferencia adquisitiva, cabe considerar también que la «alienació onerosa» del artículo 623-27.1 CCCat se refiera únicamente —con criterio discutible— a la compraventa y a la permuta: cfr. *supra* la nota 75.

regulación que se pretenda general y unitaria. La fijación de este criterio es, en última instancia, una cuestión de política legislativa en la que conviene atender —al menos— a una doble consideración: por una parte, que los derechos reales de adquisición preferente constituyen una restricción del derecho de propiedad y, como tales, han de ser objeto de una interpretación estricta, lo que abona la tesis de un criterio asimismo estricto o restringido con relación a las *transmisiones onerosas* a las que se vincula el ejercicio de estos derechos; por otra parte, que la existencia de los derechos reales de adquisición supone una situación de conflicto entre estos derechos y el derecho de propiedad, en la que, en la determinación del criterio que defina las *transmisiones onerosas* que posibilitan el ejercicio de los primeros, hay que tener en cuenta los intereses en juego y valorar cuál de ellos —el de los titulares de los derechos de adquisición o el de los propietarios— es preferente: si prima el interés de los titulares de los derechos de adquisición, el criterio que define las *transmisiones onerosas* a las que se vincula su ejercicio será un criterio amplio, mientras que si se otorga preferencia al interés de los propietarios, será estricto o restringido.

El criterio tradicionalmente seguido en el derecho catalán era el establecido para el *dret de fadiga*, que —como ya se ha indicado— constituye el derecho real de adquisición preferente por excelencia del derecho civil catalán y el único que sus normas han regulado con detenimiento, por lo que sirve de modelo a todos los que se han incorporado con posterioridad a su ordenamiento jurídico. De acuerdo con este criterio, no toda *transmisión onerosa* posibilita el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, sino solo la que se formaliza a través de un negocio jurídico en el que la contraprestación asumida por el adquirente —eventual o efectivo— es susceptible de ser realizada también por el titular de los derechos de adquisición preferente. A tenor de este criterio, pues, esta *transmisión onerosa* se reduce prácticamente a la realizada mediante un contrato de compraventa, puesto que la prestación del adquirente consiste en la satisfacción de una cantidad de dinero en concepto de *precio* y, por lo tanto, dicha prestación puede ser llevada a cabo por cualquiera. Este criterio, recogido ya en el artículo CLXIX de la *Memoria* de Durán y Bas, es también el que acoge actualmente el artículo 565-26 CCCat,⁹⁶ pero se excluye el *dret de fadiga* en las permutas, las retroventas y las transacciones, así como «[e]n les altres alienacions en les quals els titulars del dret [de fadiga] no poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents» (art. 565-26d CCCat).⁹⁷

96. Para la evolución de esta disposición a lo largo del período codificador del derecho civil catalán, cfr. *supra* la nota 69.

97. Con la particularidad de que —como ya se ha visto— es un criterio que se aplica tanto a las «transmisiones onerosas» a través de las cuales el censalista enajena su derecho de censo, facultando al censatario, propietario de la finca gravada, el ejercicio del *dret de fadiga*, como a aquellas por las que este último enajena su derecho de propiedad, permitiendo al censalista —si así se ha pactado expresamente— ejercer el *dret de fadiga* y adquirir la finca.

Este criterio es, también, el que acoge la Ley 22/2001, al regular, con carácter general, los derechos de adquisición voluntaria. En efecto, el artículo 19*b* de dicha ley define el *derecho de tanteo*⁹⁸ como el «que atorga al titular la facultat d'adquisició preferent, en les alienacions oneroses en les quals el titular del dret pugui fer o donar la contraprestació a què s'hagi compromès l'adquirent», y remite a un concepto limitado de las «alienacions oneroses» a las que se vincula el ejercicio del tanteo. Sin embargo, al establecer esta regulación general para los derechos de adquisición voluntaria, el Código civil ha abandonado este criterio restringido y se ha decantado por un criterio amplio, pues ha considerado que cualquier «negoci jurídic onerós» (art. 568-1.1*c* CCCat) o cualquier «transmissió onerosa» (art. 568-14.1 CCCat) es susceptible de posibilitar el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto. A mi juicio, que el artículo 568-1.1*b* y *c* CCCat faculte al titular de estos derechos para adquirir el bien sobre el que recaen «amb les mateixes condicions pactades o convingudes» con el eventual adquirente o con el adquirente efectivo en un negocio jurídico oneroso, no supone que la contraprestación que este se ha obligado a realizar o que ha realizado ya sea o tenga que ser fungible,⁹⁹ puesto que dichas «condicions» se refieren al modo de realización de la contraprestación y no a su objeto, que, dado que consiste en una cantidad de dinero, tanto puede corresponder al *precio* como al *valor* del derecho gravado.

Esta idea se confirma con la precisión de que el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto permite la adquisición del derecho objeto de enajenación onerosa «pel mateix preu o valor» (cfr. art. 552-4.1 y 623-28 CCCat) atribuido al mismo, lo que convierte el contenido de la contraprestación del adquirente en una prestación dineraria que puede ser realizada por cualquiera y, por tanto, también por el titular del derecho de adquisición preferente. En este sentido y en esta regulación general unitaria para todos los derechos reales de adquisición preferente que se propone, podría mantenerse este criterio amplio y facultar el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto por su titular en todo supuesto de *transmisión onerosa* o de *enajenación a título oneroso*, con independencia del negocio jurídico a través del cual se articule,¹⁰⁰

98. Como ya se ha indicado —cfr. *supra* las notas 16 y 17—, la Ley 22/2001 considera únicamente como derechos de adquisición voluntarios los derechos de opción y de tanteo, pues el de retracto es «una manifestació del dret de tanteig de naturalesa real» (preámbulo, par. 27), de manera que «[e]l dret de tanteig comporta el dret de retracte quan ja ha tingut lloc la transmissió» (art. 19*b*, final, Ley 22/2001).

99. Requisito que exige un autorizado sector doctrinal: cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 523; Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-13 CCCat», p. 1705; Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 556.

100. Este amplio criterio ha sido seguido por la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas con relación a los derechos de adquisición preferente que corresponden a la Administración en la transmisión de bienes inmuebles en materia de urbanismo. En la Resolución de 19 de julio de 2023, atendiendo a una consulta formulada por el Colegio Notarial de Cataluña, la Dirección General recuerda la doctrina

y reservar el criterio restrictivo para el ejercicio de aquellos derechos de adquisición preferente que razones de política legislativa aconsejen limitar a determinados negocios jurídicos onerosos.¹⁰¹

Ahora bien, con relación al presupuesto de ejercicio de los derechos de adquisición preferente y por lo que respecta al de retracto, hay que destacar que no solo lo constituye la existencia de una *enajenación onerosa* por medio de la cual se transmite el derecho afectado por el mismo, sino también la frustración o vulneración del derecho de tanteo, que lo *convierte* en retracto (cfr. rúbrica del art. 568-15 CCCat) cuando este último está vinculado a aquel, y ello siempre y cuando esta frustración o vulneración sea imputable al titular del derecho gravado.¹⁰²

En la regulación general de los derechos voluntarios de adquisición preferente, esta frustración se puede producir por tres circunstancias: «[...] si manca la notificació fefaent dels elements essencials de l'acord de transmissió o si la transmissió s'ha fet en condicions diferents de les que constaven en la notificació o abans de vèncer el termini per a exercir el tanteig» (art. 568-15.1 CCCat). En cambio, en la regulación específica

mantenida en las resoluciones de 21 de noviembre de 2017 y 22 de diciembre de 2020, en el sentido de considerar que una aportación de bienes, y, en concreto, de unas viviendas a una sociedad, constituyendo la contraprestación las participaciones de la sociedad que se adjudican a cambio, no impide el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto reconocidos a la Administración, atendiendo al valor dinerario de las viviendas aportadas. Con todo, en el caso concreto de la consulta se niega el ejercicio de estos derechos de la Administración porque la transmisión onerosa tenía por objeto unas viviendas arrendadas y, con relación a estas transmisiones, el artículo 173.1 del texto refundido de la Ley de urbanismo, redactado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, y por el Decreto ley 17/2019, de 23 de diciembre, remite a las disposiciones de la legislación de arrendamientos urbanos, cuyo artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamiento urbanos, limita el ejercicio de los derechos de adquisición preferente a las transmisiones de viviendas arrendadas que se hayan formalizado mediante un contrato de compraventa.

101. En cualquier caso y sea cual sea el criterio que se considere preferible en orden a determinar el concepto y la extensión de *transmisión onerosa* que constituye presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, hay que tener en cuenta la incidencia de este concepto y de esta extensión con relación a la duración del plazo de ejercicio del tanteo y a las transmisiones en las que puede ejercitarse (cfr. art. 568-13 CCCat).

102. Cabe destacar que no se sanciona la vulneración del tanteo por parte del titular del derecho gravado cuando este no notifique la transmisión proyectada o la notifique incorrectamente. La razón de esto puede obedecer tal vez a que el legislador piense que, como el titular del tanteo puede ejercitar entonces el derecho de retracto, en realidad no sufre lesión alguna porque mantiene y conserva su derecho de adquisición. Pero es que la falta de notificación o la notificación incorrecta supone trasladar al titular del tanteo la carga de diligencia que originariamente asume el titular del derecho gravado, y puede además frustrarse definitivamente el derecho de adquisición convertido en retracto si, por ejemplo, en caso de notificación incorrecta, el titular del tanteo decide no hacerlo valer y luego, conocidas las verdaderas condiciones de la transmisión, no puede ejercitar el retracto, o si, como no se ha notificado la transmisión proyectada, el plazo de su ejercicio se hace depender de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión efectivamente realizada, inscripción que puede ser desconocida si no se ha tenido conocimiento de dicha transmisión. En este sentido, parece claro que la frustración del derecho de tanteo puede originar una pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.

que establece el Código con relación a los concretos derechos de retracto de los que se ocupa solo suele aludirse a las dos primeras y se omite la tercera (cfr. art. 552-4.2, 561-10.3 y 565-24.2 CCCat), que únicamente menciona el artículo 623-29.1 CCCat para el retracto del arrendatario rústico. Evidentemente, la omisión es subsanable recurriendo a la aplicación del artículo 568-15.1 CCCat, pero pone de manifiesto la falta de coordinación entre lo dispuesto en este precepto y las disposiciones relativas a los derechos de retracto que son objeto de regulación específica, falta que podría haberse evitado mediante una simple norma remisiva. A este respecto, pues, en la regulación unitaria que se propone bastaría con reproducir la previsión del artículo 568-15.1 CCCat en cuanto a las causas que determinan la *conversión del tanteo en retracto* y remitir a ella la *conversión* que, en cada caso concreto, propicia el ejercicio de los derechos de retracto regulados específicamente por el Código, vinculándolos a la vulneración o frustración del derecho de tanteo.

4.2. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO

El ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto está sujeto a un breve plazo de duración,¹⁰³ fijado legal o voluntariamente, del que dependen la existencia y la exigibilidad de los mismos, según si se ejercitan o no. En efecto, mientras que el ejercicio de los derechos de adquisición preferente dentro del plazo establecido determina su extinción (art. 568-7.1 CCCat), el transcurso y el vencimiento de dicho plazo sin que se ejerciten provoca su inexigibilidad (art. 568-14.4 CCCat).¹⁰⁴ En el primer supuesto, la extinción del derecho como consecuencia de su ejercicio obedece a que a través del mismo se satisface el interés de su titular; en el segundo, su inexigibilidad viene determinada porque lo que se extingue por el vencimiento del plazo, y ocasiona su

103. Excepto en el caso del derecho de *torneria*, cuyo plazo de ejercicio es de un año y un día (art. 568-24.1 CCCat).

104. Distinto del plazo de *ejercicio* de los derechos de tanteo y de retracto es el plazo de *existencia* o de duración (art. 568-6a CCCat) de uno y otro derechos, pactado o legalmente establecido, dentro del cual se ha de producir la *transmisión proyectada* o la *transmisión efectiva* que constituye el presupuesto de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, respectivamente. Como es evidente, el transcurso de este plazo de existencia —de cuatro años, si no se fija otro en el título de constitución del derecho de adquisición (art. 568-6a CCCat), en el que, en cualquier caso, puede pactarse igualmente su duración indefinida (art. 568-13.1 CCCat)— sin que el titular del derecho gravado se haya propuesto transmitirlo o lo haya transmitido efectivamente, provoca asimismo la extinción del tanteo y del retracto «pel venciment del termini de llur durada» (art. 568-7 CCCat). En este sentido, el transcurso del «termini de durada» del derecho sin ejercitarlo tiene distinta significación según se refiera al derecho o al ejercicio del derecho: en el primer caso, comporta la extinción del derecho de adquisición preferente; en el segundo, la extinción de la facultad de ejercitarlo, que se traduce no en la extinción del mismo, sino en su inexigibilidad.

caducidad, no es el derecho, sino la posibilidad de ejercicio del derecho (art. 568-14.4 y 122-1.1 CCCat).

Ahora bien, lo peculiar de los derechos de adquisición preferente es esta extinción que se produce —de forma inmediata— como consecuencia de su ejercicio y que opera de modo semejante al cumplimiento de la obligación con relación al derecho de crédito, en la medida en que tanto en un caso como en el otro la satisfacción del titular del derecho determina su extinción.¹⁰⁵ La extinción de los derechos de tanteo y de retracto de resultas de «llur exercici» (art. 568-7.1 CCCat) constituye una característica que los singulariza dentro de los derechos reales,¹⁰⁶ puesto que los derechos de adquisición preferente son los únicos derechos reales que se extinguen cuando se ejercitan; en cambio, lo que define a los derechos reales es, precisamente, que a partir y como consecuencia de su ejercicio atribuyen a su titular una legitimación tendencialmente duradera para actuar sobre el bien sobre el que recaen.

Si concurren los presupuestos a los que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior —la enajenación onerosa proyectada o efectivamente realizada, con carácter general, y, además, la vulneración o frustración del derecho de tanteo, por lo que respecta al retracto, cuando está vinculado al tanteo—, el ejercicio de los derechos de adquisición preferente corresponde a su titular y constituye un requisito de dicho ejercicio hacerlos valer dentro del plazo establecido.

4.2.1. *El plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto*

El plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto puede venir determinado por una disposición legal o por la voluntad particular. En la regulación general establecida para los derechos de adquisición preferente de origen voluntario, este plazo ha de fijarse en el título de constitución (art. 568-6a CCCat); en caso contrario y con carácter supletorio operará el establecido legalmente (art. 568-14.4 y 568-15.2 CCCat).¹⁰⁷ En cambio, por lo que respecta a los derechos de adquisición preferente

105. Con la diferencia, evidente y consubstancial a la naturaleza real o personal de uno y otro derechos, de que en el ejercicio del derecho de adquisición preferente su titular satisface por sí mismo su interés, mientras en el ejercicio del derecho de crédito la satisfacción del interés de su titular requiere la colaboración del deudor, llevando a cabo la realización de la prestación y cumpliendo de este modo la obligación.

106. De hecho, el artículo 568-7.1 CCCat es el único de los distintos preceptos del Código que regulan la extinción de los derechos reales que menciona el ejercicio del derecho como causa extintiva.

107. A este respecto, cabe destacar que, a pesar de que la duración del plazo de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario forma parte del *contenido mínimo* de su título de constitución (art. 568-6 CCCat) y, por tanto, constituye uno de los datos que debe constar en el mismo (letra *a*), la regulación del ejercicio del derecho de tanteo y del derecho de retracto admite que no se haya fijado o pactado plazo alguno, por lo que se aplican entonces los previstos en los artículos 568-14.4 CCCat (tanteo) y 568-15.2 CCCat (retracto).

regulados específicamente por el Código, el plazo de ejercicio de los mismos está previsto legalmente y no parece que pueda ser modificado por la voluntad particular (cfr. art. 552-4.2, 561-10.2 y 3, 565-24.1 y 2, 568-19.1, 568-24, 623-28.2 y 623-29.2 CCCat).

En cuanto a la duración del plazo legal, es diferente en el tanteo y en el retracto, pese a que, cuando lo fija la voluntad particular, el criterio es que tengan la misma duración (art. 568-15.2 CCCat). Y, dentro de la regulación de cada uno de estos dos derechos, los plazos legales también varían, pues oscilan en el derecho de tanteo entre uno (art. 552-4.2, 561-10.2 y 565-24.1 CCCat) y dos meses (art. 623-28.2 CCCat), y en el derecho de retracto entre dos (art. 568-19.1 y 623-29.2 CCCat) y tres meses (art. 552-4.2, 561-10.3 y 565-24.2 CCCat), al que hay que añadir el de un año y un día del *dret de torneria* (art. 568-24 CCCat).

Ante esta falta de uniformidad en la duración de los plazos y las discordancias existentes entre la regulación general de los derechos de adquisición preferente y la específica de los concretos derechos de tanteo y de retracto de los que se ocupa el Código, un posible criterio que podría seguir la regulación unitaria que se propone sería el de unificar, respetando la libertad de fijación en el título constitutivo para los derechos de origen voluntario, la duración de los plazos de todos los derechos de tanteo y de retracto legales, determinándola a partir de la que se establezca con carácter supletorio para los derechos de adquisición voluntaria y haciendo en cada caso una mera remisión a la regulación unitaria propuesta. En este sentido, pues, podrían adoptarse con carácter general los plazos de dos meses para el ejercicio del tanteo y los de tres meses para el del retracto que ahora establecen los artículos 568-14.4 y 568-15.2 CCCat con carácter supletorio para los derechos de origen voluntario, y aplicarlos a todos los derechos de tanteo y de retracto que regula específicamente el Código civil.¹⁰⁸

4.2.2. *El dies a quo del plazo de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto*

El *dies a quo* del cómputo de los plazos de ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto se rige por criterios distintos en uno y otro casos: en el derecho de tanteo, el plazo de ejercicio empieza a contar a partir de la notificación, por parte del titular del derecho gravado por el tanteo al titular de este último, de la transmisión proyectada y de sus condiciones (art. 568-14.4, 561-10.2, 552-4.2, 565-24.1 y 623-28.2 CCCat), mientras que en el derecho de retracto el plazo de ejercicio se inicia a partir del mo-

108. Otra opción para esta propuesta de regulación unitaria sería la de unificar incluso los plazos legales de ejercicio del tanteo y el retracto, esto es, fijar una única y misma duración para ambos, siguiendo el criterio apuntado por el artículo 568-15.2 CCCat.

mento en que su titular tiene conocimiento de la transmisión efectivamente realizada o en que se produce la inscripción del derecho gravado y transmitido en el Registro de la Propiedad (art. 568-15.2, 561-10.3, 552-4.2, 565-24.2, 623-29.2, 568-19.1 y 568-24.1 CCCat).¹⁰⁹ Ciertamente, en ambos casos el criterio para determinar el *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de adquisición hubiera podido ser el mismo y fijarse a partir del momento en que el titular de uno y otro derechos *tiene conocimiento o ha podido tener conocimiento* de la transmisión proyectada y de la transmisión realizada, respectivamente; pero el legislador ha preferido reservar el criterio del *conocimiento del titular del derecho de adquisición* para el plazo de ejercicio del derecho de retracto y ha optado por el criterio de la *notificación fehaciente por parte del titular del derecho gravado* para el plazo de ejercicio del derecho de tanteo.

Las consecuencias de decantarse por uno u otro criterio son distintas.¹¹⁰ En el derecho de tanteo, dado que el *dies a quo* depende de la notificación de la transmisión proyectada que ha de realizar el titular del derecho gravado, esta circunstancia constituye una carga que este tiene que asumir, puesto que el plazo de caducidad a que está sujeta la facultad adquisitiva del titular del tanteo no empieza a correr hasta que no efectúe la notificación y no lo haga fehacientemente. En cambio, en el derecho de retracto, dado que el *dies a quo* depende del conocimiento que su titular tenga o —sobre todo— pueda tener de la transmisión realizada, si bien esta circunstancia se configura asimismo como una carga, ahora recae sobre el titular del retracto y no sobre el titular del derecho gravado, a pesar de ser este último quien ha frustrado el derecho de tanteo, con lo cual ha convertido a este en retracto, pero al mismo tiempo y paradójicamente transmite al retrayente la carga que originariamente asumía: como el *dies a quo* depende de la posibilidad de conocimiento por parte del titular del derecho de retracto de la transmisión realizada y como esta posibilidad está vinculada a la inscripción registral del derecho transmitido, puede suceder que el plazo de ejercicio del retracto empiece a correr e incluso se consuma sin que el retrayente haya tenido

109. Con relación al plazo de ejercicio del derecho de retracto, aunque el *dies a quo* se determina a partir de un dato subjetivo —conocimiento— o a partir de un dato objetivo —inscripción— cabe entender que la *inscripción* se considera también como una manifestación del *conocimiento*, en la medida en que, dado que el registro es público, producida aquella existe la posibilidad de conocer la transmisión que accede al mismo por medio de la inscripción. Por lo tanto, el criterio de fijación del *dies a quo* en el retracto se vincula —en definitiva— al *conocimiento o la posibilidad de conocimiento* por parte de su titular de la transmisión efectivamente realizada.

110. Aunque, ciertamente, si se exige que la *notificación* del titular del derecho gravado sea *fehaciente*, cabe pensar que ello determinará, si no su *conocimiento* por el titular del derecho de adquisición, sí la *posibilidad* de que este *conocimiento* se produzca. Es verdad que la *fehaciencia* se refiere y acredita la realidad de la *notificación* por parte de quien tiene que realizarla, pero no la del conocimiento efectivo de la misma por parte de quien es su destinatario; pero es que, como se acaba de indicar, lo que se requiere es la *posibilidad de conocimiento* de la notificación y de su contenido por parte del titular del derecho de adquisición preferente, y esta posibilidad se satisface si la notificación es fehaciente.

realmente conocimiento de la inscripción. De este modo, lo que con relación al ejercicio del tanteo constituía una carga de diligencia que recaía sobre el titular del derecho gravado, se convierte en el ejercicio del retracto en una carga que asume el titular del derecho de adquisición, cuya consecuencia en caso de incumplimiento de la misma puede ser la caducidad de su plazo de ejercicio.

Por lo que respecta a la *notificación fehaciente* de la transmisión proyectada y de las condiciones de la misma¹¹¹ que corresponde al titular del derecho gravado, no se establece —como ya se ha indicado—¹¹² el plazo de tiempo dentro del cual se ha de efectuar, si bien, lógicamente, ha de ser anterior a la fecha prevista en el «acord de transmissió» (art. 568-14.4 CCCat) para la transmisión del derecho. Además, y como también se ha apuntado, la buena fe (art. 111-7 CCCat) exige que se realice con antelación suficiente para que el titular del derecho de adquisición preferente pueda valorar o decidir la conveniencia o no de ejercitar el tanteo y adquirir el derecho que se pretende transmitir. La cuestión no está regulada y tal vez sería aconsejable mencionarla en la regulación unitaria que se propone.

En cuanto al *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de retracto, el legislador lo ha vinculado al *conocimiento* por parte de su titular de la transmisión realizada. A este respecto cabe destacar que mientras que en la regulación general del derecho de retracto de origen voluntario el *conocimiento* se predica de «l'alienació», sin más (art. 568-15.2 CCCat), en la regulación específica de los distintos derechos de retracto de los que en particular se ocupa el Código civil se exige que el *conocimiento* se extienda, además, a sus «circumstàncies» (art. 561-10.3, 552-4.2, 565-24.2, 568-19.1 y 568-24.1 CCCat),¹¹³ exigencia que otorga mayor protección al retrayente en orden a la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto, toda vez que el plazo de caducidad a que está sujeto el ejercicio de su derecho no empezará a correr hasta que este no tenga un conocimiento *completo* de la transmisión realizada.

Asimismo, cabe destacar también que el *conocimiento* por el titular del derecho de retracto de «l'alienació» o de «l'alienació i les seves circumstàncies» se fija atendiendo a dos momentos distintos: aquel en que el conocimiento *se produce efectiva-*

111. Por lo que respecta al contenido de la notificación relativa a la transmisión proyectada, el legislador no es —como ya se ha apuntado *supra* en la nota 30— demasiado preciso y alude, indistintamente y sin concretarlas, a sus «condicions» (art. 568-14.4 y 552-4.1 CCCat), «condicions substancials» (art. 623-19.1 CCCat), «elements essencials» (art. 568-15.1 CCCat), «circumstàncies rellevants» (art. 561-10.1 CCCat) y «circumstàncies» (art. 552-4.2, 565-24.1 y 2 y 623-28.1 CCCat); con todo, en ocasiones especifica que la notificación ha de contener, entre otros datos, «el nom dels adquirents, el preu convingut o el valor que es dona al dret» (cfr. art. 561-10.1, 565.24.1 y 623-28.1 CCCat).

112. Cfr. *supra* el epígrafe 2.1.

113. Únicamente con relación al derecho de retracto del arrendatario de una finca rústica, el artículo 623-29.2 CCCat alude simplemente a que este tenga «coneixement de l'alienació», posiblemente por atender al criterio general del artículo 568-15.2 CCCat.

mente o aquel en que el conocimiento *puede producirse*, como consecuencia de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad.¹¹⁴ Esta disyuntiva —como ya se ha apuntado—¹¹⁵ suscita alguna cuestión con relación a los supuestos a los que se aplica uno u otro criterio y, sobre todo, en orden a determinar cuál de ellos es en cada caso preferente.

Respecto a la primera cuestión, parece claro que el criterio del que podríamos denominar *conocimiento efectivo o real* del retrayente se aplica cuando la transmisión no se ha inscrito en el Registro y mientras no se inscriba, mientras que el criterio del *conocimiento posible* se aplica cuando la transmisión se ha inscrito, teniendo presente que, como es sabido, la inscripción registral no es obligatoria ni constituye un requisito de validez ni de eficacia del negocio transmisivo, sino que afecta tan solo a su oponibilidad frente a terceros. En este sentido, pues, si la transmisión efectivamente realizada no se inscribe en el Registro, el plazo de ejercicio del derecho de retracto no empieza a correr mientras el retrayente no tenga conocimiento de la misma, circunstancia que, en principio, redundará en su beneficio; con todo, el desconocimiento del retrayente no impide la usucapión liberatoria del adquirente (art. 531-23.3 CCCat), razón por la cual es posible que esta se consuma sin que se haya ejercitado ni sea posible ejercitar el derecho de retracto, lo que perjudica a su titular,¹¹⁶ el cual, además

114. Los artículos 568-15.2, 565-24.2, 623-29.2, 568-19.1 y 568-24.1 CCCat se refieren expresamente al «Registre de la Propietat», mientras que los artículos 561-10.3 y 552-4.2 CCCat aluden simplemente al «registre corresponent»; con todo, en la inmensa mayoría de los casos el «registre corresponent» es también el «Registre de la Propietat».

115. Cfr. *supra* el epígrafe 2.2.

116. Para que se produzca la usucapión liberatoria o, en palabras del artículo 531-23.3 CCCat, para que la usucapión perjudique «els drets reals no possessoris o de possessió compatible amb la possessió per a usucapir», el precepto exige que los titulares de los derechos reales que, en su caso, resulten afectados por el efecto extintivo que se atribuye a la usucapión, hayan tenido conocimiento de la misma. Ahora bien, y como ya dijimos en Santiago ESPIAU ESPIAU, «La regulación de la usucapión en el Código civil de Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, núm. 2 (abril-junio 2008), p. 463-518, esp. p. 494, «[e]sta exigencia resulta un tanto sorprendente, en la medida en que no se precisa para la propia usucapión del derecho gravado»; véase también el comentario del artículo 531-23 CCCat en Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentario de los artículos 531-23 a 551-29 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. I, p. 355-410, esp. p. 363; en la p. 494 añadíamos también:

[...] la consecuencia adquisitiva que deriva de la misma [la usucapión] se produce en beneficio del poseedor *ad usucapionem* con independencia de que el titular del derecho en cuyo concepto se posee haya conocido o no esta posesión: transcurrido el plazo de tiempo fijado por la ley, el poseedor adquiere el derecho usucapido, perdiéndolo quien ostentaba su titularidad hasta este momento. En cambio, y de acuerdo con lo que establece el artículo 531-23.3 CCCat, no sucede lo mismo con los derechos reales que lo gravan: por más que el poseedor *ad usucapionem* haya ejercitado la posesión en el concepto posesorio correspondiente al derecho que adquiere desconociendo los gravámenes que lo afectan, dichos gravámenes subsistirán si sus titulares desconocieron la usucapión y solo se extinguen si tuvieron conocimiento de ella.

y en los casos en que su derecho esté vinculado al tanteo, habrá visto frustrado previamente este último derecho por una causa imputable al titular del derecho gravado.

Algo similar puede suceder si la transmisión efectivamente realizada se inscribe en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso, como hemos dicho, el plazo de ejercicio del derecho de retracto empieza a correr a partir del momento en que se practica la inscripción. Esta circunstancia ya pone de manifiesto que la frustración del derecho de tanteo por cualquiera de las causas —falta de notificación de la transmisión o transmisión efectuada en condiciones distintas de las notificadas o dentro del plazo de ejercicio del tanteo— no impide el acceso al registro del negocio transmisivo y la inscripción del derecho gravado a nombre del adquirente.¹¹⁷ Pero es que, además y a pesar de constar inscrita la transmisión, es posible que, aun siendo pública, el retraente desconozca —en particular, si no se le han notificado la voluntad de transmitir y las condiciones del negocio transmisivo proyectado— la inscripción, desconocimiento que no impide el inicio y, en su caso, la consumación de la caducidad del plazo de ejercicio de su derecho, con el agravante también —al igual que en la transmisión no inscrita— de que su titular ya había sido privado de su derecho de tanteo por una causa imputable al titular del derecho gravado.

Por lo que respecta a la segunda cuestión apuntada anteriormente —cuál de los dos criterios, el del conocimiento o el de la inscripción, es prevalente en los casos en que ambos sean aplicables—, la prevalencia corresponde al criterio de la inscripción

Tal vez pudiera pensarse que, en tal caso, la extinción se justifica por la inactividad de dichos titulares que no han ejercitado las pretensiones correspondientes a la defensa de sus derechos, pudiendo hacerlo. Pero el mismo razonamiento podría aplicarse al titular del derecho usucapido y sancionar la pérdida de su titularidad única y exclusivamente en el caso de que hubiera conocido la usucapición y, pudiendo haberla interrumpido, no lo hubiera hecho. Por ello y para conciliar los efectos de la usucapición del derecho con los de la usucapición liberatoria de los gravámenes que recaen sobre el mismo, puede sugerirse que lo que exige el artículo 531-23.3 CCCat no es tanto que sus titulares «hagin tingut coneixement» de la usucapición, como que «hagin pogut tenir coneixement» de la misma, lo cual —por otra parte— resultaría congruente con el requisito de «publicidad» que se exige con carácter general a la posesión *ad usucapionem* (art. 531-24.1 CCCat).

En definitiva, la idea que se defiende es que, cuando el legislador exige el requisito del «conocimiento», considera que se satisface no solo cuando este conocimiento se produce real y efectivamente, sino también en los supuestos en los que existe la «posibilidad de conocer», como —por otra parte— pone también de relieve, en la fijación del *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de retracto, la consideración del momento en que se produce la inscripción registral de la transmisión, en tanto en cuanto, aunque no se conozca realmente, existe la posibilidad de conocerla.

117. Cfr., en este sentido, la Resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de 6 de febrero de 2008. Excepcionalmente, en el supuesto de la transmisión de la propiedad de la finca rústica arrendada y al menos por lo que respecta a la notificación de la voluntad de enajenación del propietario, «per a inscriure en el Registre de la Propietat el títol d'adquisició [...] s'ha de justificar que s'ha notificat fefaentment a l'arrendatari» (art. 623-29.4 CCCat).

registral. El criterio del *conocimiento* del retrayente se circunscribe a las transmisiones no inscritas en el Registro, mientras que el de la *inscripción* se aplica a las transmisiones inscritas, y es irrelevante el conocimiento que tenga el retrayente de la transmisión efectuada y del acceso al Registro de la misma. Transcurrido el plazo de caducidad establecido legalmente a partir de la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad, el derecho de retracto deviene inexigible y su titular no puede hacerlo valer, aunque no hubiera conocido la realización de la transmisión y su inscripción o aunque las hubiera conocido en un momento posterior al de la práctica de esta última (*arg. ex art. 623-29.2 CCCat*), y, por tanto, el plazo de caducidad vinculado a este conocimiento no se haya consumado todavía.¹¹⁸

La justificación de esta consecuencia puede encontrarse en la consideración —ya apuntada— de que en el momento en que se produce la inscripción registral es posible el conocimiento de la transmisión realizada, a partir del cual se fija, en definitiva, el *dies a quo* del plazo de ejercicio del retrayente. Ahora bien, y como también se ha indicado, vincular el inicio del cómputo de dicho plazo al conocimiento supone imponer al retrayente una carga de diligencia que originariamente correspondía al titular del derecho gravado y que, además, puede privar a aquél de ejercitar definitivamente su derecho de adquisición preferente, ahora en su modalidad de retracto, cuando en su modalidad de tanteo se ha frustrado por una causa imputable al titular del derecho gravado.

De ahí que sea aconsejable un cambio de criterio, en la regulación general unitaria que se propone, en cuanto a la determinación del *dies a quo* del plazo de ejercicio del derecho de retracto, vinculándolo —al igual que en el plazo de ejercicio del tanteo— a la notificación fehaciente de la transmisión realizada, inscrita o no, al retrayente. Ahora bien, en este caso la notificación no correspondería realizarla al titular del derecho originariamente gravado y transmitido, sino al adquirente, que recibe el derecho con el gravamen y que es, por tanto, el nuevo titular del mismo y la persona afectada por el derecho de adquisición preferente. Se trataría, en definitiva, de aplicar el mismo criterio que rige para el derecho de tanteo, en el que la notificación de la transmisión proyectada corresponde efectuarla al titular del derecho gravado; y por ello, en el retracto, la notificación de la transmisión realizada correspondería al adquirente.

118. Únicamente en el supuesto de que exista mala fe por parte del propietario transmitente y por parte del adquirente, la STSJC de 29 de septiembre de 2026 entendió —con relación al retracto de comuneros— que el plazo de ejercicio del derecho de retracto empezaba a contar desde el momento en que el retrayente tuvo conocimiento efectivo de la transmisión realizada, sin que le perjudicara la fecha anterior de la inscripción registral.

4.3. LA EFECTOS REALES DERIVADOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO

Los derechos de tanteo y de retracto, en cuanto derechos reales de adquisición preferente, otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre un bien ajeno, el cual le faculta para imponer a su propietario la transmisión a su favor del dominio que este ostenta sobre el bien, por más que haya previsto transmitirlo o lo haya transmitido efectivamente a un tercero. En este sentido, pues, tanto uno como otro derechos se vinculan a un negocio dispositivo orientado a la enajenación del derecho de propiedad gravado con el derecho de adquisición.¹¹⁹ Esta enajenación puede estar meramente proyectada o puede haberse consumado, y, en el primer caso, el derecho de tanteo «faculta el seu titular per a adquirir a títol onerós un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent» (art. 568-1.1*b* CCCat), mientras que, en el segundo, el derecho de retracto «faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic onerós una vegada ha tingut lloc la transmissió» (art. 568-1.1*c* CCCat). En cualquier caso, tanto en uno como en otro supuestos la enajenación —proyectada o consumada— supone la presencia de un tercero —adquirente eventual o adquirente efectivo— frente al cual los titulares de los derechos de tanteo y de retracto pueden hacer valer su preferencia adquisitiva, y de ahí que estos derechos se califiquen como «drets d'adquisició preferent» (cfr., p. ej., art. 547-5*c*, 561-10, 563-4, 564-4.5, 623-8.2 o 623-37 CCCat).

Esta configuración de los derechos de tanteo y de retracto como *derechos de adquisición preferente* destaca especialmente esta última faceta —la *preferencia*—, que permite a su titular convertirse en titular del derecho gravado con carácter prioritario frente a aquel a quien se ha ofrecido la adquisición de este derecho o, incluso, frente a aquel que lo ha adquirido efectivamente. Ahora bien, junto a esta faceta, conviene no olvidar que los derechos de tanteo y de retracto son, también y sobre todo, *derechos de adquisición*, que posibilitan que su titular, una vez ha hecho valer su preferencia,¹²⁰ adquiera el derecho gravado a su titular originario o a aquel a quien este lo transmitió,

119. Como ya se ha recordado, los derechos de adquisición preferente se suelen vincular al derecho de propiedad y se orientan a posibilitar la adquisición del mismo por parte del titular del tanteo o del retracto. Ahora bien, son también derechos de adquisición preferente los que se atribuyen al propietario cuyo derecho está gravado con un derecho real limitado con la finalidad de extinguir el gravamen y liberar el derecho de propiedad, y lo que se dice en el texto a continuación es aplicable también a ellos.

120. Desde un punto de vista lógico, en el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, su titular hace valer primero su preferencia y, a continuación, su facultad adquisitiva: mediante la primera, excluye al adquirente —eventual o efectivo— escogido por el propietario gravado, y a través de la segunda se convierte, de forma directa e inmediata, en propietario, de modo que adquiere el derecho de propiedad del propietario originario en el tanteo, o de aquel a quien este lo transmitió en el retracto.

y se convierta en nuevo titular del mismo.¹²¹ Constituyendo los derechos de tanteo y de retracto una restricción del poder de disposición del propietario gravado e imponiéndole la transmisión del derecho de propiedad a favor de los titulares de los mismos, el tanteo y el retracto permiten a estos, por una parte, desconocer los efectos de la transmisión proyectada o realizada y, por otra, adquirir el derecho de propiedad sobre el que, a su vez, recae su derecho, de forma directa e inmediata.

En este sentido, cabe hablar, pues, de un doble efecto o de una doble manifestación de la eficacia real de los derechos de tanteo y de retracto, lo que pone de relieve —como no puede ser de otro modo— la naturaleza real de estos derechos en este doble efecto o esta doble manifestación de su eficacia. El carácter real de la preferencia permite a su titular excluir o desplazar a los adquirentes —eventuales, en el tanteo, o efectivos, en el retracto— a los que el propietario gravado proyecta transmitir o ha transmitido su derecho. Y, por su parte, el carácter real de la adquisición permite a los titulares de los derechos de tanteo y de retracto adquirir de forma directa e inmediata el derecho de propiedad frente a su titular, sea el propietario originario que proyectó la transmisión de su derecho, en el caso del tanteo, sea el adquirente al que el propietario originario transmitió efectivamente su derecho, en el caso del retracto.

Este doble efecto real se predica tanto del derecho de tanteo como del derecho de retracto, sin que proceda, por tanto, distinguir la eficacia real del tanteo de la eficacia real del retracto. En rigor, la única diferencia que existe entre uno y otro es que en el tanteo la preferencia se hace valer frente al eventual adquirente y la facultad adquisitiva se ejercita contra el propietario gravado que proyecta transmitir su derecho, mientras que en el retracto la preferencia y la facultad adquisitiva se hacen valer y se ejercitan frente a un único y mismo sujeto, el adquirente del propietario originario, al que se desplaza de la posición jurídica que legitima su adquisición y del que se adquiere el derecho de propiedad que ostenta. Ahora bien, cómo se produce esta adquisición consecuencia del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto es algo que —a mi juicio— el legislador no ha regulado adecuadamente y que se presta a discusión; de ahí que una regulación general y unitaria de los derechos de tanteo y de retracto como la que se propone pueda ser adecuada para tratar de aclarar la cuestión.

121. En este sentido, cuando se distingue «el derecho de opción, que otorga una facultad de adquisición, y los derechos de tanteo y retracto, que conceden a su titular una simple preferencia para adquirir el bien en el caso en que el propietario quiera llevar a cabo la enajenación» (Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-1 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1663), se atiende solo a la idea de que los derechos de tanteo y de retracto otorgan una *preferencia* para adquirir, y se obvia su *facultad adquisitiva*, cuyo ejercicio convierte al titular de estos derechos en propietario.

4.3.1. *La eficacia real de la preferencia*

Los derechos de tanteo y de retracto atribuyen a su titular una *preferencia* adquisitiva de naturaleza real, que en el tanteo es oponible frente a la persona a la que el propietario gravado proyecta transmitir el dominio y en el retracto puede hacerse valer frente al adquirente a quien el propietario gravado transmite efectivamente el dominio.

De esta preferencia adquisitiva de carácter real derivan, en el derecho de tanteo, dos consecuencias. En primer lugar, en virtud de esta preferencia, el titular del derecho de tanteo puede desconocer y provocar la resolución del acuerdo con finalidad transmisiva proyectado (el «acord de transmissió» de los art. 568-7.2, 568-14.4 y 568-15.1 CCCat) por el propietario gravado y el eventual adquirente y hacer valer su *mejor derecho* —de naturaleza real— frente al derecho de crédito que ostenta este último. Este *acuerdo transmisivo* —como ya se ha apuntado—¹²² constituye un *acuerdo transmisivo negocial* o un negocio transmisivo perfecto sujeto a condición resolutoria, que atribuye un derecho de crédito condicionado y claudicante a la persona con la que el propietario otorgó un contrato consensual para transmitirle el dominio.¹²³ Cuando el titular del derecho de tanteo hace valer su preferencia frente al *acuerdo transmisivo*, esta circunstancia supone la resolución de ese negocio transmisivo sujeto a condición, y de ella no deriva ninguna responsabilidad en la que incurra el propietario gravado¹²⁴ ni otorga, por tanto, una pretensión indemnizatoria al eventual adquirente, titular del derecho de crédito condicionado, ni frente a dicho propietario, ni mucho menos frente al titular del tanteo.

La segunda consecuencia que deriva del carácter real de la preferencia adquisitiva vinculada al derecho de tanteo es su *conversión* en un derecho de retracto, en caso de que su ejercicio se frustre por una causa imputable al propietario gravado (art. 568-15, 552-4.2 y 565-24.2 CCCat). Esta consecuencia obedece precisamente a la naturaleza real del derecho de tanteo,¹²⁵ que, dado que constituye un gravamen que afecta al derecho de propiedad, se transmite con este y cuando esta transmisión impide su

122. Cfr. *supra* la nota 21.

123. Excepto en el supuesto de la preferencia adquisitiva del nudo propietario respecto del derecho de usufructo que grava su derecho, en el que, admitido el ejercicio del derecho de adquisición preferente cuando el usufructuario transmite el usufructo por donación, la perfección de la misma convierte al donatario en adquirente y, por tanto, no opera el derecho de tanteo, sino el de retracto: cfr. *supra* el epígrafe 3.1.

124. A no ser que haya actuado de mala fe, ocultando al eventual adquirente la existencia del derecho de tanteo, circunstancia que determinará que incurra en responsabilidad por incumplimiento contractual: cfr., con relación a la compraventa, artículo 621-30 CCCat.

125. De acuerdo con el párrafo 23 del preámbulo de la Ley 22/2001, «l'anomenat dret de retracte es configura com una manifestació del dret de tanteig de naturalesa real, després que, precisament pel fet de no haver-se pogut exercir en el moment de la transmissió projectada, per causes imputables a l'atorgant o per manca de notificació al seu titular, ha tingut lloc el negoci transmissiu oneros, consumat, amb un tercer».

ejercicio por haberse consumado¹²⁶ determina que la preferencia adquisitiva —que subsiste y sigue siendo ejercitable— pueda hacerse valer frente al adquirente como derecho de retracto.

En cuanto a la preferencia adquisitiva que otorga a su titular el derecho de retracto —vinculado o no a un derecho de tanteo previo—, se concreta en la facultad que le atribuye de desconocer la transmisión del derecho gravado efectivamente realizada por parte del propietario a favor del adquirente y de hacer valer frente a este último su mejor derecho a adquirir. En este caso, la preferencia no opera con relación a un negocio dispositivo perfecto pero no consumado del que deriva un derecho de crédito a adquirir, sino respecto de un negocio dispositivo perfecto y consumado, en virtud del cual el adquirente ostenta un derecho real y se convierte en titular del derecho gravado. Por lo mismo, la preferencia del *mejor derecho* a adquirir del retrayente no prevalece frente a un derecho de crédito, sino frente a un derecho real: el derecho de propiedad que el adquirente ha recibido por transmisión del propietario originario. Pero, pese a todo ello, la naturaleza real del derecho de retracto y el carácter asimismo real de la preferencia que se vincula al mismo determinan que la posición jurídica de su titular prevalezca sobre la posición jurídica del adquirente titular del derecho de propiedad gravado por el retracto, precisamente por existir el gravamen y por la naturaleza real del mismo.

4.3.2. *La eficacia real de la facultad adquisitiva*

Los derechos de tanteo y de retracto no solo otorgan a su titular una preferencia adquisitiva de carácter real, sino que, además y una vez hecha valer, le atribuyen una facultad adquisitiva, asimismo de carácter real, a través de cuyo ejercicio culmina el proceso de adquisición del derecho de propiedad al que se orientan. Configurados como derechos reales de adquisición, esta naturaleza *real* se manifiesta, pues, en la preferencia que otorgan y, también y sobre todo, en la adquisición del derecho de propiedad que propician, que se produce de forma directa e inmediata por el solo ejercicio de la facultad adquisitiva de la que está investido su titular, sin necesidad de intermediarios y sin que se precise la entrega o tradición del bien por parte de su propietario, puesto que esta es necesaria si el derecho que se tiene es un derecho personal o de crédito, pero no si es un derecho real.

126. Circunstancia que no se producirá —salvo en el supuesto de que el derecho de adquisición preferente corresponda al nudo propietario cuyo derecho de propiedad esté gravado con un derecho de usufructo (art. 561-10.1 CCCat)— cuando la transmisión se formalice a través de un negocio gratuito.

La eficacia adquisitiva real de los derechos reales de adquisición preferente es —como no puede ser de otro modo— consubstancial a su naturaleza real.¹²⁷ Por ello, los derechos reales de adquisición preferente posibilitan la adquisición por su titular del derecho de propiedad sobre el que recaen como consecuencia del ejercicio por su parte de la facultad adquisitiva que tiene y no como consecuencia del cumplimiento de una obligación que imponga al propietario la tradición del bien, como sucedería en los derechos de adquisición preferente de naturaleza personal.¹²⁸ El ejercicio de la facultad adquisitiva por parte del titular de los derechos de tanteo y de retracto se configura como un acto unilateral y se materializa pagando el precio o el valor del derecho de propiedad gravado, fijado en el «acord de transmissió», en el supuesto del tanteo, o satisfecho en la transmisión consumada, en el supuesto del retracto: el pago al titular del derecho de propiedad gravado, sea el propietario originario o, en su caso, el adquirente al cual aquel ha enajenado su derecho, convierte al titular de los derechos de tanteo y de retracto de forma inmediata, *ope legis*, en titular del derecho de propiedad sobre el que recaía su derecho de adquisición preferente.

La regulación del artículo 29 de la Ley 22/2001 destacaba ya la «eficàcia real» (esta era precisamente la rúbrica del precepto) derivada del «exercici d'un dret d'adquisició de naturalesa real» al señalar que comportaba «l'adquisició de la cosa» (ap. 1) y establecer que «[e]l titular del dret d'adquisició pot requerir judicialment el propietari actual de la cosa, en cas de negar-se a formalitzar la transmissió» (ap. 3). Estas dos disposiciones son significativas: la primera pone de relieve que el ejercicio del derecho de adquisición de naturaleza real —el tanteo y la opción (art. 19 de la Ley 22/2001)— convierte a su titular en propietario de la cosa gravada; la segunda ratifica esta consecuencia al admitir la demanda judicial contra el propietario gravado que se niega no a entregar la cosa, sino a «formalitzar la transmissió» de un derecho del que ya no es titular al haberse ejercitado el derecho de adquisición. Ciertamente, la entrega será necesaria para que el titular del derecho de adquisición ejercitado y ya

127. Lo ponía expresamente de manifiesto el preámbulo de la Ley 22/2001, antecedente inmediato de la regulación actual de los derechos reales de adquisición preferente: «La naturalesa [real o personal] del dret en determina l'eficàcia adquisitiva» (párrafo 26). El preámbulo de la Ley 5/2006 no reproduce la frase, pero ello obedece simplemente a que la regulación del Código «introdueix modificacions tècniques i sistemàtiques a la de la Llei 22/2001» (preámbulo, ap. III, par. 16) y no de fondo, circunscritas, además, a «donar resposta a algunes qüestions que aquesta [Llei] deixava obertes tant amb relació a la conservació i la pèrdua de l'objecte sobre el qual recau l'adquisició com amb relació a la cancel·lació de càrregues constituïdes entre la constitució i l'exercici del dret d'opció» (preámbulo, ap. III, par. 16), cuestiones que en absoluto tienen nada que ver con la eficacia adquisitiva de los derechos reales de tanteo y de retracto.

128. En un derecho de adquisición preferente de naturaleza personal, su titular tiene derecho a exigir la entrega del bien sobre el que recaen su derecho para adquirir su propiedad y solo se convierte en propietario cuando esta entrega se realiza. En un derecho de naturaleza real, su titular no necesita la entrega para adquirir la propiedad: tiene un poder directo e inmediato para adquirir la propiedad del bien y la adquiere haciendo valer la facultad adquisitiva a través de la cual ejercita ese poder.

convertido en propietario adquiera la posesión de la cosa; pero esta entrega constituye un mero traspaso posesorio, no una tradición.

En el Código civil, que solo introduce modificaciones técnicas y sistemáticas, pero no de fondo, en la Ley 22/2001¹²⁹ no existe un precepto que indique, con carácter general y de modo explícito, cómo se concreta el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, ni que establezca la eficacia real adquisitiva que se vincula a este ejercicio.¹³⁰ Con todo, uno y otra se han previsto con relación a algunos de los derechos de tanteo y de retracto específicamente regulados en el Código. Así, por lo que respecta al derecho de tanteo que corresponde a los nudos propietarios, se indica que «[e]l poden exercir pagant-ne el preu o, si no n'hi ha, el valor notificat pels usufructuaris» (art. 561-10.2 CCCat), y, en cuanto al que corresponde al arrendatario de una finca rústica, que puede ejercerlo «per mitjà del pagament o la consignació notarial del preu o valor» (art. 623-28.2 CCCat); mientras que, con referencia al derecho de retracto de colindantes, se apunta que «[l]’adquisició per mitjà del dret de retracte de confrontants es fa pel mateix preu i en les condicions convingudes per la persona que ha tramès la finca i l’adquirent» (art. 568-19.2 CCCat), disposición que se reproduce en la regulación del *dret de torneria* (cfr. art. 568-24.2 CCCat).

Junto a todas estas disposiciones, cabe apuntar un dato —que procede también de la Ley 22/2001— que confirma la eficacia adquisitiva real que deriva del ejercicio de los derechos reales de adquisición en general y, en particular, de los derechos de tanteo y de retracto. En efecto, el artículo 568-7.1 CCCat¹³¹ sanciona su extinción, entre otras causas, «per llur exercici». La consideración del ejercicio de los derechos reales de adquisición preferente como una causa extintiva de los mismos constituye —como ya se ha apuntado—¹³² una característica que los distingue dentro de los derechos reales y responde a la constatación de que con su ejercicio se satisface el interés de su titular. Ahora bien, esta extinción solo puede producirse si la satisfacción del interés del titular de estos derechos depende exclusivamente de su voluntad, sin que sea necesaria la colaboración de intermediarios o de terceros, y esta circunstancia solo se verifica —a su vez— si este ejercicio tiene efectos reales y determina, por sí mismo, la adquisición del derecho de propiedad. Si el ejercicio de los derechos reales de adquisición no tuviera eficacia real inmediata y legitimara solo la reclamación de la entrega del bien sobre el que recaen estos derechos a su propietario, lo que satisfaría el interés de su titular y determinaría su extinción no sería su ejercicio —reclamando

129. Cfr. el preámbulo de la Ley 5/2006, ap. III, par. 16, y lo dicho en la anterior nota 127.

130. En la regulación general de los derechos voluntarios de tanteo y de retracto, el único precepto que se refiere a su «exercici» —el artículo 568-14 CCCat— solo se ocupa de las transmisiones onerosas en las que procede y del plazo dentro del cual han de hacerse valer, pero no hace mención alguna a cómo se ejercitan, ni a la eficacia derivada de su ejercicio.

131. Cuyo antecedente inmediato es el artículo 35 de la Ley 22/2001.

132. Cfr. *supra* el epígrafe 4.2.

la entrega—, sino la realización y el cumplimiento por el propietario de esta conducta de entrega. Es decir, si del ejercicio de los derechos reales de tanteo y de retracto derivara una eficacia adquisitiva meramente personal, que atribuyera a su titular un derecho de crédito, lo que constituiría una causa de extinción del mismo no sería su mero ejercicio, como establece el artículo 568-7.1 CCCat, sino su cumplimiento por el obligado.

En cualquier caso, la eficacia adquisitiva real que se predica de los derechos de tanteo y de retracto no es sino una manifestación de la eficacia real que se predica de cualquier derecho real y que el Código civil solo regula ahora expresa y explícitamente en el caso del derecho de opción. Pero es evidente que si el tanteo y el retracto son derechos *reales de adquisición*, han de tener eficacia real adquisitiva: el hecho de que, además, otorguen una *preferencia* en orden a esta adquisición no puede disminuir esta eficacia, ni convertirla en personal, como apunta un autorizado sector doctrinal con relación al derecho de tanteo.¹³³ Y, desde luego, si esta eficacia real adquisitiva se reconoce en el derecho de opción y en el de retracto, no hay razón para negarla en el tanteo, máxime si se piensa que en la Ley 22/2001, de la que procede la regulación vigente, con relación a los derechos de tanteo y de retracto, solo se consideraba como derecho real de adquisición el primero, mas no el segundo, que constituía una consecuencia de aquel «quan ja ha tingut lloc la transmissió» (art. 19*b* de la Ley 22/2001).

El Código civil —a diferencia de lo que establecía la Ley 22/2001— no hace referencia tampoco a la forma o el modo de llevar a cabo el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto para que se produzca la eficacia real a la que se orientan. El artículo 31 de la Ley 22/2001 señalaba que el ejercicio de cualquier derecho real de adquisición «exigeix, prèviament o simultàniament, el compliment dels requisits estipulats i la notificació fefaent de l'exercici efectiu del dret al titular del dret de propietat actual de la cosa», y añadía que «[l]es notificacions s'han de fer constar en els registres on hi hagi inscrits els drets». El precepto no se recoge en el Código, que solo regula el ejercicio del derecho de opción en el artículo 568-12 CCCat. Ahora bien, considerando que sus disposiciones son consubstanciales a todo derecho real de adquisición y, por tanto, aplicables también a los derechos de *adquisición preferente*, cabe entender que el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto exige no solo la satisfacción del precio o valor asignado al derecho de propiedad, sino también la notificación fehaciente al propietario gravado —ya sea el propietario originario, en el derecho de tanteo, ya sea el adquirente de este, en el de retracto— del ejercicio de su derecho. Y, por supuesto, cumplidas ambas exigencias, el titular de los derechos de tanteo y de

133. Cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 525; en el mismo sentido, véase Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-14 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1715, y Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 558.

retracto, convertido en propietario, puede reclamar al propietario anterior la formalización de la transmisión del derecho de propiedad¹³⁴ y la entrega de la posesión del bien (*arg. ex art. 568-12.1, final, CCCat*).

Todo ello aconseja, pues, recoger y unificar todas las disposiciones específicas relativas a la eficacia adquisitiva real de los derechos de adquisición preferente en la regulación general que se propone, y establecer en ella expresamente el efecto adquisitivo que deriva del ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, así como los requisitos necesarios para este ejercicio y las disposiciones correspondientes a la formalización de esta eficacia real.

4.3.2.1. La eficacia real adquisitiva del derecho de tanteo

El derecho de tanteo «faculta el seu titular per a adquirir a títol oneros» el derecho sobre el que recae (cfr. art. 568-1*b* CCCat) y esta facultad es de carácter real, como lo es la naturaleza del derecho de cuyo contenido forma parte. El ejercicio de esta facultad adquisitiva por su titular se materializa pagando o consignando notarialmente a disposición del propietario gravado el precio o el valor del derecho de propiedad (*arg. ex art. 561-10.2 y 623-28.2 CCCat*), fijado en «l'acord de transmissió entre el propietari [...] i una tercera persona» y notificado fehacientemente por el primero al titular del derecho de tanteo (art. 568-14.4 CCCat). Como consecuencia de este ejercicio, hecha valer la preferencia que el derecho de tanteo otorga a su titular frente al derecho de crédito que corresponde al tercero, el titular del tanteo adquiere de forma directa e inmediata, sin necesidad de intermediarios, el derecho de propiedad sobre el que recae su derecho, por lo que debe satisfacer al propietario originario el precio o el valor del mismo.

Que el artículo 568-1.1*b* CCCat faculte al titular del derecho de tanteo «per a adquirir a títol oneros un bé amb les mateixes condicions pactades amb un altre adquirent» no quiere decir que dicho titular tenga que recurrir al mismo negocio que «l'altre adquirent» para adquirir el derecho de propiedad, porque este «altre adquirent» tiene, una vez perfeccionado «l'acord de transmissió», un derecho personal o de crédito, mientras que el titular del tanteo tiene un derecho real. El artículo 568-1.1*b* CCCat no dice que el titular del derecho de tanteo se subroge en la posición jurídica —contractual— del eventual adquirente, sino que el derecho le faculta para adquirir —ejercitando el derecho real de adquisición de que es titular— el derecho de propiedad sobre el que recae su derecho. A diferencia de lo que sucede como consecuencia

134. A través de una reclamación judicial expresamente prevista en el artículo 29.3 de la Ley 22/2001, que, aunque no ha sido recogida en el Código civil, no existe razón alguna para entender que se niegue al titular de los derechos de tanteo y de retracto.

del ejercicio del derecho de retracto, el titular del derecho de tanteo *no se subroga* en el lugar del eventual adquirente con el que el propietario ha acordado la transmisión del dominio gravado, y, por lo tanto, su facultad adquisitiva no deriva del derecho de crédito que correspondía a dicho eventual adquirente en virtud de «l'acord de transmissió», sino que esta facultad se vincula al derecho *real* de tanteo del que es titular, que le permite adquirir por sí mismo el derecho de propiedad.

En este sentido, no compartimos las ideas de un autorizado sector doctrinal que sostiene que, como consecuencia del ejercicio del derecho de tanteo, su titular se *subroga* en la posición contractual del eventual adquirente con el que el propietario gravado concertó el negocio transmisivo y solo adquiere el derecho de propiedad si este último le entrega —en cumplimiento de este negocio transmisivo de carácter contractual— el bien sobre el que recae.¹³⁵ De entrada, resulta difícil entender que un derecho real como es el derecho de tanteo, una vez ejercitado, produzca «unos efectos análogos a los del derecho de opción de naturaleza personal».¹³⁶ Pero es que, aunque pueda parecer discutible¹³⁷ —que, a mi juicio, no lo es—, el Código civil no habla, efectivamente, de *subrogación* en los dos casos, con relación al derecho de tanteo y al derecho de retracto, sino solo por lo que respecta al derecho de retracto: como dice expresamente el artículo 568-1.1*b* CCCat, el ejercicio del derecho de tanteo «faculta el seu titular per a adquirir un bé», no «per a subrogar-se en el lloc» del eventual adquirente de este bien. Aunque los efectos adquisitivos que derivan del derecho de tanteo y del derecho de retracto son los mismos, en cuanto atribuyen a su titular una

135. Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-14 CCCat», p. 1715, entiende, en cambio, que el ejercicio del derecho de tanteo no produce la adquisición de la propiedad, sino una mera relación obligacional con el propietario. Por ello, considera que dicho ejercicio —que, para él, carece de eficacia real— requiere simplemente que se notifique fehacientemente al propietario, sin que haga falta pagar el precio ni consignar ninguna cantidad: «Es suficiente la notificación, que producirá la perfección del contrato y la exigibilidad de las recíprocas prestaciones: la entrega de la cosa y el pago del precio, conforme a las estipulaciones del propio contrato». En sentido similar se pronuncia Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 558: «Hablar de subrogación en un caso y no en el otro (con relación al tanteo y al retracto) parece discutible, ya que el efecto del derecho de adquisición es esencialmente el mismo: sustituir a la persona adquirente (sea esta adquirente efectiva o solo en potencia) y “subentrar” o colocarse en su misma posición. Esa posición es jurídico-obligacional en el caso del tanteo, y jurídico-real (pues ya ha habido transmisión) en el caso del retracto». Con estas ideas coinciden también Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 525: «Una vez ejercitados, el tanteo y el retracto producen unos efectos análogos a los del derecho de opción de naturaleza personal o real, respectivamente. Ejercitado el tanteo, el tanteante concluye el contrato en los términos fijados en la notificación que le hace el concedente del acuerdo transmisivo llevado a cabo con el tercero; a partir de dicho ejercicio se hacen exigibles las respectivas obligaciones de entrega de la cosa por el propietario y de pago del precio por el tanteante».

136. Cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 525

137. Como apunta Albert RUDA GONZÁLEZ, «Los derechos de adquisición», p. 558.

facultad de naturaleza *real* que permite a su titular adquirir por sí mismo la titularidad del derecho real sobre el que recaen, los efectos que se vinculan a la *preferencia* que otorgan son diferentes: en el tanteo posibilitan que su titular *desconozca* el negocio transmisivo perfecto celebrado pero no consumado, que se resuelve con el cumplimiento de la condición resolutoria a la que está sujeto, mientras que en el retracto facultan a su titular para *desplazar* al adquirente de la posición de propietario que ocupa y *colocarse en su lugar*. Por lo tanto, ejercitado el derecho de tanteo, el tanteante, que no se subroga en la posición contractual del eventual adquirente, puesto que este contrato se ha extinguido, no ha de concluir ningún contrato con el propietario, sino que, haciendo valer la facultad adquisitiva que le otorga su derecho de tanteo, adquiere el derecho de propiedad sobre el que recae el mismo, y, si bien, ciertamente, ha de pagar el precio en que se ha valorado dicho derecho de propiedad, este pago no se realiza en cumplimiento de ninguna obligación contractual, sino como forma de ejercicio de su facultad adquisitiva y como requisito de eficacia de la misma.

Por otra parte, la referencia a que la adquisición del titular del derecho de tanteo se realiza a «título oneroso» no presupone que dicha adquisición deba efectuarse mediante un negocio determinado —aquel a través del cual se ha formalizado «l'acord de transmissió»—, sino que, simplemente, alude a que la adquisición del derecho de propiedad se produce a cambio de un desembolso económico consistente en el precio o valor pactado en su momento por el propietario y el eventual adquirente, cuya satisfacción por el titular del derecho de tanteo es requisito de eficacia del ejercicio de la facultad adquisitiva que le atribuye su propio derecho. En definitiva, esta facultad «per a adquirir a título oneroso» no deriva del negocio proyectado y perfeccionado entre el propietario gravado y el tercero, y no se corresponde tampoco con una obligación que asume el titular del tanteo, sino que forma parte del contenido de su propio derecho real de tanteo y constituye requisito de eficacia del mismo, en la medida en que le permite convertirse en propietario, pero siempre y cuando pague el precio o el valor asignado al derecho de propiedad.

Ejercida la facultad adquisitiva por el titular del derecho de tanteo y adquirido el derecho de propiedad como consecuencia de dicho ejercicio, tampoco es necesaria la entrega o tradición del bien por parte del propietario originario para la transmisión de su derecho, puesto que esta ya se ha producido *ope legis*. Ahora bien, en la medida en que el titular del derecho de tanteo es un propietario no poseedor, será precisa la entrega del bien del que es propietario para que adquiera también su posesión; pero esta entrega tiene efectos meramente posesorios y carece de efectos reales.¹³⁸

138. El artículo 568-12.1 CCCat, con relación al ejercicio del derecho de opción, establece que, pagado el precio o la contraprestación por sus titulares, «els concedents els han de lliurar la possessió del bé». El precepto, como ya se ha apuntado, es aplicable a los derechos de adquisición preferente y pone de

4.3.2.2. La eficacia real adquisitiva del derecho de retracto

El derecho de retracto «faculta el seu titular per a subrogar-se en el lloc de l'adquirent», una vez se ha producido y consumado la transmisión del derecho gravado (art. 568-1c CCCat), y esta facultad es de carácter real por serlo asimismo el derecho del que deriva, con independencia de que este derecho esté o no vinculado a un derecho de tanteo previo. El ejercicio de esta facultad adquisitiva se efectúa pagando el retrayente al adquirente, en cuya posición se subroga el primero, el precio o el valor del derecho de propiedad gravado, convenido por el propietario originario y el adquirente en el negocio transmissivo,¹³⁹ y comporta la adquisición, directa e inmediata, sin necesidad de intermediarios, por parte del retrayente del derecho de propiedad (cfr. art. 568-19.2 y 568-24.2 CCCat).

Al igual que sucede en el ejercicio del derecho de tanteo, el pago del precio o del valor del derecho de propiedad lo realiza el titular del retracto a favor del propietario gravado, que ahora es el adquirente al que el propietario originario ha transmitido su derecho con el gravamen que recae sobre el mismo, mientras que en el tanteo el propietario gravado es el propietario originario, que no ha llegado a transmitir su derecho al eventual adquirente. Pero tanto en un caso como en el otro, la satisfacción del importe del precio o del valor del derecho gravado convierte al titular del derecho de adquisición preferente en propietario de forma directa e inmediata.¹⁴⁰

manifiesto que la entrega, una vez se han ejercitado, se orienta simplemente a «l'liurar la possessió del bé», porque, como consecuencia de su ejercicio, ya se ha adquirido su propiedad.

139. La STSJC de 30 de junio de 2016, con relación al ejercicio de un derecho de retracto de comuneros, entiende que el retrayente ha de satisfacer al adquirente, además del precio o el valor del derecho gravado, los gastos necesarios y útiles realizados por este último en el bien sobre el que recae el derecho.

140. A diferencia de la posición que mantiene con relación a la eficacia adquisitiva del derecho de tanteo y que se ha expuesto en la nota anterior, Antonio CUMELLA GAMINDE, «Comentario del artículo 568-16 CCCat», en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales*, t. III, p. 1722, entiende que «[e]l ejercicio del retracto produce la adquisición de la propiedad, sin que sea necesario el otorgamiento de escritura pública ni ninguna otra forma de tradición. Ello es así porque, tal como ocurre con la opción de naturaleza real, el título adquisitivo no es el contrato, sino el propio derecho de adquisición (vid. DEL POZO, VAQUER y BOSCH, Ob. cit. pág. 386). En consecuencia, la adquisición no es contractual, sino que deriva del ejercicio de un derecho real (de adquisición)». La referencia a la obra de los profesores Del Pozo, Vaquer y Bosch, es a su *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 525, en la que el profesor Bosch Capdevila (autor del capítulo correspondiente a los derechos reales de adquisición) afirma que «[s]i se ejercita el retracto, que requiere el pago del precio abonado por el tercero, se produce la adquisición inmediata de la propiedad por el retrayente. La adquisición se producirá en las mismas condiciones jurídicas que tenía el bien al producirse la transmisión a dicho tercero, y el precio satisfecho al tercero quedará a disposición de los titulares de derechos posteriores que se extingan (arg. ex art. 568-12.1 y 2)».

Por mi parte y como se desprende de lo que se dice en el texto, coincido con estas opiniones, si bien entiendo que la eficacia real adquisitiva que en ellas se defiende para el derecho de retracto y el derecho de opción es también aplicable al derecho de tanteo: la eficacia adquisitiva real es propia de *todo* derecho real

En el ejercicio del derecho de retracto, al subrogarse su titular «en el lloc de l'adquirent» haciendo valer su preferencia adquisitiva, no pasa a ocupar una posición jurídica negocial o contractual, sino una titularidad real, desplazando a quien la ocupaba en virtud del *mejor derecho* que le atribuye el retracto, porque el negocio transmissivo se ha perfeccionado y consumado, y el adquirente se convierte efectivamente en propietario, por más que la propiedad de la que es titular —gravada por el derecho de retracto— sea una propiedad provisional o claudicante, cuya subsistencia depende de que el retrayente no ejercite su facultad adquisitiva; y, si lo hace, como esta facultad tiene eficacia real, el titular del retracto adquiere el derecho de propiedad sobre el que recae su derecho.¹⁴¹ Pero, en cualquier caso, a quien tiene que pagar el retrayente el precio o el valor del derecho transmitido para convertirse —a su vez— en propietario es al adquirente, y no al propietario originario,¹⁴² y, como consecuencia de dicho pago, se convierte efectivamente en propietario sin que sea precisa entrega o tradición alguna, porque, desplazando el retrayente al adquirente y colocándose en su lugar, se

de adquisición —preferente o no— y, a mi juicio y como se ha expuesto en los dos epígrafes anteriores, no hay razón para negarla al derecho de tanteo.

141. Cabe plantear si el adquirente puede oponerse al ejercicio del retracto por el retrayente y evitar que se subrogue en la titularidad que ostentaba y si dispone de alguna pretensión para subsanar el eventual perjuicio que este ejercicio le suponga. Evidentemente, si es un tercer adquirente de buena fe a título oneroso, que desconocía la existencia del derecho de retracto, gozará de la protección que le dispensan los artículos 522-8 CCCat y 34 de la Ley hipotecaria (LH), por más que, por lo que respecta al retracto legal sobre bienes inmuebles, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 37 LH. En cuanto al retracto de origen voluntario que recae sobre bienes inmuebles, su preferencia y oponibilidad frente al adquirente dependen de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que, pese al aparente carácter imperativo que se desprende del artículo 568-2.1 CCCat, es potestativa y no obligatoria: la expresión «s'han d'inscriure» se refiere simplemente a la necesidad de su inscripción para que sea oponible a terceros. Por lo tanto, en caso de que el retrayente haga valer frente al adquirente su derecho de retracto inscrito o susceptible de ser conocido, el derecho de propiedad del que este último es titular se supedita a la prevalencia adquisitiva que comporta el retracto, si bien el adquirente conservará el derecho de propiedad que ostenta mientras el retrayente no le satisfaga el precio o valor del mismo. En cuanto a las eventuales pretensiones que puedan corresponder al adquirente frente al propietario originario que le transmitió el derecho de propiedad gravado con el retracto, en el caso de que el negocio transmissivo se hubiera formalizado a través de un contrato de compraventa podrá exigir la responsabilidad prevista para el vendedor en el artículo 621-30 CCCat, si el comprador no conocía ni pudo conocer razonablemente la existencia del derecho de retracto en el momento de la conclusión del contrato y el vendedor garantizó que el bien no estaba gravado o no comunicó al comprador la existencia del gravamen.

142. El retrayente tiene que pagar al adquirente el precio o valor del derecho que este haya satisfecho al propietario originario, para poder subrogarse o colocarse en su lugar y convertirse, a su vez, en propietario, privando al adquirente de la titularidad que ostenta. Ahora bien, si, por la razón que sea (por ejemplo, por haberse pactado un aplazamiento), el adquirente no ha satisfecho la totalidad del precio al propietario originario en el momento en que el retrayente ejercita el retracto, será este último quien tendrá que abonarlo al propietario, en la medida en que su subrogación en la posición jurídica del adquirente se produce en «les mateixes condicions convingudes en [el] negoci jurídic oneros» (art. 568-1.1c CCCat) que ha dado lugar a la transmisión.

produce *ope legis* la adquisición del derecho de propiedad a su favor. Cuestión distinta es que sea necesaria la entrega por parte del adquirente desplazado al retrayente para que este adquiera la posesión del bien del que ya es propietario; pero esta entrega —como ya se ha apuntado— constituye un mero traspaso posesorio y no produce efectos reales.¹⁴³

143. Cfr. *supra* la nota 138.