



# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

**CURSO ACADÉMICO 2016-2017**

### **TÍTULO**

**LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE**

### **WORK TITLE**

**THE PREFERENTIAL ACQUISITION RIGHTS**

**AUTOR/A:**

Rocío Ortiz Llama

**TUTOR/A:**

Don Javier Talma Charles

## **RESUMEN**

El presente trabajo plantea como objetivo principal analizar los tipos de derechos de adquisición preferente que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Ello implica la conceptualización de la figura de los derechos reales, así como de los derechos reales limitados, y localizar así los derechos de adquisición preferente dentro de nuestro sistema de normas, para después centrarnos en ellos y explicar los tipos y los distintos ámbitos en los que los podremos encontrar.

## **ABSTRACT**

The main objective of this work is to analyze the types of the preferential acquisition rights within our system of rules. That means the conceptualism of the real rights as well as limited real rights, and so locate the preferential acquisition rights within our system of rules, then focus on them and explain the types and different areas in that we can find.

# INDICE

<b>CAPITULO I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO II. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.....</b>	<b>4</b>
<b>1. CONCEPTO.....</b>	<b>4</b>
<b>2. ORIGEN LEGAL Y CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE.....</b>	<b>5</b>
<b>3. TIPOS DE DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE.....</b>	<b>6</b>
<b>4. DIFERENCIAS DEL TANTEO Y EL RETRACTO CON LA OPCION...7</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO III. LA OPCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>1. CONCEPTO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO DE OPCION.....</b>	<b>8</b>
<b>3. OPCION DE COMPRA Y OPCION DE VENTA.....</b>	<b>9</b>
<b>3.1 La opción de compra.....</b>	<b>9</b>
<b>3.1.1 Partes de la opción de compra.....</b>	<b>10</b>
<b>3.1.2 Plazo.....</b>	<b>11</b>
<b>3.1.3 La prima.....</b>	<b>11</b>
<b>4. NATURALEZA REAL DEL DERECHO DE OPCION.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO V. EL TANTEO Y EL RETRACTO.....</b>	<b>15</b>
<b>1. CONCEPTOS DE TANTEO Y RETRACTO.....</b>	<b>15</b>
<b>2. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE TANTEO Y RETRACTO.....</b>	<b>17</b>
<b>3. EL RETRACTO LEGAL.....</b>	<b>17</b>
<b>3.1 Concepto.....</b>	<b>18</b>

3.2 Plazo de ejercicio.....	18
3.3 Cargas del retrayente.....	18
3.4 Procedimiento para ejercitar el retracto.....	19
3.5 La adquisición por el retrayente.....	20

**CAPITULO VI. DERECHOS LEGALES DE ADQUISICION PREFERENTE EN EL CODIGO CIVIL.....20**

1. RETRACTO DE COMUNEROS.....	20
2. RETRACTO DE COLINDANTES.....	21
3. RETRACTO DE COHEREDEROS.....	23
4. TANTEO Y RETRACTO EN LA ENFITEUSIS.....	24

**CAPITULO VII. DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.....25**

**CAPITULO VIII. TANTEO Y RETRACTO EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.....26**

**CAPITULO IX. COLISION ENTRE DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE.....28**

1. COLISION ENTRE TITULARES DE IDENTICO DERECHO DE RETRACTO.....	28
2. COLISION ENTRE TITULARES DE DERECHOS DE RETRACTO DISTINTOS.....	29
3. COLISION ENTRE DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE Y LOS REGULADOS EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.....	30

**CAPÍTULO X. EL TANTEO CONVENCIONAL.....30**

**CONCLUSIONES.....31**

## **ANEXO I: INDICE BIBLIOGRAFICO Y JURISPRUDENCIAL**

## CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El objetivo principal de este trabajo es el estudio de los derechos de adquisición preferente. Antes de inmiscuirnos en este tema, en este capítulo procederé a enmarcar estos derechos dentro de nuestro sistema de normas. Con lo cual, en primer lugar vamos a determinar que entendemos por derechos reales.

Nuestro ordenamiento jurídico considera derechos reales a los que surgen de la relación de las personas con las cosas, es decir, el derecho de un sujeto sobre una cosa de manera directa e inmediata como consecuencia de una relación jurídica. Esta dominación recae sobre la titularidad, utilización o disfrute de los bienes económicos. Considera derecho real tanto a la dominación total sobre la cosa, como a la dominación más limitada o parcial sobre la misma.

Dentro de los derechos reales como concepto general podemos distinguir dos bloques:

En primer lugar nos encontramos con el derecho de propiedad, con este derecho el sujeto abarca todas las utilidades de la cosa, es decir, este derecho reconoce a su titular el máximo grado de poder sobre una cosa. Implica el derecho a usar la cosa, el derecho a percibir los frutos de ella y el derecho a disponer de ella.

Y en segundo lugar se encuentran los derechos reales limitados conocidos por la doctrina así o como derechos fraccionarios o derechos en cosa ajena<sup>1</sup> (iura in re aliena). En estos casos el sujeto solo tiene influencia sobre algunas utilidades de la cosa, es decir, no otorgan el pleno poder sobre la cosa.

Estos derechos reales limitados se clasifican a su vez en tres: derechos reales de goce, derechos reales de garantía y por último derechos reales de adquisición.

---

<sup>1</sup> En nuestro ordenamiento, sin embargo, no existen los derechos reales limitados sobre cosa propia, ya que los titulares de los dos derechos son el mismo, y en tal caso el derecho real limitado se extingue por consolidación.

De entrada nos encontramos con los derechos de disfrute, estos derechos proporcionan a su titular un beneficio extraído de la cosa, o alguna parcial utilidad.

En segundo lugar encontramos los derechos de realización del valor, en los cuales su titular es el acreedor de una prestación, y en caso de inejecución de tal prestación le permite realizar el valor de la cosa y pagarse con el producto obtenido por tal realización.<sup>2</sup>

Por último, aunque que formen parte de estos derechos ha sido discutido por la doctrina, existen los derechos de adquisición preferente, estos facultan a su titular para adquirir, con preferencia frente a cualquier otra persona, la propiedad de una cosa ajena, en caso de que su propietario decida enajenarla.

Los derechos reales de adquisición, en los cuales vamos a centrar este trabajo, dan la facultad a su titular de realizar la adquisición derivativa de una cosa excluyendo o desplazando a cualquier otro posible adquirente. La doctrina ha discutido la naturaleza real<sup>3</sup> o no real de estos derechos.

Tanto la opción de compra, como el tanteo y el retracto (derechos de adquisición preferente) han sido discutidos por la doctrina, a continuación vamos a manifestar estas controversias.

En el caso de la opción de compra, quien es titular de este derecho tiene la facultad de adquirir la cosa pagando el precio pactado con el concedente. La

---

<sup>2</sup> L. DÍEZ PICAZO/ A. GULLÓN, "*Sistema de derecho Civil. Derechos Reales en General*", Tecnos, Madrid, 2012. Octava Edición. Tomo 1.

<sup>3</sup> Características de los Derechos Reales: El derecho real se caracteriza por dos aspectos básicos, como son la inherencia y la exclusividad. En cuanto a la inherencia de los derechos reales, esto quiere decir que el titular de este derecho real puede obtener de la cosa el provecho correspondiente sin mediación de otra persona, es decir, de manera directa sin necesidad de terceros. El derecho real es oponible erga omnes.

La otra nota característica de los derechos reales es su exclusividad, es decir el titular de este derecho puede impedir a los demás cualquier influencia sobre la cosa en perjuicio de su derecho.

controversia tiene su origen en que la opción no puede hacerse efectiva frente a terceros y no concede un derecho inmediato y directo sobre la cosa.

Pero estos argumentos con los cuales podríamos creer que la opción de compra no se trata de un derecho real, ya que no cumple sus principales características, ha quedado contradicha con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. Este artículo permite la inscripción de la opción de compra en el Registro de la propiedad, siempre que se cumplan unos requisitos mencionados en dicho precepto. Cuando este derecho se inscribe (ya que cumple los requisitos), la opción ya no sólo puede ser ejercitada frente al concedente, sino también frente a terceros adquirentes del inmueble, este es un signo de que se puede tratar de un derecho real, con lo cual dependiendo lo que entendamos por derecho real habrá quien lo considere como tal y quién no. El derecho inscrito puede ser ejercitado hacia terceros, pero sigue sin darnos un poder directo e inmediato sobre la cosa.

En cuanto al tanteo y retracto, quien es titular de estos derechos tiene la facultad de adquirir la cosa, cuando el propietario de la misma decide venderla (tanteo) o cuando la ha enajenado a un tercero (retracto).

Existe, al igual que con el derecho de opción de compra, una división de la doctrina. Algunos entienden que debido a que el titular de estos derechos puede hacerlos efectivos no solo contra la persona a quien el propietario ha enajenado la cosa, sino también frente a los sucesivos adquirentes de ella, estos derechos tienen carácter real.

Sin embargo, otro sector de la doctrina entiende, como sucedía con la opción de compra, que debido a que estos derechos no confieren a su titular poder directo e inmediato sobre la cosa, no podemos hablar de que tengan naturaleza real.

Una vez localizados los derechos de adquisición preferente en nuestro sistema de normas, en los sucesivos capítulos vamos a estudiarlos en profundidad.

## CAPÍTULO II. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

### 1. CONCEPTO

Los derechos de adquisición preferente no aparecen regulados en el Código Civil. Sólo aparecen reflejados en los artículos 1.507 a 1.525 que se encuentran dentro del Título IV, Capítulo VI titulado “De la resolución de la venta”. En donde se trata del retracto convencional (Sección primera) y del retracto legal (Sección segunda). El derecho de opción no aparece reflejado.

Estos derechos dotan a quien es su titular de la facultad de adquirir preferentemente, la propiedad de la cosa cuando su propietario decida enajenarla. Esta preferencia permite desplazar a otro posible adquirente y afecta tanto a quien es propietario actualmente como a futuros adquirentes de la cosa.

Los derechos de adquisición preferente se dividen en dos tipos: los que aparecen regulados en la ley que se denominan derechos de adquisición preferente legal y en segundo lugar los que tienen su origen en un acuerdo de las partes, que se denominan derechos de adquisición preferente convencional.

DÍEZ- PICAZO y GULLÓN definen los derechos de adquisición preferente como los que “confieren a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica (arrendatario, enfiteuta, colindante, etc.) la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderla, o cuando la ha enajenado a un tercero, respectivamente. (...) El titular de estos derechos puede hacerlos efectivos no únicamente contra el propietario o contra la persona a quien ha enajenado, sino también frente a los sucesivos adquirentes de ellos si se dan las consideraciones prevenidas legalmente”.<sup>4</sup>

También define estos derechos ALVAREZ CAPEROCHIPI, este autor lleva al límite el concepto de DÍEZ-PICAZO y entiende que “los derechos reales de adquisición preferente, no otorgan derecho sobre una cosa, sino derecho a

---

<sup>4</sup> L. DÍEZ PICAZO/ A. GULLÓN, “*Sistema de derecho Civil. Derechos Reales en Particular*”, Tecnos, Madrid, 2012. Octava Edición. Tomo 2.

adquirirla frente a terceros; la opción es, en todo caso, un derecho a perfeccionar un contrato de compraventa y no un derecho real sobre la cosa; la adquisición de la propiedad mediante la opción exige la efectiva puesta de la cosa en posesión del optante (traditio)<sup>5</sup>. Esto no quiere decir que la opción consista en una adquisición sin tradición, lo que se quiere decir es que la opción es un derecho real limitado a adquirir el dominio mediante tradición, pero sin necesidad de prestación del titular del dominio gravado.

Díez-Picazo y Gullón determinan que estos derechos pueden hacerse efectivos frente a futuros adquirentes y no solo frente al actual propietario, por lo tanto permiten dirigirse hacia terceros lo cual es un rasgo característico de los derechos reales, sin embargo no otorgan a su titular un poder inmediato y directo sobre la cosa. Si tenemos en cuenta el concepto clásico de derecho real, sería imprescindible este poder directo e inmediato sobre la cosa, con lo cual no se trataría de derechos reales. Por lo tanto dependiendo lo que se entienda por derecho real, se encuadraran estos derechos de adquisición como derechos reales o no.

TORRES LANA lo entiende como un derecho subjetivo, pero de naturaleza personal “lo que no impide su inscripción, por expresa concesión positiva, como por ejemplo, ocurre también con el arrendamiento”.

Debido a que tienen eficacia erga omnes, pero no otorgan poder directo e inmediato sobre la cosa, existen dudas acerca del carácter real de estos derechos.

Tales derechos son el tanteo, el retracto y la opción.

## **2. ORIGEN LEGAL Y CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE**

---

<sup>5</sup> J.L. LA CRUZ BERDEJO / F. SANCHO REBULLIDA / A. LUNA SERRANO / J. DELGADO ECHEVARRÍA / F. RIVERO HERNÁNDEZ / J. RAMS ALBESA, “*Derechos Reales Limitados. Situaciones de cotitularidad*”, Dykinson, Madrid, 2004. VOLUMEN SEGUNDO.

Como hemos dicho anteriormente los derechos de adquisición preferente pueden tener origen legal o convencional. Los que aparecen regulados en la ley que se denominan derechos de adquisición preferente legal y por otra parte los que tienen su origen en un acuerdo de las partes, se denominan derechos de adquisición preferente convencional. El tanteo y el retracto, tienen origen legal. Sin embargo, el derecho de opción ha aparecido mucho más tarde y su origen es convencional, por acuerdo de las partes, así como lo es el retracto convencional.

En nuestro sistema se permite que los particulares, convencionalmente, pacten entre ellos derechos de adquisición preferente, ya que en Derecho español rige el sistema de numerus apertus (lista abierta) respecto de los derechos reales.

### **3. TIPOS DE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.**

Existen dos bloques diferenciados dentro de los derechos de adquisición preferente:

- 1) LA OPCIÓN DE COMPRA: es una facultad que se le da al comprador, o a una persona con independencia de cualquier otro negocio y circunstancia, la cual permite obligar al propietario de la cosa, a venderla al optante en determinado precio.
  
- 2) EL TANTEO Y EL RETRACTO: nacen con ocasión de la venta de una cosa, y dan facultad a su titular para sustituir al adquirente (en el caso del tanteo) o subrogarse en la posición del adquirente (en el caso de retracto) de la cosa, pagando su precio. El autor ROCA SASTRE, entiende que el tanteo y el retracto más que dos derechos son dos fases del mismo derecho. Los considera un mismo derecho, que se divide en dos fases. Esta misma opinión defiende el autor JAVIER TALMA, el tanteo y el retracto están separados temporalmente, pero son dos partes de un mismo derecho.

#### **4. DIFERENCIAS DEL TANTEO Y EL RETRACTO CON LA OPCIÓN**

Existen varias diferencias entre la opción y el tanteo y retracto.

En primer lugar en el caso del tanteo y el retracto, la situación es provocada por el propietario, y es en el momento en que el propietario quiere vender cuando el titular de estos derechos ejercita su preferencia. En el caso de la opción la situación no es provocada por el propietario, sino que se da cuando el propietario está disfrutando de la cosa sin transferirla.

En segundo lugar en el caso del tanteo y retracto el precio de la cosa se determina por lo que otro ha pagado o está dispuesto a pagar por ella, y solo se fija este precio en el momento de vender la cosa. Sin embargo, el precio en la opción se fija o se dan los datos para su fijación por un contrato o por la ley, y se fija al crear tal derecho.

Y por último se diferencian en que el tanteo y retracto tienen origen legal y la opción voluntario, es decir, se pacta entre las partes.

Una vez conceptualizados estos términos, vamos a estudiar con detenimiento los distintos tipos de derechos de adquisición preferente; opción, tanteo y retracto.

### **CAPÍTULO III. LA OPCIÓN**

#### **5. CONCEPTO**

La opción es un contrato entre dos partes (optante y concedente) por el cual una de ellas adquiere sobre la otra el derecho, pero no la obligación, de comprarle o de venderle la cosa a un determinado precio, en un momento futuro.

DÍEZ – PICAZO entiende que “la opción es la facultad que el propietario de una cosa concede a otro para adquirirla, pagando el precio establecido y lo demás que se hubiese estipulado.”<sup>6</sup>

## **6. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO DE OPCION**

Con el derecho de opción el titular del mismo no tiene poder directo e inmediato sobre el bien, y esta no puede hacerse efectiva frente a un tercero que ha adquirido la cosa, ya que en ese caso el concedente no habría respetado su obligación de no enajenarla mientras estuviese vigente el plazo para su ejercicio.

En caso de que un tercero haya adquirido la cosa estando vigente el plazo para su ejercicio por el titular de la opción, el propietario tendrá una responsabilidad por incumplimiento, con lo cual, el optante puede, justa y fundadamente, demandar al concedente de la opción. Esto aparece reflejado en Sentencias tales como la SS. 23 marzo 1945, 10 julio 1946, 22 junio 1966, 17 noviembre 1966 y 22 mayo 1981, las cuales apuntan que “la opción de compra es un contrato en virtud del cual una persona se compromete a vender a otra, bien para sí o para un tercero, una determinada cosa, siendo, en realidad, el optatario el que queda unilateralmente vinculado hasta que decida el optante”, es decir, determina que la opción le da la facultad al optante de aceptar en el plazo señalado para la oferta de venta, y de esta manera vincula al propietario, que no puede vender durante este plazo, ya que la relación jurídica se lo impide.

Durante la vigencia de la opción el optatario debe mantener la oferta y dada su vinculación, facilitar su ejecución cuando se ejercita, con lo que se le prohíbe hacer todo aquello que puede frustrar su efectividad, estos argumentos los sostenemos en sentencias tales como, SS. 22 diciembre 1995, 21 julio 1995 y 24 abril 1995. Existiendo un contrato de opción vigente, en el momento de la aceptación, y la posterior compraventa no es posible la participación de un

---

<sup>6</sup> L. DÍEZ PICAZO/ A. GULLÓN, “*Sistema de derecho Civil. Derechos Reales en Particular*” Ob. Cit.

tercero ajeno a la relación de opción, ya que esto frustraría la ejecución de este derecho y este no se celebraría de forma eficaz y vinculante (SS. 17 diciembre 1959, 9 febrero 1965, 5 octubre 1965, 24 octubre 1990 y 24 febrero 1993).

Cuando el titular de la opción reciba la cosa, la misma debe estar en las mismas condiciones en las que estaba en el momento de llevarse a cabo el pacto.

El derecho de opción de compra puede establecerse con naturaleza personal, se tratara entonces de una promesa de venta, aceptada mediante contraprestación (contrato bilateral) o sin ella (unilateral), (SS 23 marzo 1954, SS 18 enero 1948). Este contrato de opción puede ser oneroso o gratuito.

Si no existe pacto en contrario, este derecho es transmisible por cualquier título, aunque hay sentencias como las SS 6 marzo de 1973 y 6 noviembre de 1989 que determinan que es necesario el consentimiento del promitente. Esta cuestión es discutible, ya que existen sentencias contrapuestas. Existe jurisprudencia que determina que es transmisible y en otra que defiende que este derecho equivale a un contrato de compraventa, y por lo tanto es intransferible, a no ser que se cuente con el consentimiento del concedente. En caso de que exista este consentimiento entre concedente y concesionario, la cesión puede existir.

## **7. OPCIÓN DE COMPRA Y OPCIÓN DE VENTA**

Existen dos tipos de derecho de opción, la opción de venta y la opción de compra. Nos encontramos ante un caso de opción de compra cuando, el concedente de este derecho está obligado a vender la cosa, y es el optante el que decide si quiere comprar.

Sin embargo, cuando el optante está obligado a comprar y es el concedente quien elige entre vender o no vender, nos encontramos ante una opción de venta.

### **3.1 La opción de compra**

Como hemos dicho anteriormente la opción de compra ocurre cuando el concedente del derecho está obligado a vender la cosa, y es el optante el que decide si quiere comprar. El concedente desde que se perfecciona el derecho de opción de compra, queda vinculado por su consentimiento a la compraventa, no puede revocarlo, debe mantener esa concesión durante el plazo señalado y cumplir las demás exigencias derivadas del principio de buena fe, absteniéndose de realizar cualquier conducta que frustre o menoscabe el derecho del optante (artículo 1258 del Código Civil).

Los elementos que integran el contrato de opción de compra han sido determinados por el TS. La jurisprudencia se ha puesto de acuerdo en que debe entenderse por opción de compra, aquel convenio por virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1992 , y 18 de mayo de 2005, determinan que constituyen sus elementos principales, la concesión al optante de la facultad de decidir unilateralmente respecto a la realización de una compra, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y la concreción del plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima.

### *3.1.1 Partes de la opción de compra*

En la opción de compra podemos diferenciar dos partes: el optante y el concedente.

El optante: acepta el derecho y es el encargado de consentir en el futuro la compraventa. El optante no queda obligado a la compraventa, sino que será al ejercitar la opción, cuando recaiga su consentimiento o no, a la perfección de la compraventa. No podrán contratar una opción de compra todos aquellos que

no puedan convenir una compraventa, porque estén sujetos a una prohibición de comprar (artículos 221.3 y 1459 del Código Civil).

El concedente es el vendedor en la compraventa. Este se vincula a la futura venta, sin que pueda hacer nada para frustrarla, y sin que dependa de su voluntad el que esta se lleve a cabo o no. Por lo tanto, es necesario que en el momento en que se pacta la opción de compra el concedente ostente ya la capacidad para vender ese bien.

### *3.1.2 Plazo*

El contrato de opción de compra debe señalar un plazo para el ejercicio del derecho de opción. Se trata de un plazo de extinción del propio derecho, de manera que, una vez transcurrido el derecho ya no puede ejercitarse y el contrato de opción se extingue. Es decir, si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa, pero si no se ejercita la opción en el plazo previsto, queda caducada, esto aparece reflejado en Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo y 18 de junio de 1993, 24 de mayo y 30 de junio de 1994 , 14 de febrero de 1997 , y 11 de abril y 14 de noviembre de 2000.

Cuando las partes no señalen este plazo se considerará el del art 1128 CC, que determina que los tribunales pueden fijar su duración.

### *3.1.3 La prima*

El contrato de opción de compra puede contener como elemento convenido por las partes la entrega de una prima o precio de la opción. La introducción de la prima en el contrato modifica las características de este contrato ya que lo convierte en oneroso y bilateral.

La prima se interpone como contraprestación por la concesión al optante del derecho de opción, es decir, por tener el concedente su consentimiento vinculado a la voluntad del optante. STS sala de lo penal 14 marzo de 2003 afirma que “contrato no lucrativo sino oneroso pues oneroso es el contrato de opción de compra retribuida ya que la retribución tiene como contraprestación la obligación de la otra parte (futura vendedora) de reservar el objeto a

enajenar para el futuro comprador sin estarle permitido buscar otros posibles adquirentes con precio más favorable”.

La entrega de la prima por parte del optante es independiente de que con posterioridad se ejercite o no la opción y se perfeccione la compraventa. En el caso de que el optante no ejercite la opción el concedente conserva la prima que el optante pierde (STS 17 mayo 1993) aunque se hubiese pactado que esta prima se descontaría del precio de la compraventa.

Esta prima modifica el carácter unilateral del contrato de opción de compra. La prima lo transforma de unilateral a bilateral y también de gratuito en oneroso (SSTS 23 marzo de 1945 y 28 mayo de 1976, 29 marzo de 1993, 24 junio de 1999, 18 de Junio de 1993 y 29 de Octubre de 1993, así como la sentencia del 14 de febrero de 1997).

## **8. NATURALEZA REAL DEL DERECHO DE OPCIÓN**

El Derecho de opción puede establecerse con naturaleza personal, pero si existen determinadas circunstancias, y se inscribe en el Registro de la propiedad, puede tener naturaleza real (R27 marzo 1947, 13 diciembre 1955, 7 septiembre 1982, SS 4 diciembre 1953.)

El artículo 14 del Reglamento Hipotecario dispone que "Será inscribible el contrato de opción de compra... siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

1. Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
2. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso el que se hubiere convenido para conceder la opción.
3. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años".

Así pues, el contrato de opción de compra, una vez elevado a escritura pública en la que consten los requisitos reseñados, puede acceder al Registro de la Propiedad, y tendrá naturaleza real.

Al respecto de que se pueda tener naturaleza real existen opiniones controvertidas, así como jurisprudencia que apoya o se muestra contraria a esta afirmación. Cierta jurisprudencia entiende que si se tratase de un derecho real, este sería inscribible en el Registro sin necesidad de los requisitos complementarios (S.29 octubre 1989). Sin embargo otra sentencia del año 1997 (STS 13 febrero 1997) defiende la naturaleza real del derecho de opción de compra, entiende que al igual que antes de estar inscrita en el Registro de la Propiedad (Sentencia de 9 octubre 1987), se trata de un derecho personal y no real, una vez inscrita, y cumpliendo los requisitos que dispone el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, esta pasa a tener naturaleza real. En el mismo sentido esta teoría es apoyada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 diciembre 1978, que entiende, al igual que la sentencia citada anteriormente, que el derecho de opción de compra puede constituirse como derecho real, con eficacia oponible derivada de su inscripción registral, siempre que se cumplan los requisitos que para su publicidad se establecen en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario (RR.27 marzo de 1947, 13 diciembre 1955, 7 septiembre 1982. SS 4 diciembre 1953 y 29 de enero 1986).

Una vez mencionado el artículo 14 debemos determinar si un derecho de opción no inscrito es posible que tenga naturaleza real. La mayoría de la doctrina entiende que esto no es posible ya que a la opción no se la puede dotar de eficacia erga omnes si no se la dota de la publicidad registral.

Pero existen autores, que entienden que esto si es posible, JAVIER TALMA CHARLES, en su monografía sobre el contrato de opción, defiende la opción de compra como un derecho real y unitario. Defiende que se trata de un derecho unitario, es decir, no se divide en dos contratos diferenciados.

En cuanto a la naturaleza real del derecho de opción de compra sin necesidad de ser inscrita, lo argumenta en base a estos puntos:<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> TALMA. J “La adquisición preferente: análisis de su replanteamiento sistemático” *“Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias”*, Thomson, 2008 (Coordinador: Javier Gómez Gállico). Página 339 a 366.

“En primer lugar defiende que la opción de compra es un derecho real derivado de un retracto convencional. Esta afirmación la apoya en los artículos 1505 y ss CC y en los artículos 1510 y 1520 del Código Civil. Y explica que si entendemos que el retracto convencional es un tipo de opción constituida por vía de reserva<sup>8</sup>, en este caso tiene el mismo carácter real que el retracto convencional.

En segundo lugar hace mención al artículo 14 RH, el cual hemos citado anteriormente, este precepto determina que el derecho de opción una vez que se inscribe tiene carácter real. Parte de la doctrina determina que la inscripción de la opción tiene carácter excepcional, a lo que este autor replica que si por excepción se puede inscribir esto debería ser regulado por la LH y no por la RH y también determina que en caso de que se tratase de un derecho personal y no de un derecho real, se debería anotar y no inscribir en el registro.

Otro de los argumentos en los que basa su afirmación es en la Ley 460 de la Compilación de Navarra, la cual entiende por real el derecho de opción. Y si se entiende así en Navarra se debería entender así en todas las CCAA de nuestro país.

Por último, JAVIER TALMA cree que el problema no es tanto la naturaleza real del derecho de opción, sino que este pueda funcionar como tal en la práctica jurídica. Pero el autor sosteniendo la autonomía de la voluntad del art 1255, el principio de números apertus de los derechos reales art 2.2 LH y 2 RH y existiendo una causa justa digna de protección configurar dicho derecho con carácter real no tiene por qué calificarse como un anatema jurídico.

El que la gente no lo considere como un derecho real tiene que ver con su eficacia erga omnes. Por lo tanto defiende que el optante en una opción de compra adquiere no a título de compraventa sino a título de opción. A este tipo de opción él la denomina opción adquisitiva, la cual puede tener carácter real (opción de compra) o personal (opción de arrendamiento).

---

<sup>8</sup> “Opción constituida por vía de reserva: el dueño de la cosa se la transmite a un tercero, que adquiere; pero en este mismo negocio el antiguo dueño se reserva un derecho de opción para readquirir, eventualmente, aquella cosa transmitida” (Charles, 2008).

Por lo tanto entiende, que una vez reconocido el carácter real de la opción de compra en algunos supuestos, hay que modificar la relación de los mismos, es decir las etapas de la opción de compra:

- Un primer momento de formalización del negocio de opción
- Un segundo momento representado por el ejercicio unilateral de la opción y la consiguiente automática y simultánea perfección del contrato definitivo, instante a partir del cual, nacerán las obligaciones derivativas de este último contrato.

Por lo tanto se debería entender la opción de compra como un único negocio, que genera desde el principio un derecho real, derecho real que contiene dentro de sí una facultad de persecución.”

Con lo cual, existen opiniones controvertidas, en cuanto a la naturaleza del derecho de opción de compra. Parte de la doctrina entiende que no sería suficiente la voluntad de las partes para configurar la naturaleza del derecho de opción como derecho real, sino que se requeriría la efectiva inscripción en el Registro de la Propiedad, es decir la publicidad registral. Otros autores entienden que la opción de compra tiene naturaleza real sin necesidad de esa inscripción registral.

Una vez expuesto el derecho de opción, pasamos a estudiar los derechos de tanteo y retracto.

## **CAPÍTULO V. EL TANTEO Y EL RETRACTO**

### **1. CONCEPTOS DE TANTEO Y RETRACTO**

En primer lugar vamos a definir lo que se entiende por tanteo. El derecho de tanteo es la facultad de que goza una persona para adquirir preferentemente una cosa que va a ser enajenada a un tercero, abonando la misma cantidad y en las mismas condiciones pactadas entre el transmitente y el tercero. Es anterior a la venta.

Por otra parte, el derecho de retracto, es la facultad de la que goza una persona para adquirir preferentemente una cosa reconocida a su titular para que, abonando el precio, deje sin efecto la transmisión realizada en favor de un tercero. Es posterior de la venta.

Díez- Picazo entiende por tanteo “el tanteo faculta para adquirir una cosa antes que otro, pagando el precio que este daría. Limita el ius disponendi de propietario, pero solo en el sentido de que no es libre de vender a quien quiera”<sup>9</sup>.

Por lo tanto el tanteo opera antes de la venta, sin embargo el retracto faculta para adquirir la cosa después de enajenada, y de manos del adquirente.

El retracto aparece definido en el Código Civil, en su artículo 1521 según el cual “el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”. Por lo tanto el retrayente, no resuelve la venta entre el propietario y el adquirente. De ser así, aquel volvería a recuperar el dominio de la cosa, y lo cierto es que el que retrae adquiere siempre del comprador.

Esta subrogación cuenta con muchas dificultades, ya que la jurisprudencia entiende que la venta ha de estar consumada, es decir, en dominio del comprador, para que el derecho de retracto se pueda llevar a cabo. Esto aparece recogido en Sentencias como las SSTS del 2 junio 1950, 5 febrero 1952, 20 febrero 1978 y 6 junio 1988 entre otras, las cuales afirman que “el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se transmita la propiedad de la finca, haya sido consumado [...] la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica”.

El tanteo y el retracto no tienen por qué ir siempre unidos, aunque varios autores entienden que son dos fases de un mismo derecho. Existen varios

---

<sup>9</sup> L. DÍEZ PICAZO/ A. GULLÓN, “*Sistema de derecho Civil. Derechos Reales en Particular*” Ob.Cit.

casos en los que se concede exclusivamente un derecho de retracto, no de tanteo. Sin embargo en todos los casos, el titular del derecho de tanteo es siempre titular del retracto, esto es así para los casos en los que no se haya podido llevar a cabo su derecho de tanteo, ya que el propietario indica que va a vender a un precio y el titular del derecho de tanteo no lo lleva a cabo, y posteriormente el propietario vende a un precio inferior al proyectado anteriormente.

## **2. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE TANTEO Y RETRACTO**

Estos dos derechos, tienen en común que su titular adquiera la cosa con preferencia a terceros. Su única diferencia radica en el momento temporal en que la acción se lleva a cabo.

El tanteo consiste en la facultad de adquirirla antes que lo haga otro, cuando la enajenación se encuentra meramente proyectada. El tanteo se ha de ejercitar, de forma precisa, antes de que la enajenación se haya consumado o hecha efectiva. Para que la figura del tanteo tenga efectividad jurídica la ley obliga al dueño a comunicar al titular del tanteo el proyecto de enajenación con sus circunstancias (precio), de no hacerse tal notificación el tanteo persiste y se ejercita frente a la enajenación ya realizada, cobrando figura similar al retracto. El autor ROCA SASTRE denomina a estas dos fases de un mismo derecho, tanteo de preadquisición y tanteo de postadquisición.

Sin embargo, el retracto, supone ejercitar la facultad de preferencia adquisitiva una vez que la enajenación ya ha sido realizada. El titular del retracto (retrayente) se sitúa o coloca en la misma posición que el tercer adquirente, manteniéndose el resto de circunstancias y condiciones de la enajenación realizada entre propietario y tercero. El retracto entra en juego una vez consumada la enajenación entre propietario y tercero.

## **3. EL RETRACTO LEGAL**

Como ya dijimos anteriormente los derechos de adquisición preferente apenas aparecen regulados en nuestro Código Civil. El retracto si aparece regulado en él, y a continuación vamos a estudiar cómo funciona.

### **3.1 Concepto**

Entendemos por retracto legal el derecho de subrogarse con las condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del tercero que adquiere la cosa por compra o dación en pago.

### **3.2 Plazo de ejercicio**

El plazo de ejercicio del retracto legal aparece recogido en el artículo 1524 del Código Civil “no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el registro, y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta”. Como conocimiento de la venta debemos entender a un conocimiento completo tanto de la venta como de sus condiciones, no bastando la mera notificación de haberse efectuado (Ss. De 18 noviembre de 1971, 20 febrero de 1975 y 26 mayo de 1982).

Estos nueve días comienzan a contar a partir de la inscripción registral, salvo que se acredite que con anterioridad conoció el retrayente la enajenación (Ss de 21 julio de 1993 y 7 de abril de 1997).

El plazo de ejercicio del retracto es de 9 días. Este plazo es de caducidad, no de prescripción, y en este cómputo no cuentan los días inhábiles, como se recoge en la SS de 14 noviembre de 1962 y 30 de Diciembre de 1982. El cómputo de este plazo es civil a partir de día siguiente a la inscripción (SS. De 2 abril y 15 de diciembre de 1956) respecto al cómputo del plazo para retraer cuando la cosa esta sometida a un proceso de ejecución, (ST de 18 marzo de 2009).

Debe el retrayente poseer una determinada cualidad jurídica (comunero, colindante, etc) y estar en posesión de ella en el momento en que se operó la tradición del bien que se quiera retraer (S. 5 de diciembre de 1981).

### **3.3 Cargas del retrayente**

El retrayente antes de que se lleve a cabo el retracto deberá asumir varios gastos. Estos gastos aparecen recogidos en los artículos 1518 y 1525 del

Código Civil, en ellos se determina que “el retrayente no podrá hacer uso del retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además 1º los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta 2º los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida”.

El retrayente no ha de abonar los intereses legales del precio que el retraído pago (S. 14 abril 1989). El precio por el que se ha de retraer es el realmente satisfecho y no el escriturado, si este es simulado (Ss. De 12 junio de 1984, 30 abril de 1991 y 14 julio de 1994).

### **3.4 Procedimiento para ejercitar el retracto**

En un primer momento, el procedimiento para ejercitar el retracto estuvo regulado en la LEC de 1881 en los artículos 1618 a 1630. Esta ley fue derogada por la LEC de 2000.

La LEC de 2000 regula la acción de retracto por las reglas generales del juicio declarativo ordinario. Con la disimilitud de que al presentarse la demanda han de presentarse también los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funde la demanda de retracto, con el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto al precio se conociere, como se recoge en el artículo 266.3º.

Como determina la sentencia de 14 de abril de 1989, entre lo que abona el retrayente no se finiquitan los intereses legales del precio.

Varias sentencias, como la Sentencia del 17 junio de 1997 determinan que el retracto solo es posible ejercitarlo contra el último adquirente de la cosa, este posee eficacia erga omnes.

Alguna jurisprudencia, como la SS 24 Mayo de 1986 entienden que no solo ha de demandar al que tiene la cosa objeto de litigio en su poder, sino también a los anteriores adquirentes, pero esta teoría no tiene sentido si tenemos en cuenta que el retracto no resuelve ninguna transmisión. El último adquirente es el único que lo debe soportar como si hubiere sido el antiguo propietario de la cosa.

### **3.5 La adquisición por el retrayente**

El titular del derecho de retrato como determina la SS del 14 de junio de 2004, cuando adquiere la titularidad de la cosa, esta debe estar en el mismo estado en el que estaba en el momento que se llevó a cabo la compraventa que dio origen al retracto.

En consecuencia, si el adquirente retraído realiza actos de disposición sobre la cosa tras haberla adquirido y antes de producirse el retracto, serán ineficaces y se cancelaran las inscripciones que hayan podido producir en el Registro de la propiedad (ST 9 septiembre de 2008).

## **CAPÍTULO VI. DERECHOS LEGALES DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL CÓDIGO CIVIL.**

En el código civil aparecen regulados ciertos derechos de adquisición preferente como son:

### **5. RETRACTO DE COMUNEROS**

El artículo 1522.1º recoge que <sup>10</sup> para acabar con la comunidad, se faculta al comunero para usar del retracto cuando se enajena a un extraño la parte de todos los demás o de alguno de ellos. Se entiende por extraño, a quien no forma parte de la comunidad.

Los restantes copropietarios no tienen derecho de retracto alguno, tiene que ser un extraño. Existe conformidad doctrinal sobre la conclusión de que los comuneros pueden ejercitar el derecho de retracto tanto respecto de cosas muebles cuanto inmuebles.

A pesar de que sentencias como la STS 11 Junio de 1951 entiende que el retracto de comuneros solo puede ser ejercitado por uno de los copropietarios, en el caso de que sean más de uno los comuneros, el segundo párrafo del

---

<sup>10</sup> Artículo 1522.1º CC “*el copropietario de una cosa común podrá usar el retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos*”.

artículo 1522 establece que “cuando dos o más propietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común”. Con lo cual es posible que los comuneros actúen en conjunto o que actúe uno de ellos en representación de varios, o cada uno por separado. En caso de colisión entre varios comuneros, como determina el artículo 1522 será de aplicación el prorrateo, o en caso de que la acción solo sea interpuesta por uno de los condóminos se produce un derecho de acrecer en favor del ejerciente, como advierte G. GARCÍA CANTERO. En caso de conflicto, el retracto de comuneros excluye el de colindantes.

El termino enajenación abarca exclusivamente la venta o dación en pago (art.1521).

Por lo tanto la finalidad de este retracto, tal como recoge la STS de 28 de diciembre de 1963 es “evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños, o en otros términos, la función económico-social que en el supuesto de comunidad cumple el retracto es la de disminuir el número de partícipes y aun eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva”.

La STS del 21 de abril de 1965 entiende también que la finalidad es evitar este fraccionamiento, extinguiéndolo o reduciendo el número de sus titulares.

Para acabar, cabe indicar que el retracto de comuneros no es posible utilizarlo para otra función que no sea esta, ya que como indica la STS 23 julio de 1991, en caso de querer utilizarlo para otra finalidad se desestimará, ya que “se utiliza para un fin que no le es propio”.

## **6. RETRACTO DE COLINDANTES**

El artículo 1523<sup>11</sup> recoge el retracto de colindantes. El retracto de colindantes procura dar remedio a la división excesiva de la propiedad rústica,

---

<sup>11</sup> Artículo 1523 Código Civil: *“También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.*

ya que se considera que su proliferación es antieconómica (esto se expone en Sentencias como la del 29 de octubre de 1985), para ello se concede el derecho de retracto a los propietarios de tierras colindantes cuando se trata de la venta (o dación en pago) de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea. Esta venta o dación en pago es necesario que se haga a otra persona que no sean los propietarios colindantes, ya que en caso de que la venta se haga a estos el retracto no tendrá lugar.

Para determinar que una finca es rústica la jurisprudencia entiende que debe estar situada en el campo y su aprovechamiento debe ser agrario. No se trataría de una finca rústica, cuando el propietario ha enajenado como solares partes de ella. Como expone el artículo 1523 este derecho no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

En la actualidad, podemos diferenciar dos tipos de retractos de colindantes. En primer lugar, nos encontramos con el retracto que recoge el Código civil en sus artículos 1523 y siguientes, los únicos requisitos para que este retracto se lleve a cabo es que la finca sea rústica y que no exceda de una hectárea, requisito que se aplica jurisprudencialmente con gran rigidez y justeza. El segundo tipo de retracto es el recogido en el artículo 27 de la Ley 19/1995 de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. Este artículo lo podremos aplicar cuando el retrayente sea titular de explotaciones agrarias, con fines de mercado y que en sí mismas constituyen una unidad técnico-económica (artículo 2 de la Ley 19/1995).

Los plazos de estos dos tipos de retracto son distintos, el recogido en nuestro Código Civil es de 9 días (STS 54 /1994 de 24 de febrero, declara constitucional el plazo), sin embargo el plazo del retracto recogido en la Ley

---

*El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.*

*Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite”*

19/1995 tiene un plazo de 1 año. La SAP de Navarra, sección 1ª, de 14 de mayo de 1998, determina que ambos plazos son queridos por el legislador, ya que los dos luchan contra el minifundismo. El retracto de nuestro código lo hace de una manera general, dentro de su competencia entra cualquier caso de propiedad de fincas rústicas. Sin embargo, el de la Ley 19/1995 hace referencia a la explotación agraria prioritaria.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo entiende que el retracto de colindantes solo se puede llevar a cabo cuando su finalidad sea luchar contra el minifundismo y mejorar la producción agrícola.

El tercer párrafo del artículo 1523 hace mención a la colisión de colindantes. Para que esta colisión exista es necesario que existan varios colindantes<sup>12</sup> y que ambos ejerciten su derecho de retracto al mismo tiempo. En este caso, tendrá preferencia el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida, y en caso de que las dos fincas fuesen iguales, el que primero lo haya solicitado.

## **7. RETRACTO DE COHEREDEROS**

El artículo 1067 dispone que “si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la participación, podrán todos o cualesquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal fin que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber”.

El plazo para llevar a cabo este retracto es de un mes, se trata de un plazo de caducidad. Este plazo comenzará a contar desde el momento en que el retrayente este enterado, sin ser necesario que se le notifique el negocio originador del retracto, esto aparece recogido en la SS del 3 de febrero de 1915.

---

<sup>12</sup> STS 17 junio 1947, esta sentencia determina que no es necesario acudir a las normas de la colisión de colindantes cuando uno de los dos colindantes ya tiene vedada su acción por el segundo párrafo del artículo 1523, o cuando la finca se vende a otro colindante.

Sin embargo, una vez realizada la partición, cualquiera de los coherederos puede vender los bienes que le hayan correspondido sin que los demás, por mucho valor afectivo que para ellos tengan, puedan ejercitar retracto alguno.

## **8. TANTEO Y RETRACTO EN LA ENFITEUSIS**

El tanteo y el retracto en la enfiteusis aparecen regulados en el artículo 1636<sup>13</sup>. Teniendo en cuenta este precepto se entiende que en la enfiteusis, tanto el dueño directo, como el del dominio útil, tienen derecho de tanteo y retracto cuando vendan o den en pago su derecho con el fin de reconstruir la unidad del dominio.

El tanteo se plasma en el artículo 1637, en este precepto se determina que para que se pueda ejercitar el tanteo es necesario dar cuenta de la enajenación proyectada y del precio definitivo. El plazo para llevar a cabo el tanteo es de 20 días siguientes al día en que se dio el aviso, pagando el precio que se acordó. Si no lo verifica, perderá este derecho, y la enajenación es susceptible de efectuarse. Si no se realiza el aviso, podrá ejercitarse el retracto hasta que transcurra 1 año, contado desde que la enajenación se inscriba en el registro de la propiedad (artículo 1639 Código Civil).

Al titular de la enfiteusis también se le concede un derecho de retracto, aun cuando no haya utilizado el derecho de tanteo. El plazo para llevar a cabo el retracto es de 9 días siguientes al otorgamiento de la escritura de venta. En caso de que la escritura de venta no se haya entregado en los 9 días siguientes al de su otorgamiento se entenderá que esta ha sido ocultada (art.1638 Código Civil), en este caso, estos 9 días contarán a partir de la inscripción en el Registro de la propiedad.

---

<sup>13</sup> Artículo 1636 Código Civil “Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica.

Esta disposición no es aplicable a las enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública.”

Por último el artículo 1640 del Código determina que el tanteo y el retracto también son posibles en las ventas judiciales. El tanteo se llevara a cabo dentro del término fijado en los edictos para el remate, pagando el precio que sirva de tipo en la subasta, y el retracto dentro de los 9 días siguientes al del otorgamiento de la escritura.

## **CAPÍTULO VII. DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.**

Los derechos de adquisición preferente también aparecen plasmados en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Estos aparecen recogidos en el artículo 22 de la Ley de 26/2005, de 30 de Noviembre, la cual, modifica la anterior Ley de Arrendamientos Rústicos del 26 de Noviembre de 2003.

Este artículo faculta al arrendatario para ejercer estos derechos antes de que el tercero, en su caso, pueda inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad.

El artículo 22 de esta ley recoge los derechos de tanteo y retracto del arrendatario. Del mismo puede obtenerse:

El nuevo propietario de la finca, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada.

También recoge este precepto que sólo podrán ser titulares del tanteo y del retracto los arrendatarios profesionales de la agricultura, entendiéndose por profesionales de la agricultura los que cumplen los requisitos que se recogen en el artículo 9.1, o entidades a las que se refiere el artículo 9.2 de la ley de arrendamientos rústicos.

De igual manera, se exponen los casos en los que se puede utilizar el derecho de retracto. Este derecho se puede llevar a cabo en dos casos:

- Cuando el propietario con obligación de notificar al arrendatario su propósito de enajenar e indicarle los elementos esenciales del contrato, no le ha notificado su propósito de enajenar y los elementos esenciales del contrato.
- También se podrá llevar a cabo este derecho cuando el propietario notifica la enajenación pero la transmisión se ha realizado en unas condiciones distintas de las notificadas.

Por otra parte, cuando no exista precio, el propietario debe hacer una estimación del que se estime justo, siguiendo unas reglas fijadas por este artículo. En caso de que el arrendatario no estuviese de acuerdo con el precio estimado, el precio será determinado por un perito elegido por ambas partes, y en caso de que esto no sea así el precio se determinará por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

Por último cabe añadir que tal artículo expone que el tanteo y el retracto operan en los supuestos de donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago, venta de la nuda propiedad, de porción determinada de la finca, o participación indivisa.

## **CAPÍTULO VIII. TANTEO Y RETRACTO EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.**

La ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de Noviembre, faculta al arrendatario con los derechos de tanteo y retracto. Estas figuras aparecen reguladas en los artículos 25 a 31 de dicha ley.

La Ley 4/2013 de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas, de 4 de junio de 2013, publicada en el BOE el 5/06/2013, modifica sustancialmente esta Ley de Arrendamientos Urbanos. Y esto afecta a la materia a la que hacemos mención ya que los artículos 25 y 27 han sido modificados.

Sólo en el caso de venta de la vivienda arrendada, el arrendatario tendrá derecho de adquisición preferente sobre la misma.

El arrendatario podrá ejercitar un derecho de tanteo sobre la finca arrendada en un plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión. Los efectos de la notificación prevenida en el párrafo anterior caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma, (artículo 25.2 LAU).

La regulación del derecho de retracto se realiza en el apartado 3 del artículo 25. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código Civil, el retracto procederá cuando no hubo notificación para tantear, o la enajenación se ha hecho sin que guarde con aquella notificación correspondencia. El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada (artículo 25.3 LAU)

El derecho de tanteo o retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento (artículo 25.4 LAU)

Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición, deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público (artículo 25.5 LAU).

Cuando la venta recaiga, además de sobre la vivienda arrendada, sobre los demás objetos alquilados como accesorios de la vivienda por el mismo arrendador a que se refiere el artículo 3, no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente sólo sobre la vivienda (artículo 25.6 LAU)

No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble. Si en el inmueble sólo existiera una vivienda, el arrendatario tendrá los derechos de tanteo y retracto previstos en este artículo (artículo 25.7 LAU).

A pesar de lo que determinan los apartados anteriores, las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente. En los casos en los que se haya pactado dicha renuncia, el arrendador deberá comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa (artículo 25.8 LAU). La STS de 14 de enero de 2015, fija como doctrina jurisprudencial que el fenómeno adquisitivo que se deriva del ejercicio de adquisición preferente del arrendatario de vivienda o local de negocios se produce cuando se realiza el pertinente pago a través de la consignación, según lo previsto en los artículos 1518 y 1521 del Código Civil.

Los artículos 26 a 30 recogen la suspensión, resolución y extinción del contrato y los arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

Y por último el artículo 31 determina que lo explicado en el artículo 25 será de aplicación a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

## **CAPÍTULO IX. COLISIÓN ENTRE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.**

### **4. COLISIÓN ENTRE TITULARES DE IDÉNTICO DERECHO DE RETRACTO.**

Los supuestos de colisión entre titulares del derecho de retracto aparece recogido en el Código Civil. Esta colisión se puede dar entre colindantes, coherederos o comuneros.

En el caso de los comuneros, el Código Civil entiende en su artículo 1522 párrafo 2, que cuando copropietarios quieran usar el retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

Cuando la colisión se da entre colindantes el artículo 1523 recoge en su tercer párrafo que cuando dos o más colindantes usan el retracto al mismo tiempo, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menos cabida, y si las dos tuvieran igual, el que primero lo solicite.

Cuando dos o más coherederos quieren hacer uso del derecho de retracto al mismo tiempo, se siguen las mismas reglas que en el de comuneros, es decir, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

## **5. COLISIÓN ENTRE TITULARES DE DERECHOS DE RETRACTO DISTINTOS**

Cuando lo que se ejercita a la vez es un derecho de retracto, pero estos derechos de retracto son distintos se dan los siguientes supuestos, todos ellos recogidos en el Código Civil:

El artículo 1542 determina que el retracto enfiteúutico prevalece sobre el retracto de comuneros. “Por tanto, si el dominio útil pertenece a variso proindiviso, enajenándose una porción indivisa de este dominio, los demás comuneros han de posponer su derecho de retrato del dueño directo sobre tal porción, cuando éste lo ejercita. Lo mismo para el supuesto directo en comunidad.”

Cuando existe una colisión de derechos distintos de retracto entre comuneros y colindantes, el artículo 1524 en su párrafo segundo determina que el retracto de comuneros excluye al de colindantes. Por lo tanto, si la “finca menor de una hectárea pertenece a varios, enajenándose una cota de la comunidad por un comunero, poseen los demás derecho a adquirirla con preferencia al colindante. Implícitamente se sostiene, pues, que el retracto de colindantes es operante no solo si se vende la finca por entero, sino también al enajenarse una cuota de la comunidad que al efecto se monte sobre ella.”

“Si el arrendamiento está sujeto a la Ley de 1994, el retracto es preferente, salvo el de retracto del condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el registro de la propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento (art.25.4).”

## **6. COLISIÓN ENTRE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y LOS REGULADOS EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.**

“La L.A.R de 2003 concede una preferencia absoluta a los distintos derechos de adquisición preferente frente a cualquier otro, salvo respecto del de colindantes del art. 1523, que prevalecerá cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente (art.22.6).”

## **CAPÍTULO X. EL TANTEO CONVENCIONAL**

El tanteo puede ser convencional, cuando lo han pactado las partes, es el que se pacta en un contrato., o legal (ej.: LAU, art. 25). Este tipo de tanteo es posible en virtud del principio de libertad contractual, pero origina cuestiones tales como la de eficacia frente a terceros y la de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El problema de su inscripción en el registro se une con el del *numerus apertus* o *numerus clausus* de los derechos reales a efectos registrales. Si el tanteo convencional se ajusta a el tanteo convencional, determinando la forma de su desenvolvimiento o ejercicio, el tiempo de duración del derecho de tanteo y el precio que haya de pagar el que tantea en función siempre de lo que ofrezca el tercero, no existe inconveniente para su inscripción (Resolución de 20 de septiembre de 1966).

Por lo tanto, quien quiera enajenar una cosa debe comunicar a quien tenga el derecho de tanteo las condiciones de la enajenación, especialmente el precio, para que éste pueda, si quiere, en un plazo determinado ejercer su derecho de tanteo adquiriendo el bien antes que cualquier otra persona.

## CONCLUSIONES

Una vez realizado este trabajo he podido observar ciertas lagunas y disconformidades entre la doctrina que me gustaría destacar:

En primer lugar, me gustaría puntualizar la poca regulación que el Código Civil brinda a los derechos de adquisición preferente. Este solo los menciona en los artículos 1507 a 1525, y únicamente aparecen regulados el retracto convencional y legal. Aparentemente el tanteo no aparece regulado, pero esto no es así, aparece mal nombrado al conceptualizar solo el retracto ya que la diferencia entre ellos consiste sencillamente en el momento temporal a que se refiere. Con lo cual en estos artículos aparecerían reguladas ambas figuras. Existe una gran laguna en cuanto al derecho de opción, del cual prescinde el Código civil y por lo tanto solo tendrá carácter convencional.

Por otra parte, he podido observar una división de la doctrina en cuanto a la naturaleza real de los derechos de adquisición preferente, parte de ella considera que se trata de derechos de naturaleza real ya que pueden ser oponibles hacia terceros, y otra parte considera que no se trata de derechos reales ya que no confieren a su titular poder directo e inmediato sobre la cosa.

En mi opinión dependerá de lo que entendamos por derecho real. Desde el punto de vista clásico, no lo serían, por cuanto en ningún caso otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa.

En el caso del derecho de opción la cuestión se complica, ya que a pesar de que el derecho de opción no confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa, se permite su inscripción en el Registro de la propiedad, siempre que cumpla ciertos requisitos. Una vez inscrito, se tratará de un derecho que puede ser ejercitado no sólo frente al concedente de la opción, sino también frente a los posibles terceros adquirentes de la cosa. Hay autores que entienden que solo tendrá naturaleza real en el momento en que se la dote de publicidad registral, y otros autores que entienden que la opción de compra tiene naturaleza real sin necesidad de esta inscripción. Cierta jurisprudencia entiende que si se tratase de un derecho real esta sería inscribible sin necesidad de cumplir los requisitos complementarios (SS 29 Octubre de 1989).

Otro aspecto discutible es la transmisión del derecho de opción, ya que existen sentencias que determinan que equivale a un contrato de compraventa y es intransferible a no ser que se cuente con el consentimiento del concedente, y existen otras sentencias que determinan que es transmisible, sin necesidad de ningún consentimiento. Yo soy más de la opinión de que equivale a un contrato de compraventa y por tanto, se necesitaría este consentimiento antes de transmitir tal derecho.

Por último me parece oportuno mencionar que con esta investigación considero que se han satisfecho los objetivos del trabajo, ya que se estudian cada uno de los derechos de adquisición de forma teórica, así como con apoyo jurisprudencial en cada uno de los puntos, para dar solidez a los argumentos en base a lo que ha dictado el Tribunal Supremo. Y creo que me ha servido para saber más acerca de esta temática ya que en la asignatura sólo pudimos estudiar estos conceptos por encima.

# ANEXO I

## ÍNDICE BIBLIOGRAFICO Y JURISPRUDENCIAL

### I. JURISPRUDENCIA

#### TRIBUNAL SUPREMO

- SS 3 febrero 1915.
- SS 23 marzo 1945
- SS 10 julio 1946
- SS 18 enero 1948
- SS 2 junio 1950
- SS 11 Junio 1951
- SS 5 febrero 1952
- SS 4 diciembre 1953
- SS 23 marzo 1954
- SS 2 abril 1956
- SS 15 diciembre 1956
- SS 17 diciembre 1959
- SS 14 noviembre 1962
- SS 28 diciembre 1963
- SS 9 febrero 1965
- SS 21 de abril 1965
- SS 5 octubre 1965
- SS 22 junio 1966
- SS 17 noviembre 1966
- SS 18 noviembre 1971
- SS 6 marzo 1973
- SS 20 febrero 1975
- SS 28 mayo 1976
- SS 20 febrero 1978
- SS 22 mayo 1981
- SS 5 diciembre 1981
- SS 26 mayo 1982

- SS 30 diciembre 1982
- SS 12 junio 1984
- SS 29 enero 1986
- SS 24 Mayo 1986
- SS 9 octubre 1987
- SS 6 junio 1988
- SS 6 noviembre 1989
- SS 29 octubre 1989
- SS 14 abril 1989
- SS 24 octubre 1990
- SS 23 julio 1991
- SS 26 septiembre 1991
- SS 30 abril 1991
- SS 13 noviembre 1992
- SS 24 febrero 1993.
- SS 17 de marzo 1993
- SS 18 de junio 1993
- SS 17 mayo 1993
- SS 29 marzo 1993
- SS 21 julio 1993
- SS 24 febrero 1994
- SS 24 mayo 1994
- SS 30 junio 1994
- SS 14 julio 1994
- SS 22 diciembre 1995
- SS 21 julio 1995
- SS 24 abril 1995
- SS 13 febrero 1997
- SS 14 febrero de 1997
- SS 7 abril 1997
- SS 24 junio 1999
- SS 11 abril 2000
- SS 14 noviembre 2000
- SS 14 marzo 2003
- SS 14 junio 2004
- SS 18 mayo 2005
- SS 9 septiembre 2008
- SS 18 marzo 2009
- SS 14 enero 2015

## REGLAMENTOS

- RR 27 marzo 1947
- RR 13 diciembre 1955
- RR 20 septiembre 1966
- RR 7 septiembre 1982
  
- RR 6 octubre 1998.
- RR 14 febrero 2003
- RR 27 marzo 2003
- RR 15 abril 2003
- RR 24 abril 2003
- RR 27 mayo 2003
- RR 29 mayo 2003

## II. BIBLIOGRAFÍA

- J.L. LA CRUZ BERDEJO / F. SANCHO REBULLIDA / A. LUNA SERRANO / J. DELGADO ECHEVARRÍA / F. RIVERO HERNÁNDEZ / J. RAMS ALBESA, *“Derechos Reales. Posesión y propiedad”*, Dykinson, Madrid, 2000. VOLUMEN PRIMERO
- J.L. LA CRUZ BERDEJO / F. SANCHO REBULLIDA / A. LUNA SERRANO / J. DELGADO ECHEVARRÍA / F. RIVERO HERNÁNDEZ / J. RAMS ALBESA, *“Derechos Reales Limitados. Situaciones de cotitularidad”*, Dykinson, Madrid, 2004. VOLUMEN SEGUNDO.
- L. DÍEZ PICAZO/ A. GULLÓN, *“Sistema de derecho Civil. Derechos Reales en General”*, Tecnos, Madrid, 2012. Octava Edición. Tomo 1.
- L. DÍEZ PICAZO/ A. GULLÓN, *“Sistema de derecho Civil. Derechos Reales en Particular”*, Tecnos, Madrid, 2012. Octava Edición. Tomo 2.
- C.SANCIÑENA ASURMENDI, *“La opción de compra”*, Dykinson, Madrid, 2007. Segunda Edición.
- M.I. FELIU REY, *“El tanteo convencional”*, Civitas, Madrid, 1997.
- F.A. RODRIGUEZ MORATA, *“Derecho de tanteo y retracto en la ley de arrendamientos urbanos de 1994”*, Aranzadi, Pamplona 1996.

- D. BELLO JANEIRO, "*El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*", Thomson Reuters, Navarra 2009.
- A. DOMÍNGUEZ LUELMO, "*Tanteo y retracto de colindantes en la ley 19/1995, de modernización de las explotaciones agrarias*", La Ley, Madrid, 2000.
- TALMA. J "La adquisición preferente: análisis de su replanteamiento sistemático" "*Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*", Thomson, 2008 (Coordinador: Javier Gómez Gállico). Página 339 a 366.