

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**2473** *Resolución de 18 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Toledo n.º 3 a inscribir un derecho de adquisición preferente sobre un inmueble.*

En el recurso interpuesto por don R. P. A., en nombre y representación de la sociedad «Cigarral El Bosque Gestión, S.L.», contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Toledo número 3, doña María Rosa Montijano-Carbonell Martínez, a inscribir un derecho de adquisición preferente sobre un inmueble.

#### Hechos

I

Mediante escritura de entrega de posesión de determinada finca, autorizada el día 18 de marzo de 2015 por el notario de Madrid, don José Blanco Losada, con número 459 de protocolo, la sociedad mercantil «Inversiones Inmobiliarias Canvives, S.L.U.», dueña en pleno dominio de la finca registral número 10.644 del Registro de la Propiedad de Toledo número 3, en virtud de decreto, dictado en fecha 31 de julio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Toledo, aprobando la adjudicación a su favor (pendiente de inscripción), y la sociedad mercantil recurrente, que detentaba la posesión de la finca (si bien pendiente de ejecución su lanzamiento, ordenado por auto de fecha 22 de octubre de 2014), acordaron, en la estipulación séptima de aquélla, lo siguiente: «... Derecho de adquisición preferente. En caso de que la mercantil Inversiones Inmobiliarias Canvives, S.L.U. decida vender la propiedad, la entidad Cigarral El Bosque Gestión, S.L., o la mercantil designada por ella, tendrán derecho a ejercitar un derecho de adquisición preferente previo o posterior a la formalización de la venta, en iguales términos que los derechos de tanteo y retracto que tendría un arrendatario, a pesar de que los comparecientes en este acto afirman que ni Sociedad Cigarral El Bosque Gestión, S.L., ni ninguna otra es arrendataria del inmueble, a ningún efecto, ni la concesión de este derecho preferente les otorga dicha condición».

II

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Toledo número 3, fue objeto de la siguiente calificación negativa: «Registro de la Propiedad de Toledo número 3 Antecedentes de hecho Nota de calificación negativa de la escritura de entrega de posesión, otorgada el día 18/03/2015, nº de protocolo 459/2015, ante José Blanco Losada, Notario de Madrid, presentada en el Diario de este Registro nº 155 asiento 1366, entrada 1819. No se establece expresamente en la escritura presentada el carácter real del derecho cuya inscripción se solicita, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato. Tampoco se establece la duración del derecho de adquisición preferente ni los plazos para ejercitarlo cuando se venda la finca. Estableciéndose un derecho de tanteo convencional o análogo al mismo, ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados. Y ello siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales. El poder de configuración de nuevos derechos reales de la autonomía de la voluntad para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social, tiene en este sentido dos límites uno negativo y otro positivo. Límite negativo: como señaló la

resolución de la DGRN 14-6-2010 recogiendo abundante doctrina anterior, se impone como fundamental límite «el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado», o como afirma la R. 4-3-1993, y ha reiterado recientemente la de 19-12-2013, en este ámbito la autonomía de la voluntad «tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia “erga omnes” de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico. Estableciéndose un derecho de tanteo convencional o análogo al mismo, para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato. Límite positivo: se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho que pretende su acceso al registro», pues esta determinación, esencial para el lograr el amparo registral (cfr. arts. 9 y 21 de la L.H. y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales. En relación con los derechos reales de retracto voluntarios se han de diferenciar dos tipos de plazos. Por un lado, el plazo de ejercicio del retracto una vez producida la enajenación que desencadena la posibilidad del ejercicio; este plazo debe concretarse en un «breve término» a contar desde que tal enajenación es notificada al titular del derecho de retracto o desde que pudo ser conocida por este titular. Término cuya concreción es requisito de la constitución misma del derecho de adquisición como derecho real. Y en segundo lugar, el plazo de duración del derecho mismo. En el caso de los derechos reales innominados que puedan constituirse al amparo de la doctrina del «numerus apertus» y del principio de la autonomía de la voluntad la cuestión que se plantea es determinar los límites legales que rigen en la constitución de estos derechos, pues, sin llegar a constituir prohibiciones de disponer, en cierta medida restringen la facultad de disponer y vinculan relativamente la propiedad. Fundamentos de Derecho: A. En cuanto a la forma, la presente nota se extiende por la Registradora competente por razón de la situación de la finca, dentro del plazo legal a que se refiere el artículo 18 de 1ª Ley Hipotecaria, en el ámbito de sus facultades calificadoras conforme al artículo 19 de la citada Ley y art 98 y siguientes de su Reglamento, y con 1ª forma prevista en el art. 19- bis de la misma. B. En relación a los defectos se refieren los artículo 2.º LH, artículos 1, 9 y 14 RH, artículos 1508 y siguientes Cc y resolución de 10 de abril 2014. Dada la calificación negativa precedente, le informo que de conformidad con la modificación de la legislación Hipotecaria vigente, a partir del 2 de enero del año 2.002, su asiento de presentación quedará prorrogado 60 días a partir de la fecha de la recepción de la notificación. Usted puede: a) (...) Toledo a veinticinco de septiembre del año dos mil quince (firma ilegible) Fdo. Rosa Mª Montijano-Carbonell Martínez».

## III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió ésta al registrador de la Propiedad de Torrijos, don José Antonio Garvia Pastor, quien extendió nota de calificación el día 27 de octubre de 2015, en la que confirmó la calificación de la registradora sustituida con los siguientes fundamentos de Derecho: «(...) Tercero.—El defecto alegado en la nota de calificación impugnada tiene su fundamento legal, básicamente, en lo dispuesto en los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7, 9, 14 y 51 del Reglamento Hipotecario, de los cuales —así como de otros preceptos de la legislación registral, como los artículos 8, 12, 13, 114, 119 y 243 de la LH y 98.º, 216, 219, 220 y 221 del RH—, resulta el llamado principio hipotecario de especialidad o determinación, que impone la necesidad de delimitar claramente el contenido de los derechos objeto de inscripción en el Registro de

la Propiedad de forma que, mediante su acceso al Registro, puedan motivar los efectos propios de la publicidad registral –arts. 32, 34, 38 y 41 de la Ley Hipotecaria, entre otros–. Como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 25/02/2015 «(...) el principio de especialidad o determinación (...), según el cual sólo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho real inscrito (...), sin que el registrador pueda hacer deducciones o presunciones, ya que la oscuridad de los pronunciamientos registrales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad del tráfico porque quien consultase los asientos del Registro no podría conocer por los datos de los mismos cuál es el alcance, contenido y extensión del derecho inscrito». Similar criterio resulta de otras muchas resoluciones, como las de 03/02/2015, 02/02/2015, 14/01/2015, 10/04/2014 (citada en la calificación impugnada), 18/11/2013, 13/09/2013 y 19/12/2013 (igualmente citada). Y en el documento calificado no constan los elementos esenciales de la determinación del derecho de adquisición preferente objeto del otorgamiento séptimo, al no constar ni el plazo de duración del derecho, ni los plazos y condiciones de su ejercicio, además de no pactarse de forma expresa y clara su carácter real –resolución de la DGRN de 19/01/2013, citada en la nota de calificación impugnada–. Cuarto.–Lo anterior es más que suficiente para justificar la calificación negativa del documento presentado, pero también debe tenerse en cuenta: I. Que resulta contradictorio hacer constar que el derecho de adquisición preferente pactado tiene carácter arrendaticio, al mismo tiempo que se niega a su titular la condición de arrendatario de la finca (pactos séptimo y segundo de la escritura calificada). II. Que si, por regla general, el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes –art. 1256 del Código Civil–, tratándose de derechos reales, resulta inaceptable que los derechos que acceden al Registro queden amparados por los efectos de la publicidad registral, cuando su ejercicio y sus efectos dependen de la exclusiva voluntad del titular, ante la falta de determinación de su contenido, con el consiguiente perjuicio de los terceros que confían en los pronunciamientos registrales. III. Que el derecho de adquisición preferente pactado carece toda justificación causal. Efectivamente, del indicado pacto séptimo no resulta la causa de la concesión de aquel –arts. 1274 y siguientes del Código Civil–. Y si entendemos que el mismo entra dentro del carácter gratuito a que se refiere el pacto octavo, habría que cuestionarse el juicio notarial de suficiencia de la representación alegada por el compareciente en nombre de la entidad concédeme, ante la falta de reseña alguna de facultades representativas conferidas al mismo –en los términos a que se refiere el art 98 de la Ley 24/2001–, y la falta de calificación del contrato formalizado, que, además, excede del ámbito de la representación social propia del objeto social de dicha la entidad concedente. Quinto.–Por otra parte, en la escritura calificada no consta acto o contrato alguno con trascendencia real, teniendo su contenido un claro carácter obligacional, por lo que no es posible el acceso de lo pactado en la misma al Registro de la Propiedad conforme a lo dispuesto en los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento. Sexto.–Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de este registrador, el documento calificado no cumple con los requisitos legales impuestos por las normas citadas en este acuerdo y en la nota de calificación impugnada, en cuanto a la determinación del derecho cuya inscripción se pretende. Séptimo.–Que conforme a lo dispuesto en el artículo 19-bis.5ª de la Ley Hipotecaria, no es posible en esta calificación sustitutoria decidir sobre defectos del documento calificado, distintos de los alegados en la nota de calificación impugnada».

#### IV

Mediante escrito, que causó entrada en el Registro de la Propiedad de Toledo número 3 el día 4 de diciembre de 2015, don R. P. A., en nombre y representación de la sociedad «Cigarral El Bosque Gestión, S.L.», interpuso recurso contra la calificación en el que alega lo siguiente: «I.–Que le ha sido notificado Acuerdo de Calificación Registral del Registrador la Propiedad de Torrijos que acuerda «Confirmar la calificación impugnada de fecha 25 de septiembre de 2015 de la Registradora de la Propiedad de Toledo nº 3,

respecto de la escritura autorizada el 18 de marzo de 2015 por el Notario de Madrid D. José Blanco Losada nº 459 de su protocolo» (...) II.—Que dentro del plazo legal formulo recurso gubernativo contra la calificación negativa de inscripción y ello con base en las siguientes alegaciones -Alegaciones.—Primera.—Elementos esenciales del derecho de adquisición preferente. En el otorgamiento Séptimo, se constituye con carácter contractual un derecho de adquisición preferente, que si bien no determina el plazo de duración, debe considerarse que según Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, el plazo de duración es de 30 años, en consonancia con el plazo de duración de los contratos de arrendamiento en los que no figura plazo, en las que el Tribunal Supremo establece su equiparación, en cuanto a su duración, con la duración del derecho de usufructo, cuyo plazo de duración no se hubiera establecido. En consecuencia, la falta de determinación del plazo de duración no deberá considerarse como falta de un elemento esencial, pues su duración debe venir fijada por analogía en 30 años.—Segunda.—Carácter real del derecho de adquisición preferente.—Contrariamente a lo estimado en la Resolución recurrida, la escritura claramente se deriva del carácter real del derecho de adquisición preferente constituido. Si las partes no hubieran querido otorgarle tal carácter, le hubiesen otorgado una duración inferior a 6 años para que no tuviese acceso al Registro, en los mismos términos que los contratos de arrendamiento tienen acceso al Registro cuando su duración es superior a 6 años y en cualquier otra circunstancia prevista legalmente. Tercera.—Circunstancias concurrentes. 3.1 No existe contradicción alguna en el título. El derecho de adquisición preferente tiene carácter arrendaticio, lo que implica que tiene el plazo de duración máximo que fija el Tribunal Supremo para los contratos de arrendamiento de carácter indefinido o que no se haya fijado plazo. No existe contradicción en el título: Las partes expresamente señalaron en el título que el derecho de adquisición preferente tiene naturaleza arrendaticia precisamente para dejar claras dos cosas: una, que tiene carácter real y dos, que su duración es la de los contratos de arrendamiento que no han fijado plazo de duración. En este sentido el artículo 5 apartado 2 de la Ley Hipotecaria permite el acceso al Registro de los derechos de adquisición preferente de naturaleza arrendaticia. 3.2 El derecho de adquisición preferente siempre depende su ejercicio de la voluntad del beneficiario de tal demanda. 3.3 El derecho de adquisición preferente pactado no carece de justificación causal. Contrariamente al contenido de la calificación se enmarca dentro de la libertad contractual y es una contraprestación dentro de las mutuas contraprestaciones de las partes. Incluso, cabe entender que puede entenderse que la causa puede entrar dentro del carácter gratuito a que se refiere el pacto octavo. Sin embargo, carece de justificación alguna que el Sr. Registrador se cuestione el juicio notarial de suficiencia de la representación de la entidad concedente: - Primero, porque el Registrador carece de facultad alguna para realizar el juicio de capacidad, que corresponde en exclusiva al Sr. Notario, quien claramente apreció la capacidad del concedente. - Segundo, porque la calificación de los contratos no es un requisito exigible legalmente. Los contratos son lo que son con independencia de la calificación que le otorguen las partes e incluso el Notario, sin olvidar que existen los contratos complejos, como el que contiene la escritura, que no pueden ser calificados pues su contenido no se adapta a ningún tipo de contrato legalmente previsto. Por todo ello, Solicita: la estimación del recurso gubernativo, la revocación de la calificación de los Sres. Registradores ordenando la inscripción en el Registro de la Propiedad nº 3 de Toledo del derecho de adquisición preferente a favor de mi representada».

V

La registradora de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 22 de diciembre de 2015. En dicho informe expresa que dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que éste formulara alegaciones.

### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 467, 594, 647 y 1507 y siguientes del Código Civil; 2, 8, 11, 18, 19 bis, 23, 29, 37, 98 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 7, 9, 14, 51 y 98 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 3 de marzo de 1995, 16 de diciembre de 2004, 29 de abril de 2005, 22 de abril de 2008 y 27 de mayo de 2009, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966, 19 de septiembre de 1974, 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993, 6 de marzo de 2001, 25 de abril de 2005, 4 de mayo de 2009, 12 de mayo y 14 y 15 de junio de 2010, 14 de enero y 19 de diciembre de 2013, 10 de abril de 2014 y 25 de febrero de 2015.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se formaliza la entrega de posesión de determinada finca y se pacta que, en caso de que la sociedad propietaria decida vender la propiedad de aquélla, la entidad ahora recurrente («Cigarral El Bosque Gestión, S.L.», que había detentado la posesión de dicha finca) «...o la mercantil designada por ella, tendrán derecho a ejercitar un derecho de adquisición preferente previo o posterior a la formalización de la venta, en iguales términos que los derechos de tanteo y retracto que tendría un arrendatario, a pesar de que los comparecientes en este acto afirman que ni Sociedad Cigarral El Bosque Gestión, S.L., ni ninguna otra es arrendataria del inmueble, a ningún efecto, ni la concesión de este derecho preferente les otorga dicha condición».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, según expresa en su calificación, no se ha establecido expresamente, en la escritura presentada, el carácter real del derecho cuya inscripción se solicita, ni se induce tal carácter real de ninguno de los pactos del contrato, sin que tampoco se establezca la duración del derecho de adquisición preferente ni los plazos para ejercitarlo cuando se venda la finca. Añade que, estableciéndose un derecho de tanteo convencional o análogo al mismo, ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados, pero siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales.

Alega el recurrente que, si bien no se determina el plazo de duración, debe considerarse, según jurisprudencia reciente que el plazo de duración es de treinta años, en consonancia con el plazo de duración de los contratos de arrendamiento en los que no figura plazo, que el Tribunal Supremo equipara, en cuanto a su duración, al derecho de usufructo cuyo plazo de duración no se hubiera establecido. Y, respecto del carácter real del derecho de adquisición preferente, alega que de la escritura claramente se deriva tal carácter, pues si las partes no hubieran querido otorgarle ese carácter real le habrían otorgado una duración inferior a seis años para que no tuviese acceso al Registro, toda vez que los contratos de arrendamiento tienen acceso al Registro cuando su duración es superior a seis años y en cualquier otra circunstancia prevista legalmente.

2. Como punto de partida, cabe recordar la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «*erga omnes*» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas

exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras).

Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Del análisis del elevado número de Resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real ha recibido sanción legal hace pocos años en la legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales.

3. No obstante, lo anteriormente expuesto no significa que sea suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que éste se considere derecho real. Hace falta, además, que concurren determinadas circunstancias, que la Resolución de 4 de mayo de 2009 sintetizó en dos: a) Como se ha dicho anteriormente, es necesario que la figura que se crea tenga las características propias de un derecho real, y b) Que, si se trata de una figura nueva carente de regulación legal, se regulen todas las consecuencias que dicha figura comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura.

Respecto de los derechos de adquisición preferente, ya en la Resolución de 20 de septiembre de 1966 este Centro Directivo admitió la posibilidad de que los derechos de tanteo y retracto voluntarios sean configurados por las partes contratantes en el título de su constitución como un verdadero y propio derecho real. Se discutía con ocasión de la citada Resolución la posibilidad de inscribir en el Registro ciertos pactos en los que las partes establecían sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de parcelas. Esta Dirección General, tras recordar que no dejan de ser frecuentes en la práctica del tráfico jurídico-inmobiliario la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio (como ya previene el artículo 467 del Código Civil respecto del usufructo o el 594 en relación con la servidumbre), añade que ello obliga a «extremar el cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de «*numerus apertus*», tradicionalmente seguida por este Centro... no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria». Pero, a pesar de tales cautelas, admite el carácter real de los derechos de adquisición preferente pactados en el título calificado, entendiendo que los posibles reparos u obstáculos a tal consideración aparecen superados en cuanto que: «a) existe convenio en el que se concede al titular la facultad «*erga omnes*» de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito; b) el precio no queda fijado de antemano, sino que, con las garantías necesarias, se determinará por terceras personas, en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado en el artículo 1.447 del Código Civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; c) se concede un plazo determinado y breve –30 días– para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión; d) este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código Civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida, y e) se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho». Posteriormente la Resolución de 19 de septiembre de 1974, partiendo de la misma

doctrina, llega a la conclusión de que en el caso concreto por ella examinado «no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real, e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria».

Más recientemente ha vuelto este Centro Directivo a expresar la necesidad de que la constitución de un derecho de tanteo o retracto voluntario que pretenda tener carácter real se configure como tal en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto. Y así en la Resolución de 6 de marzo de 2001, en un supuesto en el que se solicitaba la inscripción de un título en el que se pactaba un derecho de adquisición preferente similar al tanteo, pero en el que no se decía que tuviera carácter real, ni se establecía que sería inscribible, ni se expresaban las consecuencias del acto para el caso de que se realizara la venta contraviniendo la notificación pactada, afirma dicha Resolución que «para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato (cfr. arts. 609, 1.462.2 y 1.464 y 633 en relación con el 334.10, todos ellos del Código Civil). Téngase en cuenta que el dominio se presume libre y que las restricciones al mismo deben establecerse expresamente. En estas circunstancias, al no establecerse otro efecto, el único que producirá la contravención de lo pactado será la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, por lo que el derecho así configurado carecerá de eficacia «erga omnes», que es una característica esencial del derecho real». Queda con ello completado el conjunto de características y requisitos que se exigen para la configuración como real de estos derechos atípicos de preferente adquisición, incluyendo su configuración expresa como tales o estableciendo estipulaciones que indirectamente, pero de forma clara, permitan colegir la naturaleza real del derecho constituido por prever expresamente los efectos propios de tales derechos para el caso de su contravención.

4. Esta misma línea de apertura en favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales se observa en la jurisprudencia. Y así junto con determinados casos en que ha calificado el correlativo derecho como un derecho de carácter personal u meramente obligacional, que por tanto sólo se podía ejercitar «inter partes» y no frente a terceros, para quienes era «res inter alios», y en consecuencia no tienen el deber jurídico de soportar en su esfera jurídica la eficacia directa del contrato que dio vida a los citados derechos (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 y 16 de diciembre de 2004), por el contrario admite en otros casos el carácter y eficacia real del derecho, como ocurrió en los supuestos de las Sentencias del Alto Tribunal de 29 de abril de 2005 y 22 de abril de 2008. En esta última se condensa la doctrina jurisprudencial en la materia con una nítida admisión del carácter real de ciertos derechos de retracto voluntarios, derechos que son los «procedente[s] de la voluntad de las partes y se constituye como derecho real, inscribible en el Registro de la Propiedad que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Es, por tanto, un derecho de adquisición preferente, con identidad de ejercicio con el retracto legal y distinto al retracto convencional que es fruto del pacto de retro. Ha sido estudiado por la doctrina, aplicado en la práctica y reconocido jurisprudencialmente en sentencia de 29 de abril de 2005, como dice, literalmente, derecho tiene carácter real y es oponible erga omnes dado lo dispuesto en los artículos 2, números 1.º y 2.º y 37.3.º de la Ley Hipotecaria y 14 del Reglamento de la Ley Hipotecaria en cuanto permiten su inscripción registral».

Por tanto, ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados. Y ello siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales antes reseñados.

5. También se refiere la registradora en su calificación a las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, que tienen más relevancia en el caso de los títulos relativos a la constitución de derechos reales atípicos en los que el Derecho dispositivo no puede integrar las lagunas del título constitutivo.

Como ha expresado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Más recientemente, este Centro Directivo en la Resolución de 25 de febrero de 2015, considera que «...el principio de especialidad o determinación..., según el cual sólo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho real inscrito,..., sin que el registrador pueda hacer deducciones o presunciones, ya que la oscuridad de los pronunciamientos registrales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad del tráfico porque quien consultase los asientos del Registro no podría conocer por los datos de los mismos cuál es el alcance, contenido y extensión del derecho inscrito».

6. Las anteriores consideraciones conducen necesariamente a confirmar la calificación impugnada, pues en la escritura en que se pacta el derecho de adquisición preferente debatido no se expresa que éste tenga carácter real, tampoco se establece que será inscribible, ni se determinan las consecuencias en caso de que se incumpla lo estipulado, y no aparece determinado el concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho cuyo su acceso al Registro se pretende.

En definitiva, las lógicas exigencias de orden estructural que han quedado expuestas en absoluto aparecen cumplidas en la estipulación cuyo acceso al Registro se niega. Y los argumentos esgrimidos por el recurrente no son suficientes para desvirtuar la objeciones expresadas, sino que demuestran esa contradictoria indeterminación que es de todo punto incompatible tanto con las exigencias estructurales que han de ser observadas para la creación de derechos reales, como con el básico principio de especialidad.

No puede compartirse el criterio según el cual un derecho de adquisición preferente con un plazo no determinado contractualmente deba considerarse que tiene una duración de treinta años, bajo la pretensión de que como plazo de duración de los contratos de arrendamiento en los que no figura plazo se tomará el de treinta años por analogía con el usufructo, algo que, por otra parte, resulta contradictorio con el contenido de la escritura calificada, toda vez que al titular del teórico derecho de adquisición constituido precisamente se le niega la condición de arrendatario. Tampoco puede pretenderse que el carácter real del derecho constituido se derive de la pura circunstancia de que las partes, si no hubieran querido otorgarle tal carácter, habrían fijado una duración inferior a seis años para que no tuviese acceso al Registro, algo que carece de todo fundamento.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de febrero de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.