

Derecho de adquisición preferente

Revisión

■ PILAR GONZÁLEZ SEPÚLVEDA • Abogado. Gabinete López-Santiago. www.lopez-santiago.com

En las transmisiones de las oficinas de farmacia se ha de tener presente la existencia de un derecho de adquisición preferente que pueden ejercer determinadas figuras (cotitulares, empleados, familiares, titulares de otras farmacias, etc.). Comprende, a su vez, los derechos de tanteo, retracto y opción, todos ellos analizados en este artículo.

El derecho de adquisición preferente es aquel que otorga a su titular la facultad de adquirir una cosa determinada con preferencia a cualquier otro cuando su propietario ha decidido venderla, en cuyo caso se trata de una opción o tanteo, o cuando ya la ha enajenado, lo que se conoce como retracto.

Estos derechos pueden hacerse efectivos por su titular no sólo contra el propietario o contra la persona a quien la ha enajenado, sino también frente a sucesivos adquirentes de ellos, si se da cumplimiento a determinados requisitos legales. Esta eficacia frente a terceros ha hecho que un sector de la doctrina piense que se trata de auténticos derechos reales, no siendo pacífica tal conceptualización. En realidad, todo depende del concepto de derecho real que asuma. 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. Respecto a qué es el derecho real, la doctrina responde con diversas teorías, ya que legislativamente, no existe ninguna definición o concepto.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO

El fundamento de estos derechos que limitan la facultad de disposición del



propietario se encuentra en que existen determinados intereses protegibles que deben primar sobre la libertad de disposición del propietario. Tales supuestos son excepcionales y tienen una relativa importancia práctica y económica: se concede a una persona la facultad de adquirir preferentemente el bien que el propietario pretende enajenar.

En las transmisiones de las oficinas de farmacia se debe tener muy presente la existencia de este tipo de dere-

chos, porque en el ámbito estatal y autonómico, ya sea en la regulación específica o en la común, se expresa la posibilidad de ejercerlos, por lo que se estima conveniente realizar un estudio detenido de éstos.

En este artículo, el acercamiento a estos derechos relativos a la transmisión de la oficina de farmacia se va a realizar teniendo en cuenta la regulación estatal y específica del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, de establecimiento,

transmisión e integración de oficinas de farmacia (en adelante Real Decreto 909/1978) para aquellas comunidades autónomas en las que aún sigue vigente. Posteriormente, se verá el reconocimiento y desarrollo legal que respecto a estos derechos tienen los farmacéuticos en determinadas comunidades autónomas a través de las leyes de ordenación farmacéutica.

Antes de realizar una aproximación a la normativa existente, determinando los supuestos concretos en los que cabe ejercer estos derechos, conviene analizar su tipología, sus efectos y momento de ejercicio, ciñéndonos en nuestro estudio a los que afectan a la transmisión *inter vivos* de la oficina de farmacia.

TIPOS DE DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

En este apartado se enmarcan los derechos de tanteo, retracto y opción.

Derecho de tanteo

El derecho de tanteo otorga a su titular (tanteante) la facultad de adquirir el derecho de propiedad sobre una cosa ajena, pagando el titular del derecho de tanteo el mismo precio y en las mismas condiciones que lo iba a pagar el tercero, cuando se había proyectado enajenar la cosa a título oneroso.

En conclusión, este derecho faculta para adquirir una cosa antes que otro, pagando el precio que éste asumiría. Limita el *ius disponendi* del propietario, pues no es libre de vender a quien quiera.

Derecho de retracto, legal y convencional

El retracto supone ejercer la facultad de preferencia adquisitiva una vez que la enajenación ya se ha realizado. El retrayente titular del retracto se coloca en la misma posición que el tercer adquirente, manteniéndose el resto de circunstancias y condiciones de la enajenación realizada entre propietario y tercero. Dice el artículo 1.521 del Código Civil que «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». En realidad, el retrayente, al ejercer su derecho, no resuelve la venta entre el propietario y el adquirente; lo cierto es que el que retrae adquiere siempre del comprador. Por todo lo expuesto, sería más apropiado pensar que al retrayente lo que le otorga la ley es una facultad de opción para que adquiera el bien en las mismas condiciones o bajo las mismas estipulaciones en que se transmitió al adquirente.

No es indispensable que el titular del retracto tenga también el tanteo, en

cambio, el titular del tanteo, es siempre titular del retracto, para que lo ejerza en la hipótesis de que se haya burlado su derecho de adquisición preferente a través del tanteo (por ejemplo, el propietario le indica que va a vender a un tercero por un precio; no se ejercita el tanteo y después la venta se hace por un precio inferior).

Para el Dr. Coca Payeras (catedrático de Derecho Civil de la Universitat de les Illes Balears) existe una falta de precisión en el Código Civil a la hora de definir los derechos de tanteo y retracto. Señala que a pesar de que en este cuerpo legal aparentemente no se aborda la concepción del tanteo, ello es debido a que cuando se hace en el artículo 1.521 se utiliza erróneamente el término retracto, por razones de antecedentes históricos mal trasladados. Esto es importante destacarlo, porque la diferencia entre el tanteo y el retracto consiste sencillamente en el momento temporal a que se refiere: el primero entra en juego antes de que la enajenación se haya producido y el retracto, cuando ha sido consumada la enajenación entre propietario y tercero.

Derecho de opción

La opción funciona como un negocio preparatorio de una adquisición o enajenación futura que aún no se tiene decidida en firme. En la opción de compra, el concedente del derecho de opción, que es el propietario, está otorgando un derecho de preferencia en la adquisición al optante, a cambio de un precio que en la práctica suele conocerse como prima o señal de la opción. El concedente del derecho de opción queda obligado a vender; es el optante quien decidirá si compra o no compra. Una vez ejercido el derecho de opción de compra, se realiza la compraventa, no siendo necesario que el propietario concedente de la opción otorgue un nuevo consentimiento, quedando desde ese momento obligado a cumplirlo (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1982).

De lo expuesto se desprende que no se otorga un poder directo e inmediato sobre la cosa y que la opción no puede hacerse efectiva frente a un tercero que la ha adquirido porque el concedente no ha respetado su obligación de no enajenarla mientras estuviese vigente el plazo para su ejercicio. Habrá una responsabilidad por los daños y perjuicios que se le ocasionen, dado que el concedente de la opción ha violado el contrato e incumplido su obligación.

El derecho de opción no confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa, sino simplemente la facultad de decidir su adquisición y, en consecuencia, no puede ser considerado como un derecho real.

Esta doctrina ha quedado oscurecida al permitir el reglamento hipotecario la inscribibilidad de la opción de compra de bienes inmuebles en el registro de la propiedad. Para que sea inscribible, el contrato de opción de compra ha de reunir las condiciones siguientes:

- Convenio expreso de las partes para que se inscriba.
- Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción.
- Plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de 4 años.

Cuando un derecho de opción de compra que reúna los requisitos antes mencionados sea inscrito en el registro de la propiedad, nos encontramos en presencia de un derecho que puede ser ejercitado no sólo frente al concedente de la opción, sino también frente a los posibles terceros adquirentes del inmueble. No hemos de olvidar que lo anteriormente expresado se circunscribe al ámbito del bien inmueble y por tanto, parece que no cabe una proyección idéntica para el supuesto de transmisión de oficina de farmacia, al no tratarse de un bien inmueble.

Como corolario de todo lo anteriormente expuesto, comprobamos que la doctrina respecto a la naturaleza de los citados derechos de tanteo y retracto, así como el derecho de opción, no es pacífica, pues en algunas ocasiones son considerados como derechos reales, y en cambio, en otras ocasiones son entendidos como facultades de adquisición, que determinan simples facultades de disposición, y a su vez implican la posibilidad de decidir la configuración de una situación jurídica y por ello pueden ser englobados dentro de los llamados derechos potestativos o también «derechos reales discutidos».

ADQUISICIÓN PREFERENTE Y OFICINA DE FARMACIA

Se analizan en este apartado los derechos de adquisición preferente reconocidos en las legislaciones aplicables a la oficina de farmacia ante una transmisión *inter vivos*, que son los siguientes:

- El de los farmacéuticos colindantes establecidos a menos de 250 metros de la oficina de farmacia que se va a transmitir.
- El de los cónyuges y descendientes en primer grado farmacéuticos para algunas comunidades autónomas.
- El de los farmacéuticos agregados para algunas comunidades autónomas.
- El retracto de los cotitulares de las oficinas de farmacia.

Derecho de adquisición preferente de los colindantes

Este tipo de derecho de adquisición preferente es atípico. Se reconoce en el Real Decreto 909/1978 en su artículo 5.2, planteándose como una opción o tanteo, en la que los farmacéuticos colindantes (establecidos a menos de 250 metros de la oficina de farmacia que se transmite) podrán optar, previamente a la adquisición de la oficina de farmacia por un tercero, a proceder a la clausura y amortización, sin que pudiera dar lugar ni posibilidad a otra solicitud de autorización y apertura en la misma zona. El ejercicio de este derecho de adquisición preferente es inusual en la práctica. Ha quedado reducido al cumplimiento del trámite de la notificación en plazo, a los posibles afectados, de que se va a realizar la transmisión del establecimiento sanitario, sólo en aquellas comunidades autónomas en las que se sigue aplicando el Real Decreto 909/1978 para la transmisión de la oficina de farmacia.

Normativas autonómicas

Las comunidades autónomas que aún no poseen ley de ordenación farmacéutica y en las que se sigue aplicando el Real Decreto 909/1978 son Andalucía, Asturias y Canarias. Para la tramitación del traspaso de la oficina de farmacia, será necesaria la renuncia de los colindantes al ejercicio del derecho preferente de adquisición para amortización y cierre, y proceder a la enajenación a un tercero.

Por otra parte, comunidades autónomas que poseen ley propia de ordenación farmacéutica, en determinados supuestos acuden a la regulación del Real Decreto 909/1978 para la transmisión de oficinas de farmacia y tienen que salvar el trámite de notificar a los colindantes la intención de enajenar y que éstos renuncien al ejercicio de su derecho, o por el contrario lo ejerzan para la amortización y clausura del establecimiento sanitario (un ejemplo de ello es Castilla-La Mancha). Existe también una exclusión expresa de este tipo de derecho de adquisición preferente en algunas leyes de ordenación farmacéutica, como las de Murcia y Extremadura.

El ejercicio de este derecho preferente de adquisición de los colindantes sólo se genera cuando se transmite la totalidad de la oficina de farmacia, porque como sostiene el Tribunal Supremo en una amplia jurisprudencia, y en concreto, en la Sentencia de 11 de mayo de 2001, la transmisión parcial a favor de otro farmacéutico y la constitución de una copropiedad no dan lugar al ejercicio del derecho de opción de los farmacéuticos establecidos a menos de 250 metros de la que

es objeto de transmisión parcial, ya que no resulta posible que la exigible clausura y amortización se lleve a cabo, pues no cabe material y jurídicamente clausurar una parte indivisa de la oficina de farmacia.

Una modalidad de derecho de adquisición preferente en caso de transmisión *inter vivos* de oficina de farmacia se contempla en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el artículo 3 del Decreto 166/1999, de 16 de marzo, sobre procedimiento para transmisión de oficina de farmacia, en el que se regula expresamente el derecho de los farmacéuticos titulares de las oficinas de farmacia ubicadas en la misma zona de salud, siempre que en la referida zona no se alcance la proporción de 2.500 habitantes por oficina de farmacia. En tal caso, la oferta de transmisión formulada de conformidad a lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley 11/1994 de 17 de junio de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco contemplará la posibilidad de presentar solicitud de amortización aceptando el precio y las demás condiciones de la transmisión. La solicitud de amortización la podrán formular todos, varios o alguno de los farmacéuticos instalados en la citada zona de salud.

Si el director técnico o farmacéutico titular de una oficina de farmacia en estas dos comunidades autónomas manifiesta su intención de transmitirla y el cónyuge es farmacéutico, este último podrá adquirir antes que cualquier tercero esa oficina de farmacia. Si paga el mismo precio y se adhiere a las mismas condiciones que se hubieran pactado con el tercero, se podría ejercitar el derecho de tanteo o retracto. En la vía administrativa, para obtener la autorización de cambio de titularidad por parte de la Consejería, se precisará la renuncia expresa de este cónyuge farmacéutico. La acreditación de la relación conyugal es condición imprescindible, evidentemente, para lo cual habrá que aportar una certificación del Registro Civil.

Entra en juego el ejercicio del derecho de adquisición preferente del descendiente farmacéutico en primer grado cuando el cónyuge farmacéutico ha renunciado a su derecho preferente, o cuando no existe tal cónyuge farmacéutico. Se deberá manifestar expresamente que no existen otros descendientes farmacéuticos en primer grado o bien, si los hubiera, que este o estos descendientes farmacéuticos renuncian al derecho preferente de transmisión de la oficina de farmacia.

Derecho de adquisición preferente reconocido a los farmacéuticos agregados

Los farmacéuticos agregados —regente, sustituto y adjunto—, siguiendo este orden, tienen reconocido el derecho de adquisición preferente cuando se produzca una transmisión de oficina de farmacia por el farmacéutico titular. Se reconoce expresamente en la Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña, en el artículo 9.6; en las leyes de ordenación farmacéutica anteriormente citadas, de Madrid y Murcia, en los artículos 38.2 y 26.2 respectivamente; así como en el artículo 11.7 de la Ley 8/1998, de 16 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Como ocurre con los cónyuges farmacéuticos y descendientes en primer grado, a los agregados se les da la oportunidad de optar a la adquisición de forma preferente a cualquier tercero, siempre con precio y condiciones iguales a los ofrecidos a un tercero.

Derecho de retracto de los cotitulares de oficina de farmacia

Las leyes de ordenación farmacéutica y la legislación civil reconocen el derecho de retracto de los copropietarios de oficinas de farmacia en el caso de enajenación de una parte que hasta el momento se tenía en proindivisión.

El ejercicio del derecho de adquisición preferente por los farmacéuticos colindantes es inusual en la práctica

Derecho de adquisición preferente reconocido al cónyuge y descendientes en primer grado

La Ley de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Madrid, en su artículo 38.2, reconoce un derecho de adquisición preferente a los cónyuges farmacéuticos y a los descendientes farmacéuticos en primer grado, por este orden, en el supuesto de transmisión de la oficina de farmacia, y en idéntico sentido se pronuncia la Ley 3/1997, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia, en su artículo 26.2.

Este derecho de retracto es definido por el Código Civil en el artículo 1.521, como «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». La mayoría de las normativas autonómicas mencionan este derecho del copropietario. Como ya se mencionó anteriormente, la única regulación que con carácter general se hace en el Código Civil de un derecho de adquisición preferente es la del retracto legal, y un supuesto de este derecho es la modalidad de retracto de comuneros: con el fin de acabar con la situación jurídica de 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.

Requisitos para el retracto

El derecho de retracto pertenece, en cuanto institución jurídica, al ámbito de las relaciones jurídico privadas y exige una venta o dación en pago consumada. El retrayente es el sujeto que primero adquirió del vendedor y será contra el que se dirija la acción, ya que el vendedor no tiene ningún papel jurídico en el ejercicio de este derecho. La venta que se produjo no se resuelve, sino que hay una nueva transmisión, subrogándose el segundo adquirente en la posición del retrayente, sin que el resultado positivo de la acción de retracto influya en nada en la situación jurídica del vendedor.

Para la eficacia de la acción de retracto legal por el cotitular de oficina de farmacia es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Que exista un contrato válidamente celebrado de compraventa o dación en pago con otro farmacéutico.
- Que por ministerio de la ley corresponda al cotitular el derecho de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del comprador.
- Que se cumplan las formalidades de carácter procesal impuestas por la ley (entre ellas destaca la de que la demanda se interponga dentro del plazo que, al efecto, establece el artículo 1.524 del Código Civil). El plazo de caducidad que establece el mencionado cuerpo legal para ejercitar el retracto es de 9 días hábiles, a contar desde que el cotitular tiene conocimiento de la transmisión.

El retracto ha de realizarse por el precio real y verdadero en que fue vendida la porción de oficina de farmacia y no por el posible simulado e inferior que se hizo constar en la escritura pública de venta, por analogía con lo establecido en Sentencia de 30 de abril de 1991, siendo reiterada y uni-

forme la doctrina del Tribunal Supremo en este sentido. El conocimiento de la transmisión ha de ser cabal y completo, no sólo de la venta, sino también de sus condiciones, no bastando la mera notificación de haberse efectuado. Entre otras sentencias del Tribunal Supremo al respecto cabe citar las de 18 de noviembre de 1971 y 26 de febrero de 1975.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1981 establece que la titularidad del derecho de retracto legal se conecta a una determinada cualidad jurídica, en el caso aquí analizado la de comunero, y por tanto, el retrayente debe estar en posesión de la cosa o del bien en el momento en que se operó la entrega del bien que se quiere retraer.

Siguiendo con lo establecido en el Código Civil, por lo que hace referencia al retracto de los cotitulares, en el artículo 1.522 se alude al hecho de que dos o más copropietarios quieran usar del retracto. Sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común, aplicándose evidentemente a los distintos cotitulares de la oficina de farmacia.

Aunque la ley habla expresamente del ejercicio del retracto de los cotitulares, el ejercicio del derecho de tanteo se podrá producir antes de que se consume la venta de la porción que se tiene en cotitularidad por parte de uno de los copropietarios.

Se puede dar el supuesto de la coexistencia del derecho de adquisición preferente en su modalidad de retracto de comuneros, junto con la modalidad del derecho de adquisición preferente de los colindantes con oficina de farmacia a menos de 250 metros de la que se va a transmitir. En tal caso, el Código Civil reconoce la prioridad del derecho de retracto de comuneros, pues éste excluye al del colindante.

PRECISIONES

Tras haber abordado la regulación jurídica vigente en el ámbito del derecho de adquisición preferente, aplicada a la transmisión onerosa *inter vivos* de las oficinas de farmacia, es de recibo mencionar que los derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto, que recoge la Ley 24/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, a favor del arrendatario, cuando el arrendador decide enajenar el local de negocio, serán objeto de un estudio minucioso en un artículo posterior, ya que la enjundia e importancia del tema así lo requiere, dado el elevado número de ocasiones en las que la oficina de farmacia se encuentra ubicada en un local arrendado. □

Thiomucase® Crema

NOMBRE DEL MEDICAMENTO: Thiomucase® Crema
COMPOSICIÓN por 100 g: Mucopolisacaridas 13-TRU. Excipientes: Butilhidroxianisol (E-319), butilhidroxitolueno (E-321), mercurioyodato de sodio, gálibina hidrolizada, parafina líquida, palmíticoacetato de glicerilo y de polioxetilenglicéridos poliglicólicos saturados, fosfato monohidratado, fosfato de sodio dodecahidrato, perfume (aceites esenciales de limón, naranja, alfa-feniltilico, fátalo de etilo, salicilato de bencilo, agua purificada. **PROPIEDADES:** Thiomucase® es un factor biológico normalmente presente en el organismo, denominado Factor de difusión, corresponde a un complejo enzimático mucopolisacaridas que actúa despolimerizando mucopolisacaridos del tejido conjuntivo subcutáneo. La metabolización de estos residuos despolimerización permite el libre acceso del medicamento a los tejidos, así como la movilización del agua y las grasas. Thiomucase® consecuencia: Facilita el drenaje y disminuye la hinchazón del tejido conjuntivo, reduciendo el edema, hematomas, etc. Permeabiliza el tejido celular liberando y movilizándolo, contribuyendo a mejorar la respuesta ponderal en la obesidad y resolución en las lipodistrofias. Asociado a otros productos (antibióticos, antiinflamatorios, anestésicos, etc.), facilita su difusión, manifestándose rápidamente el efecto terapéutico. **INDICACIONES:** Celulitis generalizadas y locales, especialmente en el vientro, nalgas, muslos y mama. Obesidades, hidropexia e hidrolipoxia y lipodistrofias. Cicatrices y queloides. Eclerodermias e hipodermis esclerodermiformes. Quistes mucocísticos superficiales. Edemas, linfedemas y hematomas superficiales. Fimosis, parafimosis e induración de los cuernos cavernosos. Procesos hemorroidales. Dilatación de Rectoscopya. **POSOLOGÍA:** Muy amplia, a criterio facultativo. De 1 a 3 aplicaciones diarias, sobre la zona afectada. **NORMAS PARA LA ADMINISTRACIÓN:** **PREPARADO:** Aplicación tópica sobre la parte afectada. **CONTRAINDICACIONES Y PRECAUCIONES:** presenta contraindicaciones propias pero no se aplica sobre zonas infectadas sin protección antibiótica, especialmente con tiorasol como conservante. Es posible que pueda experimentar una reacción alérgica. Informe a su médico si es alérgico. Informe a su médico si ha sufrido algún problema después de la administración de alguna vacuna. **ADVERTENCIAS:** Advertencias sobre excipientes: Por contener butilhidroxianisol y butilhidroxitolueno como excipientes, puede ser irritante de ojos y piel y muy **INCOMPATIBILIDADES E INTERACCIONES:** No han descrito. **EFECTOS SECUNDARIOS:** desencadena acciones secundarias y sólo puede aparecer las derivadas de su acción difusora a proceso local. **INTOXICACIÓN Y SU TRATAMIENTO:** No hay peligro de intoxicación. En caso de sobredosis o ingestión accidental, consultar al Servicio de Información Toxicológica. Teléfono: 91 562 04 00. **CONSERVACION:** Conservación en lugar fresco. **PRESENTACION:** Tubo de 45 g. Nombre o razón social y domicilio permanente o sede social del titular de la autorización de comercialización: ALMIRALL PRODESARMA, S.A. General Mitre, 151. 08036 Barcelona (España). **PRESENTACION Y PVP (IVA INCLUIDO):** Thiomucase Crema, tubo de 45 g: 5,49 €. **OTRAS PRESENTACIONES Y PVP (IVA INCLUIDO):** Thiomucase Supositorios: 6,89 €. Sin receta médica. Especial no reembolsable por el Sistema Nacional de Salud. Fecha de revisión: Enero 2003.

BIBLIOGRAFÍA: 1. Lambert Study of the efficacy of Thiomucase Cream in the treatment of local hydro-lipodistrophy. The Gazette Medical. Vol. 96. 18 of 5 to 11.5.1969.

Almirall
 Almirall Prodesarmas

Distribuidor OTC

¡COMUNICACIÓN CON LA FARMACIA!