Àrea de Dret Civil
Universitat de Girona (Coord.)

La codificació dels drets reals a Catalunya

Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa

21 i 22 de setembre de 2006

La codificació dels drets reals a Catalunya
(Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

La codificació dels drets reals a Catalunya

(Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

Àrea de Dret Civil
Universitat de Girona
(Coord.)

Documenta Universitaria

Girona 2007

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

La codificació dels drets reals a Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa ; coord: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona. – Girona : Documenta Universitaria, 2007. (Acta; X) – 376 p. ; 23,5 cm
ISBN 978-84-96742-24-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil 1. Dret i legislació -- Catalunya – Congressos 2. Dret i legislació -- Espanya -- Congressos 3. Drets reals 4. Garanties reals

CIP 347.2(063) JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comuniquessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors
©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona
©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®
www.documentauniversitaria.com
info@documentauniversitaria.com

Primera edició

ISBN: 978-84-96742-24-6

Imprès a

Girona, setembre de 2007

Les *Catorzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col.legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col.legi d'Advocats de Girona

Diputació de Girona

Fundació PROGRUP

SUMARI

Ponències

Primera ponència
La codificació dels drets reals

LA REGULACIÓ DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA
Antoni Mirambell i Abancó

I. La Llei 5/2006, de 10 de maig: els precedents 21
II. La llei 5/2006, de 10 de maig: uns criteris de codificació 23
1. Regulació actualitzadora i innovadora 24
2. Principis bàsics 24
3. Caràcter de dret comú 25
III. La nova regulació: alguns aspectes destacables 26
1. Títol 1. Els béns 26
2. Títol 2. La possessió 30
3. Títol 3. L'adquisició, la transmissió i l'extinció del dret real 34
4. Títol 4. El dret de propietat 45
5. Títol 5. Les situacions de comunitat 48
6. Títol 6. Els drets reals limitats 53
IV. Bibliografia 57

ORIENTACIONES PARA UNA POSIBLE REFORMA DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL
Ángel Carrasco Perera

I. Ocasión y dos citas 59
II. Una propuesta de Principios de ordenación del sistema español de derechos reales 61
III. Los objetos de la regulación 73
IV. ¿Un Código civil para regular los derechos reales? 78

Segona ponència
Adquisició, transmissió i extinció dels drets reals

ELS SISTEMES ADQUISITIUS DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA
Ferran Badosa Coll

I. Introducció. Els dos "sistemes d'adquisició" dels drets reals de la llei 5/2006: el fonamentat en els "títols d'adquisició" i el fonamentat en la tradició 83
1. "Transmetre i adquirir" 84
2. "Constituir i transmetre" 85
3. Els objectes de l'adquisició 86
4. Altres supòsits adquisitius que no són títols 86
5. La doble presència de la tradició. En relació amb el "títol" i la "iusta causa traditionis" 87
6. Les diverses accepcions de la possessió en els drets reals 88

II. 1a part. El "sistema d'adquisició" fonamentat en els "títols d'adquisició" 90
1. El "títol d'adquisició" (art. 531-1). L'admissió de la seva possible insuficiència 91
2. La complementació i la integració del títol adquisitiu (art. 531-1) 92
III. 2a part. El "sistema d'adquisició" fonamentat en la possessió adquirida per tradició 95
1. La tradició i les seves "justes causes" (art. 531-3) 95
2. L'adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol onerós i de bona fe (art. 522-8.1.3) 96
3. La irreivindicabilitat (art. 544-2.1) 99

L'ACCESSIÓ IMMOBILIÀRIA EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

JOAN MARSAL GUILLAMET

I. Introducció 101
II. El supòsit de fet de l'accessió: la incorporació 103
III. L'accessió com a "títol adquisitiu exclusiu de la propietat" i com a regla de solució de conflictes entre propietaris 105
IV. Les classes d'accessió 106
V. Els principis de la regulació 107
1. La protecció de l'interès del titular del bé principal 107
2. La bona o mala fe dels subjectes 108
VI. Les plantacions i els conreus en sòl aliè 110
1. Amb bona fe de l'incorporador 111
2. Amb mala fe de l'incorporador 112
VII. Les construccions en sòl aliè 112
1. Amb bona fe del constructor 113
2. Amb mala fe del constructor 114
3. Amb mala fe del propietari del sòl 115
VIII. La incorporació amb materials aliens 115
IX. L'aplicació retroactiva de la nova regulació 116

TERCERA PONÈNCIA
LES SITUACIONS DE COMUNITAT

LES SITUACIONS DE COMUNITAT EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

LLUÍS JOU MIRABENT

I. Les situacions de comunitat en el títol cinquè del Codi civil de Catalunya 121
1. La Llei 5/2006 i el Projecte de 2003 121
2. El títol cinquè i els seus models de referència 123
3. Comunitats a les quals s'aplica la normativa del Codi 124
II. Les situacions de comunitat en general 125
III. La comunitat ordinària indivisa 126
1. Característiques bàsiques 126
2. Constitució i extinció 127
IV. Drets individuals sobre la comunitat 128
1. Disposició de la quota 128
2. Dret d'adquisició preferent en la transmissió 129
3. Renúncia a la quota 131

V. L'objecte de la comunitat i els qui en són titulars 132
1. L'ús i el gaudi de l'objecte en comunitat 132
2. L'administració 133
3. Els convenis per regular la comunitat indivisa 134
VI. La divisió de la cosa comuna 135
1. L'acció de divisió 135
2. El procediment de la divisió 137
3. Els efectes de la divisió 138

LA REGULACIÓ DE LA PROPIETAT HORITZONTAL AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Antoni Giner Gargallo

I. Presentació i contingut de la ponència 141
II. Introducció 143
1. Què és una propietat horitzontal 143
2. Què pot constituir una propietat horitzontal 144
3. Quina naturalesa jurídica té la comunitat de propietaris 144
III. Constitució 145
1. Qui pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal 145
2. Quan es pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal 146
3. Què succeeix si s'han venut alguns departaments abans de la constitució o inscripció del règim de propietat horitzontal 146
4. Quin títol formal és necessari per a la constitució d'aquest règim 147
5. Quin és el contingut del títol de constitució 148
6. Requisits urbanístics per constituir un immoble en propietat horitzontal 150
7. Requisits per modificar la propietat horitzontal 150
8. Requisits per extingir aquest règim jurídic 151
9. Forma d'acreditar els acords de la comunitat per obtenir-ne la inscripció al Registre de la Propietat 152
10. Comunitats horitzontals de fet 152
IV. Elements de la propietat horitzontal 153
V. Despeses de la comunitat. Garantia. Deutes de la comunitat 156
VI. Govern de la comunitat 157
VII. Comunitats horitzontals amb règim especial 158

ASPECTES PRÀCTICS DE LES URBANITZACIONS PRIVADES EN LA NOVA REGULACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Emili González Bou

I. Concepte i configuració de les urbanitzacions privades 163
II. Finques de titularitat privativa 167
III. Elements de titularitat comuna i limitacions 168
IV. Títol de constitució 170
1. Contingut civil del títol constitutiu 171
2. Contingut administratiu i urbanístic del títol constitutiu 173
3. Qui atorga el títol constitutiu 174
4. Constància registral 176
V. Extinció voluntària 178

Quarta ponència
Els drets reals limitats

EL USUFRUCTO DE DINERO Y DE PARTICIPACIONES EN FONDOS DE INVERSIÓN Y EN OTROS INSTRUMENTOS DE INVERSIÓN COLECTIVA

Carmelo Agustín Torres

I. Introducción 181
II. Régimen aplicable 183
III. El usufructo de dinero 184
1. Régimen general 184
2. Usufructo de dinero con garantía 186
3. Usufructo de dinero sin garantía 187
4. Modificaciones respecto de la Ley 13/2000 188
5. Coste fiscal de la garantía 189
IV. El usufructo sobre participaciones en FI 189
1. Generalidades sobre los FI 189
2. Fondos a los que se aplica la regulación de la Ley 5/2006 192
3. Estudio de la regulación legal 194
4. Modificaciones respecto de la Ley anterior 13/2000 203
V. Otros instrumentos de inversión colectiva. Las sociedades de inversión de capital variable (SICAV) 205
VI. Algunas aplicaciones prácticas 207

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Álvaro Fernández Piera

I. Introducción 213
II. Disposiciones generales 214
1. Naturaleza jurídica 215
2. Constitución y eficacia 216
3. Ejercicio de todo derecho de adquisición 219
III. Derechos de adquisición voluntaria 219
1. Constitución 219
2. Objeto 220
3. Cotitularidad 221
4. Extinción 221
IV. La opción 222
1. Naturaleza jurídica 222
2. Plazo 223
3. Ejercicio de la opción 223
4. Transmisión del derecho de opción 224
5. Problemas 225
V. Derechos voluntarios de tanteo y retracto 226
1. Plazo 226
2. Ejercicio 227
VI. Derechos de retracto legales 228
1. El retracto de colindantes 228
2. La tornería 228
VII. Problemas de técnica notarial en las actas de notificación y requerimiento 229
VIII. Depósitos notariales 231
IX. Bibliografía 231

LA NOVA REGULACIÓ DEL DRET DE RETENCIÓ, LA PENYORA I L'ANTICRESI EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Pedro del Pozo Carrascosa

I. Presentació 234
II. Una qüestió prèvia: gènere i nombre 235
III. Article 569-1. Garantia d'una obligació "principal" 236
IV. Article 569-2. Eficàcia general 236
1. Apartat 1. Realització del valor de la garantia 237
2. Apartat 1 i apartat 2. Eliminació de l'efecte anticrètic a la penyora i al dret de retenció 237
V. Article 569-4. Obligacions que poden originar el dret de retenció 238
1. Apartat a). Despeses necessàries 238
2. Apartat *c)*. Retribució de l'activitat 239
VI. Article 569-5. Constitució del dret de retenció 240
1. Apartat 1. Notificació i oposició 240
2. Apartat 2. No-oposició dels cònjuges 241
VII. Article 569-6. Extinció del dret de retenció 241
VIII. Article 569-7. Realització del valor del bé moble retingut 242
1. Modificació d'alguns terminis 242
2. Apartat 3.c. Tipus de la subhasta 242
3. Apartat 5. Documentació 243
IX. Article 569-8. Realització del valor de la finca o del dret retinguts 243
1. Apartat 1: necessitat d'inscripció en el registre 243
2. Apartat 2. Termini per a la venda directa 244
3. Apartat 3.b. Problemes greus de redacció 245
4. Apartat 3.d: habitatge familiar 246
5. Apartat 3.f. Remissió incorrecta 246
6. Apartat 3.g. Termini 247
7. Apartat 3.i. Eliminació de la designació de mandatari 247
8. Article 569-9. Destinació de l'import de l'alienació 247
X. Article 569-10. Retenció de béns mobles de poc valor 248
1. Apartat 1. Exercici 248
2. Apartat 2. Comunicació 249
3. Apartat 3. Error de concepte i de redacció 250
XI. Article 569-11. Substitució del bé retingut 251
1. Apartat 1. Terminologia incorrecta 251
2. Apartat 2. Preu de mercat 251
XII. Article 569-12. Concepte de penyora 251
XIII. Article 569-13. Requisits de constitució de la penyora 252
1. Apartat 1. Possessió i poder de disposició 252
2. Apartat 2. Data de la penyora 252
3. Apartat 3. Document públic i notificació 253
XIV. Article 569-14. Supressió de la "penyora flotant" 253
XV. Article 569-15. Pluralitat de penyores 255
XVI. Article 569-16. Règim de la penyora amb relació a l'objecte empenyorat 256
XVII. Article 569-17. Substitució del bé empenyorat 256
1. Apartat 1. Béns fungibles 256
2. Apartat 2. Valors 257
3. Apartats 3 i 4. Manteniment de la data de l'empenyorament 257
XVIII. Observacions a l'article 569-19. Possessió del bé empenyorat 258
1. Apartat 1. Restitució 258
2. Apartat 2. Conservació 259
XIX. Observacions a l'article 569-20. Realització del valor del bé empenyorat 260
1. Apartat 4, incís inicial. No-oposició judicial 260
2. Apartat 4.a. Notaria 260
3. Apartat 4.e. Romanent 261
4. Altres apartats 261

XX. Article 569-21. Destinació de l'import de l'alienació 261
XXI. Article 569-22. Penyora de valors cotitzables 262
XXII. Article 569-23. Concepte de dret d'anticresi 262
XXIII. Article 569-24. Constitució 263
1. Apartat 1.A. Poder de disposició 263
2. Apartat 2. Escriptura pública 263
XXIV. Article 569-25. Règim 264
1. Apartat 1. Remissions 264
2. Apartat 3. Divisió i segregació 264
3. Apartat 4. Efectes 265

Comunicacions

Comunicacions a la segona ponència

EL CULTIVADOR DE MALA FE I LA MTR DE LA PAC
Andrés Miguel Cosialls Ubach

I. Introducció 271
II. El cultivador de mala fe: aproximació a les seves característiques 272
III. Conseqüències jurídiques de l'acció del cultivador de mala fe previstes al llibre cinquè 274
IV. La *mid-term review* de la política agrícola comuna 276
1. Una nova realitat: els drets de pagament únic 276
2. La clàusula del benefici inesperat 279
V. Transcendència de l'assignació al cultivador de mala fe dels drets 279
1. Respecte del cultivador de mala fe 279
2. Respecte del propietari de la finca 280
VI. La indemnització per danys i perjudicis de l'article 542-11.1 CCcat 281
VII. Conclusió 282

LA ADQUISICIÓN DE BUENA FE DE BIENES MUEBLES EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUNYA
Santiago Espiau Espiau

I. Introducción 285
II. La regla general del art. 522-8 CCCat 286
III. La excepción a la regla general 289
IV. La excepción a la excepción 292

Comunicacions a la tercera ponència

L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM DE LES SERVITUDS I EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: L'ESTAT D'ALGUNES QÜESTIONS PROBLEMÀTIQUES
M. Rosa Llácer Matacás

I. Presentació: la construcció d'un règim català de les servituds en l'àmbit del principi de llibertat de la propietat 297
II. Observacions generals sobre el dret de servitud en la Llei 5/2006 298

III. L'estat de la constitució del dret de servitud 301
1. Qüestions de legitimació. Les implicacions de l'art. 566-2.2 CCcat 301
2. El signe aparent i la nova jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia 302
3. La no-usucapibilitat de les servituds. La transitorietat en la Llei 5/2006 304
IV. Les modificacions en el contingut del dret de servitud. La servitud de llums i vistes i l'ordenació de les restriccions del dret de propietat 307
V. L'extinció de les servituds: causes. En particular, perspectives de la consolidació en el llibre cinquè del Codi civil català com a causa extintiva 311
VI. Les conseqüències de la nova sistematització de les servituds forçoses en el llibre cinquè del Codi civil català 313
VII. El tractament de les accions confessòria i negatòria en el llibre cinquè 318

VALORACIÓ CRÍTICA DE L'ARTICLE 553-45.4 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA
Teresa Rosell i Gairoles

I. Introducció 321
II. Antecedents 322
III. Limitació al dret de propietat. Discriminació per l'exercici d'activitat professional o empresarial 323
IV. Quota de propietat - quota de participació 324
V. Àmbit de les despeses sobre les quals es pot aplicar el doble de la quota corresponent 325
VI. La càrrega de la impugnació judicial 326
VII. Cessament o canvi de l'activitat 327
VIII. L'enriquiment injust 328
IX. Conclusió 328

Comunicacions a la quarta ponència

COMENTARIO CRÍTICO SOBRE LA EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA
Reyes Barrada Orellana

I. Naturaleza real del derecho de retención 333
II. La comunicación notarial, ¿requisito de constitución o de eficacia del derecho de retención? 334
III. El valor de la notificación notarial en las decisiones del TSJC 335
1. Sentencia 24/2001, de 19 de julio, del TSJC 335
2. Sentencia 25/2006, de 19 de junio, del TSJC 336
3. Líneas fundamentales de la postura jurisprudencial 338
IV. Crítica a la postura jurisprudencial. Interpretación del artículo 569-5.1 CCCat 338
1. Interpretación literal y su relación con los antecedentes legislativos de la norma 338
2. Interpretación contextual 339
3. Interpretación según el espíritu y la finalidad de la norma 340
4. Interpretación lógica 341
5. Conclusión 342
V. La situación de retención 343

EL DRET DE RETENCIÓ DE L'EDIFICI PER PART DE LES PERSONES QUE INTERVENEN EN EL PROCÉS D'EDIFICACIÓ: CONTRACTISTES, SUBCONTRACTISTES I TREBALLADORS ASSALARIATS

Jordi Medina Ortiz

I. Introducció 345
II. Element objectiu: el crèdit per a la construcció o reparació d'un bé 347
1. El crèdit de naturalesa refaccionària com a pressupòsit del dret de retenció 350
2. Supòsits de crèdit refaccionari que donen lloc al dret de retenció 353
III. Elements subjectius 353
1. La persona que encarrega l'execució d'una obra 353
2. Altres persones que intervenen en el procés de construcció, lligades contractualment amb el contractista i no pas amb el propietari de l'immoble 360
IV. L'adequació de l'activitat executada al pressupost o al pacte 366
1. Contractes sotmesos a la LOE 367
2. Contractes administratius d'obres 370
3. Contractes d'obra no sotmesos ni a la LOE ni a la legislació administrativa 371
4. Paper del tercer que hagi d'apreciar el compliment o no de l'execució de l'obra 373
5. Conservació de l'obra executada 374
V. Conclusions 375

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Álvaro Fernández Piera

Notario

Sumario

I. Introducción 213
II. Disposiciones generales 214
1. Naturaleza jurídica 215
2. Constitución y eficacia 216
3. Ejercicio de todo derecho de adquisición 219
III. Derechos de adquisición voluntaria 219
1. Constitución 219
2. Objeto 220
3. Cotitularidad 221
4. Extinción 221
IV. La opción 222
1. Naturaleza jurídica 222
2. Plazo 223
3. Ejercicio de la opción 223
4. Transmisión del derecho de opción 224
5. Problemas 225
V. Derechos voluntarios de tanteo y retracto 226
1. Plazo 226
2. Ejercicio 227
VI. Derechos de retracto legales 228
1. El retracto de colindantes 228
2. La tornería 228
VII. Problemas de técnica notarial en las actas de notificación y requerimiento 229
VIII. Depósitos notariales 231
IX. Bibliografía 231

I. Introducción

Es de destacar la existencia de una categoría general de derechos, "Los derechos de adquisición", en el capítulo VIII. Destacable porque si bien esta categoría ostentaba ya una cierta tradición doctrinal así considerada, no ha tenido verdaderamente hasta ahora una real traducción legal. Es cierto que la Compilación del derecho Civil Foral de Navarra trata de la "opción, tanteo y retracto voluntarios" en las Leyes 460 a 462, no los inserta en una categoría única como hace ahora la Ley catalana. Parecido, sí es cierto, en la Ley 3/92 de 1 de julio del Derecho Civil Foral del País Vasco, en cuyo Libro I del Fuero Civil de

Bizkaia, se regulan, en el título V, "La Saca Foral, y demás derechos de adquisición preferente". Pero ya en el Proyecto de "Llei de regulació dels drets de superficie, de servitud i d'adquisició" fue recogido en el capítulo III, y actualmente en la vigente Llei, donde se regula claramente esta categoría única, sistemática y material o de contenido. Podemos ensalzar la actual regulación, siendo Cataluña como con frecuencia lo es, pionera e innovadora, y para ello, traer a colación la STS de 20 de julio de 1998:

> "el derecho de tanteo convencionalmente establecido..., si bien no se halla regulado en nuestro derecho positivo, es admitido por la doctrina y la jurisprudencia...al amparo del principio de autonomía de la voluntad sancionado por el art. 1255 Cc, debiendo estarse en cuanto a su titularidad y ejercicio a lo pactado".

Debe subrayarse la labor legislativa de los órganos catalanes, que de siempre han procurado la conservación y desarrollo de un derecho vivo, no sólo en materia familiar y sucesoria, sino también y en lo que aquí nos atañe, del derecho patrimonial, que además ya quedó plasmado en los protocolos notariales. De tal manera, no puede hacerse pasar por alto la transmisión que del Derecho civil catalán, los notarios, como defensores del valor cultural del mismo, han posibilitado de generación en generación, sin olvidar la labor que podría calificarse de creadora de un Derecho privado que poco a poco fue renovándose.

Mi exposición versará sobre los derechos voluntarios de adquisición preferente, que siguiendo a Coca Payeras sería preferible hablar de "derechos voluntarios de adquisición" en lugar de "derechos de adquisición voluntaria" dado que lo voluntario es el origen del derecho pero no la adquisición que posibilitan que, por definición, viene impuesta como consecuencia del ejercicio de un derecho.

II. Disposiciones generales

Toda esta materia aparece recogida en el Libro V, en el capítulo octavo, en los artículos 568.1 al 568.27. Es igualmente necesario resaltar la sistemática de la regulación en la numeración, novedosa, práctica y enormemente útil para su consulta, aplicación y conocimiento didáctico.

Este nuevo Libro introduce modificaciones técnicas y sistemáticas a la anterior Ley del año 2001, con el objeto principal de dar respuesta a algunas cuestiones que habían quedado abiertas, como por ejemplo lo referente a la conservación y pérdida del objeto sobre el que recae la adquisición como con relación a la cancelación de cargas constituidas entre la constitución y el ejercicio del derecho de opción.

Como se resalta en la Exposición de motivos de la nueva Ley, se pretende sobre todo, de unos principios jurídicos básicos como el de libertad civil, dejando a la autonomía de la voluntad un enorme campo de actuación, se limitan los derechos de tanteo y retracto legales a los casos indispensables, una regulación de derechos reales limitados que casi siempre es subsidiaria del pacto entre las partes; la buena fe se presume siempre; promoción destacable de la seguridad

jurídica preventiva con equilibrada utilización de los instrumentos notariales y registros públicos.

Supuestos de *derecho de adquisición preferente regulados por Ley*, y por tanto conferidos por ella, a lo largo del nuevo articulado podemos entresacar los siguientes, antes de examinar a fondo el contenido propio de la exposición. Debe advertirse que es posible su previa regulación por los interesados al tiempo de regular la figura jurídica de la que aquellos derivan, pues es de destacar, como hemos visto, el amplio juego que a la a autonomía de la voluntad de los particulares en este Libro se establece:

— Derechos de adquisición de tanteo y retracto en las situaciones de comunidad, en el art. 552-4.
— Al tratar el derecho de usufructo, el que se concede a los nudopropietarios al disponerse del derecho de usufructo, en los arts. 561-9 y 561-10, tanto en la fase de tanteo como de retracto.
— En el derecho de aprovechamiento parcial, el art. 563-4, que señala es el mismo que en el caso de transmisión del usufructo.
— Por supuesto, el derecho de prelación, llamado "fadiga", al tratar la materia de censo, arts. 565-23 y 565-24.

Breve idea conceptual de los derechos de opción, tanteo y retracto:

El *derecho de OPCIÓN* es el que atribuye a su titular el poder o facultad de decidir, unilateralmente y dentro de un plazo, que un negocio jurídico quede o no perfeccionado, siempre que la elección se ajuste a su título constitutivo y a la legalidad vigente en el momento de su exteriorización.

> *"La opción, que faculta a su titular para adquirir un bien en las condiciones establecidas por el negocio jurídico que la constituye".*

Este derecho tiene un vasto ámbito de operatividad, pues puede servir para perfeccionar contratos principales, preparatorios, accesorios, contratos unilaterales, bilaterales…etc., en definitiva una numerosísima variedad de relaciones jurídicas.

La opción es siempre relativa a algo, un contrato proyectado, en cuya contemplación se concierta.

El derecho de TANTEO, "que faculta a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente."

El de RETRACTO, "que faculta a su titular para subrogarse en el lugar del adquirente o la adquirente en las mismas condiciones convenidas en un negocio jurídico oneroso una vez ha tenido lugar la transmisión."

1. Naturaleza jurídica

Veremos, y así explícitamente queda configurado, estos derechos pueden tener carácter de derechos personal o real, dejando, parece a la voluntad de los interesados el posible carácter, con todo lo que ello conlleva. No obstante, no creo que así de sencillo sea.

La configuración de un derecho como REAL o PERSONAL no es una simple cuestión de voluntad de las partes sino que es algo más. Hay que tener cuidado

con ello, pues no debe confundirse en ningún caso, ya que de otro modo quedarían distorsionados los principios de los que se deducen el resto de la regulación de los derechos reales. Es decir, que el carácter de un derecho no puede depender de la voluntad de las partes; sí podrá ser la eficacia y demás, pero en ningún caso, los caracteres propios del mismo.

Por tanto, y hecha esta aclaración, es cierto que en esta exposición me referiré a los derechos de adquisición preferente, reales y personales, pues ambos tienen puntos comunes, pero no el carácter de derechos reales, que son los propiamente regulados en este Llibre V, que son bien diferentes a los personales, más propios de la materia obligacional.

Evidentemente, una cosa es la constitución del derecho, y otra su eficacia respecto a terceros, propia de la normativa de los derechos reales y de los registros públicos.

Con carácter real, será a la que me referiré, se constituyen, además de los particulares de cada uno, hay que señalar los que son propios de todo derecho real:

— Inmediatividad, ejercicio directamente sobre el bien, sobre la cosa.
— Oponibilidad "erga omnes", independientemente de su acceso al Registro de la Propiedad, cuyos beneficios y consecuencias son conocidos.

Así, pueden tener carácter legal o voluntario; aquellos ya hemos visto algunos y los otros los veremos, siguiendo el orden de la presente Ley más adelante; y los voluntarios son a los que me referiré con mayor extensión.

No sólo la doctrina, sino la jurisprudencia, de siempre ha debatido y procurado delimitar el carácter de los mismos. Puede traerse a colación la STS de 3 de marzo de 1995, que se decantaba por la eficacia puramente obligacional del tanteo pese a su inscripción en el registro de la Propiedad, pues la categoría de Derecho Real no se produce por el simple acceso al registro de la Propiedad. El Código, no obstante hace una tipificación estructural y neutra de las mismos, admitiendo eso sí, que los derechos de naturaleza personal pueden tener eficacia erga omnes si son inscritos en el registro de la Propiedad. Pero ha de tenerse en cuenta que en el sistema español de derechos reales, y también en el catalán, la inscripción en el registro no es constitutiva.

2. Constitución y eficacia

> *"Los derechos reales de adquisición se constituyen en escritura pública y, si recaen sobre bienes inmuebles, deben inscribirse en el registro de la Propiedad".*

Así, deben reunir estos requisitos:

— escritura pública
— si recaen sobre bienes inmuebles, inscripción en el registro

Será real, no ya cuando se inscriba, sino que es requisito necesario la escritura pública. La falta de éste requisito hará que el derecho, si bien real, no personal, carecerá de la legitimación en el tráfico y la titularidad. La Escritura por sí misma

goza de publicidad, y por sí misma, como título suficiente en el tráfico, creando por tanto una apariencia en la que sus titulares, e incluso terceros pueden confiar y apoyarse. Este requisito de la escritura pública zanja también la discusión de imposibilitar el carácter real de determinados derechos reales sobre bienes cuya titularidad no pueda acceder a u Registro público (antes, el requisito de la inscripción era lo que podía denotar cierto carácter real), como por ejemplo el Libro Registro de socios de una SL y la problemática de considerarlo como "registro correspondiente". Ahora parece que la duda queda solucionada, al precisar la Escritura pública.

Según este requisito de la escritura pública, parece que puede distinguirse:

— Derecho de opción de naturaleza real: escritura e inscripción. Se precisa la voluntad de pretender la eficacia *erga omnes* propia de los derechos reales.
— Derecho de opción de naturaleza personal oponible a terceros protegidos por el art. 34 LH. A falta de voluntad expresa o tácita de constituirlo como derecho real, el derecho de opción de compra es inscribible en base al art. 14 RH, cumpliendo los requisitos de este artículo, entre ellos, no poder establecer una duración superior a los cuatro años, y pacto expreso de las partes para que se inscriba. No parece lógico que se pacte la inscribibilidad y no se establezca la naturaleza real. Y el hecho de que se inscriba en el registro no es incompatible con la naturaleza personal del derecho. Roca Sastre califica el derecho de opción de compra como derecho personal que implica un gravamen o carga real y por ello se exige el pacto expreso del art. 14 RH que no sería necesario sise tratara de un derecho real.
— Derecho de opción de naturaleza personal no oponible a terceros protegidos. Si no se constituye como derecho real ni se pacta su inscribibilidad o simplemente no accede al registro.

Esto es aplicable también al derecho de tanteo por aplicación analógica del art. 14 RH, pues el tanteo no es más que un derecho de opción para el caso de producirse una transmisión. Además se admite la inscribibilidad del retracto convencional del art. 1507 Cc, y la venta a carta de gracia del art. 18 RH.

Si entendemos que los derechos de adquisición de naturaleza personal pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, hemos de plantear la diferente eficacia entre que sean reales o personales, ya que evidentemente no es lo mismo.

La teoría general de los derechos reales considera a éstos como los que recaen directamente sobre una cosa y son efectivos frente a cualquiera de forma que el derecho real es oponible erga omnes. Así parece que lo recoge el nuevo Libro, y puede defenderse que un derecho de tanteo de carácter real se ejercite en segundas y ulteriores transmisiones, mientras que no lo es si tiene naturaleza personal aunque se haya inscrito. Parece que esta distinción entre segundas o ulteriores transmisiones de la ley catalana hace deducir que esta hablando del derecho de tanteo de naturaleza real, lo que cuadra con la materia de derechos reales propia del Libro V y no de carácter personal, que quedaría mejor acoplada en sede de obligaciones y contratos. Esta mayor eficacia requiere también una mayor diligencia y por ello el legislador exige la *escritura pública y la inscripción registral*, que en teoría no son necesarias para la configuración del derecho real,

pero parece lógico que si el adquirente de un derecho de adquisición quiere que su derecho tenga la máxima extensión y la máxima protección del sistema, haya de acudir a los mecanismos que le sistema ha creado con esta finalidad

Si se trata de un derecho de opción a una adquisición onerosa la contraprestación por la adquisición del bien o los criterios para fijarla. Si se prevés cláusulas de estabilización se ha de tratar de criterios objetivos y poder fijar el precio con una simple operación aritmética.

Dentro de estos términos generales, podemos distinguir la doble eficacia real y personal del ejercicio de estos derechos:

a) Eficacia real

Un derecho de adquisición de naturaleza real puede hacerse efectivo por acuerdo entre las partes, y a falta de acuerdo, por vía judicial.

Si todas las partes están conformes en otorgar la escritura de transmisión de la cosa objeto del derecho de adquisición, no hará falta ninguna notificación previa ni depósito alguno, ya que el dinero se entregará al propietario de la cosa al tiempo de otorgarse la escritura o con anterioridad a ésta.

Pero puede ocurrir que, sin constancia de desacuerdo, el titular del derecho de adquisición quiera asegurar su eficacia, y con el fin de evitar la extinción por el transcurso del plazo fijado, puede iniciar su ejercicio mediante un acta notarial de notificación y requerimiento en la que comunique al propietario su voluntad de ejercitar el derecho de adquisición requiriéndole para el otorgamiento de la escritura correspondiente de transmisión de la cosa.

Puede completarse esta acta con un depósito notarial del precio para acreditar que éste queda a disposición del titular del derecho de propiedad sobre la cosa, o de los titulares de derechos constituidos con posterioridad al derecho de adquisición si se diera el caso. Si existen derechos reales o cargas posteriores a los derechos de adquisición inscritos en el registro correspondiente y se opta por el sistema liquidativo de las cargas, si bien habrá de depositar el precio a disposición de sus titulares (así, RR DGRN 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 y 4 de septiembre de 1992).

De estas actas notariales de requerimiento y notificación, así como las de depósito, trataré más adelante como propios de la actividad notarial, que además son cada vez más frecuentes.

En el supuesto en que se prevea la falta de acuerdo entre las partes, o éste acuerdo se desconozca si existe o no, el titular del derecho de adquisición también podrá otorgar un acta notarial de notificación y requerimiento y depositar notarialmente el precio, para dejar constancia fehaciente del ejercicio de su derecho. Si el propietario de la cosa se negara a formalizar la transmisión, el titular del derecho de adquisición habrá de presentar demanda judicial susceptible de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

Es de hacer notar que siempre que falte acuerdo entre las partes puede acudirse directamente al requerimiento y depósitos judiciales.

En cualquier caso, la importancia del ejercicio del derecho de adquisición, al provocar una transmisión de la propiedad, hace necesario que todas las

notificaciones y requerimientos se hagan en forma pública, judicial o notarial, que son las únicas formas fehacientes.

b) Eficacia personal

La manera de exigir el cumplimiento del derecho de adquisición por su titular es la misma que hemos visto, mediante reclamación judicial o acta notarial de notificación y requerimiento.

3. Ejercicio de todo derecho de adquisición

Como se ha dicho anteriormente, los derechos de adquisición pueden tener naturaleza real o personal y, según sea su naturaleza, cambiará el destinatario de la notificación y requerimiento notarial. Si se configura con carácter real, se dirigirá contra el titular del derecho de propiedad actual de la cosa; si es de carácter personal, se dirigirá contra el titular del derecho personal, es decir, el que era propietario de la cosa cuando se constituyó el derecho de adquisición.

El ejercicio de uno de estos derechos conlleva, evidentemente y como su nombre indica, la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba al tiempo de ser constituidos, y los derechos que sean incompatibles con aquel, que se hubieran constituido con posterioridad sobre el bien objeto de los mismos se extinguirán, si el derecho se hubiera constituido con carácter real, para lo que será preciso el otorgamiento de Escritura Pública, llevando por tanto los caracteres de inmediatividad y oponibilidad "erga omnes".

III. Derechos de adquisición voluntaria

1. Constitución

1.1. *Elementos personales*

En materia de *capacidad* habrá que acudir a las regla generales, y así tanto para conceder el derecho como para adquirirlo, la plena capacidad para contratar y obligarse.

El *menor emancipado* necesita el complemento de capacidad si el derecho de adquisición se constituye a título oneroso. Si el derecho se constituye en testamento, el disponente sólo necesitará la capacidad para testar. Para adquirirlo a título gratuito no se requiere capacidad de obrar, solo será necesaria la intervención de los representantes legales del menor o incapacidad para aceptar. Es posible concederlo n favor del nasciturus y concepturus siempre que viva en el momento de la apertura de la sucesión o acepte la donación en vida del donante. Si le derecho de adquisición se constituye entre vivos y recae sobre vivienda familiar del cónyuge concedente o sobre la vivienda común del concedente miembro de una unión estable de pareja, será preciso el consentimiento del otro cónyuge o del otro miembro de la pareja.

El derecho de adquisición se puede constituir de forma *unilateral*, no sólo en la modalidad mortis causa, sino también entre vivos.

1.2. *Elementos reales*

> *"Pueden recaer sobre bienes inmuebles y sobre bienes muebles susceptibles de identificación", los derechos de adquisición sobre bienes muebles pueden recaer sobre bienes futuros.*

En cuanto a los *bienes futuros* parece que sólo si son muebles pueden ser objeto de derechos de adquisición preferente, pero también respecto a los inmuebles, interpretando la condición de futuro no sólo como inexistencia física sino jurídica, de manera que un derecho de adquisición pueda recaer por ejemplo sobre un entidad de un edificio declarado en régimen de propiedad horizontal aunque físicamente no existe ni se haya comenzado la construcción.

Es *necesario* que se indique en el título de su constitución:

- *plazo* de duración del derecho, y en su caso, de su ejercicio; si no se fija, el primero se entiende de cuatro años, y el segundo un mes.
- si se trata de la opción, la *contraprestación* para adquirir el bien y, en su caso, el posible pacto de ejercicio unilateral
- si el derecho se constituye a *título oneroso*
- el *domicilio* a efectos de las preceptivas notificaciones
- forma de *acreditar el pago* del precio o contraprestación.

2. Objeto

En cuanto al OBJETO sobre el que recae el derecho de adquisición preferente. La facultad que concede este derecho recae sobre derecho, valga la redundancia, es decir, sobre el derecho que se pretende transmitir o se ha transmitido mediante la enajenación onerosa sobre la que operan. Se trata ahora del "derecho a adquirir" no de la naturaleza del "derecho de adquisición". El que ejerce el tanteo acaba adquiriendo el derecho de propiedad sobre la cosa de que se trata, pero no obsta a que el derecho sobre el que recaiga el tanteo no sea el de propiedad sino cualquier otro derecho real o incluso de naturaleza personal que implique la posesión de una cosa. Parece hacer una similitud entre el derecho de adquisición preferente y el derecho de adquisición preferente de la propiedad.

El objeto serán los bienes inmuebles o los muebles que puedan identificarse, incluso podrán serlo los bienes futuros, sujeto por supuesto a la efectiva existencia de su objeto,

Puede destacarse la necesidad de indicar un precio individual para cada uno de los varios bienes para que cada uno haga posible el ejercicio de los derecho por separado, requisito éste que será necesario sólo cuando se trate de derechos de adquisición que fueren inscribibles. Además, estos derechos de adquisición sobre inmuebles pueden ser constituidos sobre partes determinadas de estos o su posible edificabilidad.

3. Cotitularidad

Supuesto expresamente recogido en el Libro, con carácter novedoso y marcado, para no dejar dudas al respecto.

Si los derechos de adquisición se constituyen a favor de varios titulares en proindiviso, será necesario que esos derechos se ejerciten conjuntamente por todos los titulares, o bien que lo haga uno sólo por haber sido cedido por los otros.

Elementos formales.

Dice el Libro: "Los derechos reales se constituyen en escritura pública".

En base al principio de libertad de forma, la escritura pública será necesaria en la constitución por actos entre vivos, si se trata de derechos de adquisición reales; en caso de la opción para adquirir gratuitamente bienes inmuebles en caso en que se pudiera ejercitar la opción unilateralmente por el optante, o cuando se quiere atribuir al acto eficacia real mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En actos mortis causa, será frecuente la intervención notarial, bien por el testamento en que se ordene, escritura de capítulos matrimoniales y la posterior manifestación de herencia en ambos casos.

4. Extinción

El art. 568-7:

> *"...se extinguen por las causas generales de extinción de los derechos reales, y además por su ejercicio o por el vencimiento del plazo de su duración. Los titulares del derecho de tanteo pueden renunciar al mismo con relación a un determinado acuerdo de transmisión. La renuncia del derecho de tanteo implica la del retracto."*

Habrá de considerarse también extinguido por la muerte de su titular, dado el carácter personalísimo del derecho, si en el título de su constitución no se ha establecido lo contrario; por la muerte del concedente, en el caso de derecho de opción a una adquisición gratuita.

En cuanto a los terceros adquirentes posteriores, habrá que distingue:

- si se ha constituido con naturaleza real, el tercer adquirente ve extinguida su adquisición.
- si de naturaleza personal pero se ha inscrito en el Registro, se mantiene la eficacia de la adquisición del tercero, pero queda obligado a transmitir la finca al titular del derecho de adquisición.
- si de naturaleza personal y no ha tenido acceso al Registro de la Propiedad, el adquirente mantendrá su adquisición y el titular del derecho de adquisición puede exigir al titular de éste la indemnización de daños y perjuicios.

IV. LA OPCIÓN

1. Naturaleza jurídica

Mucha controversia al respecto, sobre los derechos de crédito y los reales e incardinar la opción en alguno.

Prevalece la postura que le atribuye naturaleza personal, siendo posible atribuirle eficacia frente a terceros de buena fe y a título oneroso con base a su acceso en el Registro de la Propiedad.

El derecho es considerado en el Libro V. Si se configura como real, su oponibilidad frente a terceros se alcanzará desde su constitución en escritura pública, es decir desde su nacimiento y aparición del título legitimador del adquirente, y sólo respecto a terceros hipotecarios mediante su inscripción en el registro.

Fase de pendencia del derecho de opción

En esta fase latente habrá que acudir a las reglas generales en sede de propiedad y posesión. La obligación de no disponer normalmente del concedente de la opción debe ceder en los casos en que la opción tiene naturaleza real, o siendo personal, haya accedido al Registro de la Propiedad, o cuando siendo personal pero no accesible al registro se establezca a cargo del concedente la obligación, si transmite, de imponer a su adquirente idéntica obligación a la que le vincula, lo que redundaría en beneficio del libre tráfico de bienes y servicios, presupuesto esencial de nuestro ordenamiento constitucional económico.

La concesión de un derecho de opción no cercena la facultad dispositiva de su titular, tan sólo la limita.

Así:

1.- Si la opción se ha configurado *como derecho personal y no se ha inscrito*; el optante puede mediante su ejercicio exigir la entrega de la cosa, pero si el concedente la enajena, puede que haya hecho saber al adquirente la existencia de este derecho de opción, en cuyo caso el adquirente quedará obligado a ella igual que el concedente, o que se haya enajenado como libre, y en este caso distinguir que el tercero haya adquirido a título oneroso o gratuito, si ha habido tradición a su favor, o si el tercero no es de buena fe.

2.- Si la opción, aun *siendo personal, se ha inscrito* en el Registro de la Propiedad, al amparo del art. 14 RH, el optante goza del beneficio de la oponibilidad erga omnes, y así cualquier adquirente quedará subrogado en la posición jurídica del concedente.

3.- Si la opción se ha configurado *como derecho real*, el "ius disponendi" del concedente ha sido limitado con las características propias de un derecho real: eficacia erga omnes, e inmediatividad, es decir que el optante puede ejercitar su derecho directamente sobre el bien, sin necesidad de colaboración jurídica de la contraparte.

2. Plazo

El derecho real de opción puede constituirse por un plazo máximo de 10 años. No obsta el plazo de 4 años del art. 14 RH, dado que este artículo regula el acceso al registro de un derecho personal, no real.

Por tanto, diez años el derecho de opción de naturaleza real sobre bienes inmuebles, que no contradice el plazo de 4 años del art. 14 RH ya que este precepto se refiere únicamente al derecho de opción de naturaleza personal; 5 años, el derecho de opción de naturaleza real sobre bienes muebles; 4 años el derecho de opción de naturaleza personal. Estos plazos se pueden superar si el derecho de opción se constituye como pacto o estipulación integrados en otro negocio (ej, arrendamiento, financiero o no, con opción de compra), en cuyo caso la duración pude ser la misma que la de éste.

Será necesario hacer constar de manera detallada, el plazo de este derecho, el precio de la opción, el domicilio a efectos de posibles notificaciones, y la manera de acreditar el pago.

3. Ejercicio de la opción

Es de esencia en la figura de la opción que el ejercicio de este derecho supone la perfección del contrato de compraventa, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compra quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el concedente sin más actos.

Carácter recepticio de la declaración de voluntad del optante. No sólo ha de emitirse, sino que también ha de comunicarse al concedente dentro del plazo de ejercicio de la opción.

Ejercicio de la opción y precio de la compraventa. Cuando se ejercite la opción, para la consumación de la compraventa perfeccionada, cabrán tres posibilidades que en la práctica se conocen como precio confesado (cabe que el precio haya de pagarse, en todo o en parte, de una vez o fraccionadamente, durante el plazo de pendencia de la opción), precio de contado (aun siendo de contado, si no se ha condicionado el ejercicio de la opción al previo pago del precio de la compra, el pago podrá tener lugar después), precio aplazado (puede pactarse el aplazamiento en uno o varios momentos posteriores a la perfección de la compraventa).

La consignación del precio no es, ni civil ni hipotecariamente, requisito necesario ni para el ejercicio de la opción, ni para la perfección de la compraventa, ni para su inscripción, salvo que se haya pactado expresamente

Ejercicio unilateral por el optante. El pacto de ejercicio unilateral por el optante ha sido admitido hace ya tiempo por la DGRN para el supuesto de opción configurada como derecho real. Puede ser también admisible para la opción personal. En el derecho real de opción este pacto es contenido natural del mismo, y recae directamente sobre la cosa y no sobre la actividad del concedente.

Efectos del ejercicio frente a titularidades posteriores

Ejercicio y compradores posteriores. La titularidad dominical posterior, si la opción tiene efectos reales (opción personal inscrita, real frente a titular no inscrito o real inscrita) quedará extinguida como consecuencia del ejercicio de su derecho por el optante. Si la opción es personal, el ejercicio se producirá contra el adquirente, que queda obligado "ob rem" como subadquirente; deberá otorgar título traditorio a favor del optante y entregar la posesión si la tiene. Si la opción es real en puridad el optante no ejercita su derecho contra nadie sino sobre la cosa, y el titular dominical pierde su derecho como consecuencia del ejercicio.

*Ejercicio y titulares de derechos de uso y disfrute posteri*ores. Su situación es similar a la de los adquirentes: si la opción produce efectos frente a ellos sus derechos quedan extinguidos como consecuencia del ejercicio, si bien tiene derecho a la parte del precio que corresponde a su titularidad.

Ejercicio y titulares da cargas posteriores (embargos, hipotecas). Es posible que dichas cargas subsistan, con descuento por parte del optante de su valor en el precio de la compra para atender a su pago y cancelación; o bien que se liquiden o cancelen las cargas con o sin garantía: el optante recibirá la finca al ejercitar su derecho en la misma situación jurídica que tenía cuando la opción fue configurada.

La doctrina y jurisprudencia española optan por el sistema liquidatorio con garantía, es decir, los gravámenes posteriores quedan extinguidos sin necesidad de mandamiento cancelatorio ni consentimiento de los titulares inscritos, si bien deberá ser pedida por el optante al otorgar la escritura de adquisición o con posterioridad (consignación o depósito), art. 568-12.2.

4. Transmisión del derecho de opción

Si el derecho de opción tiene carácter o naturaleza personal, la posición jurídica del optante no sólo conlleva derechos, sino también obligaciones, por lo que la persona del optante no es en absoluto indiferente al concedente, por lo que la transmisión de la posición jurídica de éste no es una mera transmisión de derechos, sino una verdadera cesión de la posición contractual. Por ello, el derecho personal del optante sólo será enajenable con el consentimiento previo, simultáneo o posterior del concedente. Si ese derecho personal se inscribe, la situación es la misma. No varía. Pero habrá que tener en cuenta entonces que el tercer adquirente no gozará de la protección del art. 34 LH (pues no ha adquirido un derecho real)

Pero puede prestarse previamente ese consentimiento, en cuyo caso nos encontramos con la opción con pacto de transmisibilidad. Si la opción se ha constituido como real, por regla general en este caso la opción en sí es transmisible, y el adquirente podrá tener la protección del art. 34 LH si la opción de refiere a bienes inmuebles.

No distingue el Libro V entre derecho personal y real al tiempo de la transmisión, y sólo indica que los bienes sujetos a este derecho son enajenables sin que sea necesario el consentimiento de los optantes, y serán quienes adquieran los que se subroguen en las obligaciones que corresponderían a los concedentes del

derecho, por lo que podemos entender que se está refiriendo al carácter real de este derecho. Sólo, si es personal, y se hubiera constituido en consideración a su titular, entonces, parece que no serán transmisibles, por así desprenderse a "sensu contrario" del art. 568-9.2.

Es de destacar en esta figura de la opción que el ejercicio de este derecho supone la perfección del contrato objeto del mismo, siendo necesaria la expresión de voluntad del optante para que el contrato quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el concedente sin más actos.

Si el derecho de opción tiene carácter personal o real y en este último caso no se ha previsto el ejercicio unilateral por el optante, será preciso que las partes (propietario y titular del derecho de opción) otorguen una escritura de transmisión de la propiedad, ya por acuerdo entre ellos o tras el previo requerimiento notarial o judicial.

Pero también es posible, y así es reconocido en el Libro V, configurar el derecho de opción con carácter real y con pacto expreso de formalización unilateral de la transmisión, posibilidad ya admitida por resoluciones de la DGRN, y que en la práctica notarial se venía llevando a cabo. En este caso, la escritura de ejercicio del derecho de opción por la que el optante adquiere la propiedad del bien la puede otorgar éste sólo sin necesidad de ningún requerimiento previo, pues el optante puede unilateralmente ejercer su derecho. Puede, no obstante, surgir el problema del pago del precio, pero este debe acreditarse de alguna manera incluso es posible depositarlo notarialmente en el momento de la formalización del acto.

En el primer caso, el Notario que vaya a autorizar la escritura, puede plantearse problemas de prueba, por lo que es necesario y aconsejable, y así normalmente se desarrollaba en la práctica notarial, prever en la escritura de constitución del derecho de opción la manera de hacer este pago, que puede ser bien mediante ingreso en un cuenta bancaria, una certificación de la entidad financiera, de igual forma que se hace en las escrituras de constitución y ampliación de capital de una sociedad anónima o limitada.

En cuanto al depósito notarial, en la escritura de transmisión de la propiedad habrá de incluir una cláusula de requerimiento de depósito dirigida al Notario, que la aceptará para entregar el dinero al propietario.

Por tanto, el requerimiento habrá de incluir también la notificación al propietario del inmueble del otorgamiento de la escritura de transmisión de propiedad y de la existencia del depósito para que tenga conocimiento del ejercicio del derecho de opción y así pueda cobrar; es decir, la escritura incluirá una cláusula de requerimiento de depósito y otra de notificación, que el Notario cumplimentará una vez lo lleve a cabo en las oportunas diligencias.

5. Problemas

¿Puede atribuirse, al constituirse el derecho, al silencio el valor de declaración de voluntad?

Puede pensarse que debe quedar atado, y los consentimientos prestados al tiempo de constituirse la opción, siendo necesario el consentimiento posterior

de manera expresa. No obstante, si desde el principio así se pacta, y así se hace constar en el contrato en que se pacta, y así se prevé, puede igualmente pactarse que en un plazo de tiempo, el silencio equivalga a la perfección de la misma. Es cierto que puede darse, pero por clarificar el tráfico, evitar dudas y posteriores problemas, se haga constar la perfección de este derecho prestando el consentimiento en el momento en que así se haya previsto

¿Ejercicio por mandatario verbal?

¿Por qué no? Claro depende de la manera en que se haya llevado a cabo, pero nada impide a que se actúe en nombre y representación del interesado en el negocio, quedando en ese caso como expectante a la posterior ratificación por el mandante. Igualmente puede darse en el caso de un mandatario verbal, sin salva de autocontratación por no existir documento alguno en que la representación esté formalizada, pues puede luego al ser ratificada, que aquella se salve. Evidentemente, es supuesto raro, pero jurídicamente no hay obstáculo para llevarse a cabo.

¿Posibilidad de construir un ejercicio solidario de la opción?

En mi opinión, siempre y cuando las partes estén y hayan quedado debidamente informadas, que ello se produzca. No hay regla en contra del posible ejercicio de esta manera.

Por la misma razón no hay inconveniente en que la cosa sea determinada "ab initio", o sea determinable en un momento posterior, pudiendo fijar cualquier medio que entre las partes pacten para que ello se lleve a cabo.

Evidentemente, en el caso de otorgarse Escritura para el ejercicio de este derecho, todo ello quedará delimitado, en la manera que las partes deseen, siempre y cuando su consentimiento sea debidamente informado, y entre dentro de los parámetros legales, evitándose de esta manera los posibles riesgos que de no hacerlo, de no haber sido debidamente informados, y conocedores de lo que llevan a cabo, así como de los derechos y obligaciones que legalmente corresponde a cada uno, y de lo que libremente estipulen.

V. Derechos voluntarios de tanteo y retracto

Ya definidos y de la manera antes señalada, hemos de resaltar que se regulan en esta sede los de naturaleza o carácter real, no personal, aunque como se ha hecho con la opción, me referiré a ambos.

Además de lo antes indicado, es de destacar en estos derechos:

1. Plazo

Tanteo: si es de naturaleza real se puede constituir por tiempo indefinido cuando su ejercicio se haya pactado para la primera transmisión, para las segundas o posteriores transmisiones no puede superar los diez años; si es de naturaleza personal no puede superar los diez años.

Es dudoso si el derecho de adquisición concedido a título gratuito puede subsistir después de la muerte del concedente, especialmente en el caso del

derecho de opción de una adquisición gratuita; parece que no debería admitirse al ser similar esta figura con la donación pendiente de aceptación por parte del donatario.

Para su ejercicio, parece que no podrá sobrepasar el plazo de duración del derecho.

Si se da el caso, la voluntad del constituyente de configurar el derecho con carácter real. Se deja a la *autonomía de la voluntad* la fijación de la naturaleza jurídica del derecho de adquisición, y se exige para que el derecho de adquisición tenga naturaleza real que se constituya en escritura pública.

2. Ejercicio

El Libro V considera a los derechos de adquisición voluntaria de tanteo y retracto, como dos derechos diferentes, en plan de igualdad, y así lo recoge, al considerar como tales la opción, el tanteo y el retracto. Se desvía de la dirección doctrinal de concebir un solo derecho de adquisición preferente, que sería el tanteo, siendo el retracto la denominación de ese derecho cuando se ejercita una vez efectuada la transmisión, así Don Ramón María ROCA SASTRE, hablando de tanteo preadquisitivo y postadquisitivo, argumentando en esta línea no sólo el mayor tecnicismo, sino con el apoyo de la regulación legal que siempre hubo en Cataluña del "dret de fadiga", que comprende esas dos manifestaciones o fases. Caracterizando la regulación catalana siempre además de práctica, parece que obvia la disquisición doctrinal, en aras del empuje a la consideración de derechos diferentes, aunque uno traiga causa del otro.

En el derecho de tanteo, la *notificación a su titular* de la transmisión proyectada por parte del propietario es fundamental ya que de la misma depende la posibilidad del ejercicio del derecho. El plazo para el ejercicio se cuenta desde el día siguiente en que la notificación del acuerdo transmisivo entre el propietario de la cosa y un tercero para poder tener conocimiento del titular el derecho.

La *notificación será judicial o notarial*. Y el derecho de tanteo implica el retracto, entre otros casos, si no se ha notificado fehacientemente el acuerdo transmisivo.

Si la notificación no ha tenido lugar, o no se ha efectuado en forma fehaciente, o se ha llevado a cabo en forma diferente a las notificadas, el derecho de tanteo implicará el *retracto que se podrá ejercer en un plazo de sesenta días, o del plazo pactado para el ejercicio del tanteo, contados desde la fecha de la inscripción registral o desde que se tenga conocimiento de la enajenación, conocimiento al que se podrá llegar mediante acta notarial de notificación instada por el comprador.* Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en las leyes LAU y LAR, no se impone al adquirente la obligación de notificar al titular del derecho de tanteo la transmisión realizada, y este derecho caducará a los sesenta días de la inscripción en el Registro de la Propiedad, dados los efectos que frente a terceros tienen los asientos, por lo que en la práctica no se hace mucho uso en estos casos de la mencionada acta de notificación.

Conversion del derecho de tanteo en retracto, art. 568-15, que indica que tiene lugar si falta la notificación fehaciente de los elementos esenciales del acuerdo de transmisión o si la transmisión se ha hecho en condiciones diferentes de las

que constaban en la notificación o antes de vencer el plazo para el ejercicio del tanteo; en este caso, hay un especial plazo, que será el mismo que el pactado para el derecho de tanteo, y en su defecto, el plazo será de tres meses.

VI. DERECHOS DE RETRACTO LEGALES

El nuevo Libro V dedica a esta materia la sección tercera del capítulo octavo, y regula:

1. El retracto de colindantes

Como particularidades, que lo permite expresamente a las personas físicas y jurídicas que de conformidad con la legislación especial tenga la consideración de cultivador directo y personal que sean propietarios de fincas rústicas que linden con las fincas rústicas enajenadas.

Si fueran varios, la preferencia será al propietario de la finca colindante de menos superficie y si fuera idéntica, la de la finca con más perímetro colindante. Regulación ésta que es de destacar ya que pueden resolverse muchos problemas que en la práctica pudieran surgir, recogiendo además en este sentido la doctrina más acorde con la jurisprudencia referente a esta materia. Se hace referencia a la cabida de la finca que se enajene, pero no una manera determinada, y que en el futuro pudiera resultar distinta a la finalidad perseguida por la Ley, y en la actualidad, señala que la superficie de la finca rústica sea inferior a la de la unidad mínima de cultivo, y el adquirente no sea propietario de las fincas que con ella lindan.

Trata de soslayar el problema de superficie de la finca, si bien, hay que tener en cuenta que la unidad mínima de cultivo no es la misma siempre, sino que varía según las condiciones que la definen y el lugar donde la finca radique. Y como novedad es de destacar que no tendrá lugar este derecho si en la finca que se enajena existen construcciones ajustadas a la legalidad cuyo valor representa más de los dos tercios del de la finca.

Puede plantear el problema de una construcción que se hizo, no ajustada a la legalidad, pero que ya han transcurrido los años de caducidad de la acción urbanística para su derribo, y se pretende hacer la declaración de obra nueva de la referida construcción.

Una vez ejercitado el derecho, los adquirentes tienen la obligación de agrupar la finca adquirida con la finca de la que son titulares en el plazo de seis meses y conservarla agrupada en un plazo mínimo de seis años; no podrán enajenarla entre vivos en el plazo de seis años.

2. La tornería

Es un claro ejemplo de troncalidad, muy propia de los antes llamados derechos aforados, y especialmente característica en una determinada zona de Cataluña.

Requiere:

— Vecindad local del Valle de Arán en las personas físicas
— Es en favor de los parientes hasta el cuarto grado en la línea de la que procedan los bienes,
— Cuando la enajenación sea a una persona extraña o con parentesco mayor al mencionado,
— Siempre que la finca haya pertenecido a los parientes por consanguinidad durante dos o más generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

VII. Problemas de técnica notarial en las actas de notificación y requerimiento

Las notificaciones y requerimientos anteriormente señalados habrán de ser fehacientes a efectos de prueba, y es posible tanto la forma judicial como la notarial, y es esta a la que me referiré aunque sea brevemente.

Conforme al vigente Reglamento Notarial estas actas pueden efectuarse mediante la remisión de documentos por correo, o la propia acta de notificación y requerimiento.

El acta de remisión de documentos por correo, del art. 201 RN. se lleva a cabo en la práctica jurídica como medio o manera de acreditar el contenido de la documentación remitida por correo certificado con acuse de recibo. En estos casos, el Notario se limita a dar fe de que ha enviado determinado documento, testimonio o copia del mismo queda incorporado al acta, y de que se ha recibido el aviso, pero, aunque la carta o documento tenga contenido notificatorio o requisitorio, el Notario no hace propiamente un requerimiento o notificación ni da fe de los mismos. Por tanto, el destinatario no tiene derecho a contestar por el mismo medio y la carta o documento puede enviarse a cualquier destino, por lo que no es preciso que el Notario tenga competencia territorial en el lugar de destino de aquella.

Respecto a las actas de notificación y requerimiento será el mismo Notario quien se personará en el domicilio señalado en el acta, y tras hacer saber su condición de notario y el objeto de su presencia, librará cédula, con transcripción literal del acta y advirtiendo del derecho que tiene el requerido o notificado de contestar en los dos días hábiles siguientes. En este caso el destinatario sí tiene un especial derecho a contestar por el mismo medio, siendo Notario competente el del lugar donde se ha practicado la diligencia de notificación o requerimiento.

Pero este tipo de actas de notificación y requerimiento, en ocasiones, derivan en una remisión de la cédula por correo certificado con acuse de recibo, lo que tendrá lugar:

— si de una norma legal no resulte lo contrario, cuando el Notario lo considere conveniente, pero en este caso será necesario que el Notario sea competente territorialmente en el lugar de destino de la notificación o

requerimiento, ya que si no lo fuera habría de acudirse al exhorto notarial, es decir, notificación mediante Notario competente en aquel lugar.
— cuando, excepcionalmente, la diligencia sólo se ha podido llevar a cabo mediante la lectura íntegra del acta, sin haberse librado la cédula.
— cuando al Notario no le haya sido posible hacer la notificación o requerimiento por no encontrar el lugar, estar cerrado, no habérsele permitido la entrada, no encontrar a nadie, o resistencia de la persona que le atienda, salvo que éste último fuera el destinatario. Pero en este caso será preciso que así lo solicite el requirente.

En cuanto a la eficacia de estas notificaciones, el TS, en ST 17 de diciembre de 1992, respecto al requerimiento del art. 1504 CC, entiende que el requerimiento practicado por correo tendrá plena eficacia siempre que se acredite que el mismo ha llegado a su destinatario.

Así las cosas, la forma más aconsejable (para evitar se ponga en duda la certeza de la recepción) es que el requerimiento se practique personalmente por el Notario, pues de esta forma no habrá ninguna duda de que el requerimiento o notificación ha llegado al destinatario. Y si el domicilio del requerimiento no se encuentre en el distrito del Notario, éste habrá de acudir a la notificación mediante Notario competente en el lugar del domicilio de la persona requerida o notificada.

Esto es importante por cuanto el derecho de tanteo caduca en el indicado plazo, contado desde el día siguiente en que la notificación del acuerdo transmisivo entre el propietario de la cosa y un tercero ha podido llegar al conocimiento del titular del derecho. No se exige el conocimiento efectivo por parte del notificado, ni la recepción efectiva, sino simplemente que la notificación haya podido llegar a su conocimiento, por lo que sería suficiente el acta de notificación por correo certificado con acuse de recibo.

No obstante, la seguridad del tráfico hace necesario que el elemento subjetivo del conocimiento de la notificación o requerimiento por el destinatario sea sustituido por el elemento objetivo de la posibilidad de conocer.

Así, y dando un paso más, puede efectuarse la notificación a través del acta prevista en el art. 201 RN: simple acta de remisión por correo, pues a través de la misma, y aunque la carta no tenga un especial contenido notificatorio o requisitorio, no se llega a producir una notificación o requerimiento propiamente notarial, pero a través de la recepción de la carta o documento remitido, el destinatario puede llegar a tener conocimiento y este hecho quedará probado en el mismo ataque recogerá, bajo la fe notarial, el contenido de la carta, su remisión o envío, y la recepción en el domicilio indicado.

VIII. Depósitos notariales

El depósito notarial puede encuadrarse dentro de las actas de depósito ante Notario de los arts. 216 a 220 RN, que se caracterizan por ser voluntarios para el Notario, quien además puede imponer las condiciones que crea convenientes. No obstante, y dada la naturaleza de estos depósitos a los que se refiere la legislación vigente, pues son depósitos accesorios de otra actuación notarial que en este caso son las notificaciones, que sí son obligatorias para el Notario, pudiéndose entender que son las recogidas por el Art. 2 LN y 145.1 RN, sin que sea posible negar la función ni imponer condiciones más allá de las estrictamente necesarias para la eficacia y seguridad del depósito (de manera similar a los depósitos a que se refiere la L de 30 de marzo de 1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

IX. Bibliografía

"Fundamentos de derecho Civil" Tomo III. 3. Puig Brutau. Ed. Bosch.

"Fundamentos de Derecho Civil patrimonial". Luis Díez Picazo. Ed. Civitas.

"Los Derechos Reales". M. Peña y Bernaldo de Quirós. Ed. Civitas.

"Instituciones de Derecho Privado". T. II. Ed. Consejo General del Notariado. Civitas.

"Sistema de Derecho Civil". L. Díez Picazo y A. Gullón. Ed. Tecnos.

"Derecho hipotecario". Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill. Ed, Bosch.

"Primer Congreso de Derecho Civil Catalán" "El Derecho patrimonial en el futuro Codi Civil de Catalunya" Publicado en la revista "La Notaria", Nº 9-10, año 2001. Especialmente: "La opción de compra", ponencia de R. Martínez Díe y M-A. Martínez García; "Los problemas notariales derivados de los derechos de adquisición", E. González Bou y V. Esquirol Jiménez.