

Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil común*

Concept of purchasing rights in common Civil law

por

BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ

Doctora Europea en Derecho

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Departamento de Derecho Civil UNED

RESUMEN: El principal obstáculo que plantea la determinación de los conceptos de tanteo y retracto es la ambigüedad y parquedad de nuestros textos legales a la hora de definirlos. Por su parte, la doctrina española no ha llegado a un acuerdo sobre los conceptos de tanteo y retracto como consecuencia, principalmente, de la búsqueda de soluciones en el Derecho Comparado. La metodología descrita ha hecho que pase inadvertida una cuestión fundamental: la determinación del momento en que pueden ser ejercitados tanteo y retracto viene decisivamente condicionada por el sistema de transmisión de dominio imperante en el Ordenamiento español. Asimismo un elemento decisivo en la construcción de los derechos de adquisición preferente es la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Existe un grupo mayoritario de sentencias que nos llevan a fijar un concepto de tanteo y retracto que difiere del mantenido por la doctrina dominante.

* Este trabajo forma parte de la tesis doctoral de la autora dirigida por el profesor doctor don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Civil UNED, que obtuvo el premio extraordinario de Doctorado.

ABSTRACT: *The main obstacle raised by the determination of the concept of purchasing rights is the lack of clarity in Spanish law to define them. Meanwhile the Spanish doctrine has not reached the agreement on the concept of the purchasing rights, mainly due to the search of solutions in comparative law. The described methodology has made undetected a key question: the determination of the moment in which may be exercised the purchasing rights it is mainly determined by the domain transfer system established in the Spanish legislation. Likewise a key element in the construction of the purchasing rights is the High Court's jurisprudence. There is a majority group of judgements that lead us to establish a concept of purchasing rights that differs from the one supported for dominant doctrine.*

PALABRAS CLAVE: Concepto de tanteo y retracto. Sistema de transmisión de dominio. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: *Concept of purchasing rights. Domain transfer system. High Court's jurisprudence.*

SUMARIO: 1. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO TRAS LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.—2. EL NACIMIENTO DE LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.—3. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE SE EJERCITAN LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: A) EL TANTEO. B) EL RETRACTO.—4. ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LOS CONCEPTOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.—5. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA Y LAS CAUSAS DE OMISIÓN DEL TANTEO EN EL ARTÍCULO 1521 DEL CÓDIGO CIVIL: EN DEFENSA DEL CÓDIGO CIVIL: 5.1. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. 5.2. LAS CAUSAS DE LA OMISIÓN DEL TANTEO EN EL CÓDIGO CIVIL. 6. RECONSTRUCCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE TANTEO Y RETRACTO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 6.1. CONCEPTO DE TANTEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: A) *Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre el tanteo arrendaticio urbano.* B) *La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1993 (RJA 6654).* C) *La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1997 (RJA 6860).* 6.2. CONCEPTO DE RETRACTO: TENSIÓN ENTRE PERFECCIÓN Y CONSUMACIÓN DE LA VENTA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: A) *Sentencias que definen la tesis de la consumación de la venta como presupuesto de ejercicio del retracto.* B) *Sentencias de las que resulta la posibilidad de utilizar el retracto con venta perfecta.* C) *Sentencias que desestiman el retracto ejercitado con venta perfecta.* 6.3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

SUPREMO SOBRE LAS RELACIONES TANTEO-RETRACTO, 6.4. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 7. CONCEPTO DE TANTEO Y RETRACTO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN.—BIBLIOGRAFÍA.

1. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN EL CÓDIGO CIVIL

La evolución de los derechos de adquisición preferente viene marcada en el último tercio del siglo XIX por la promulgación del Código Civil. En el Libro IV, dentro del título de la compraventa y del capítulo IV que se ocupa «De la resolución de la venta», el artículo 1506 dispone que «[l]a venta se resuelve por la misma causa que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional o por el legal». Después la sección segunda trata del retracto legal, y como modalidades de este, el de comuneros y el de colindantes (arts. 1521 a 1525 CC).

El artículo 1521 del Código Civil define el retracto legal como «el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». Por tanto, el Código Civil mantiene sustancialmente la misma definición que por influencia del Derecho francés fue introducida por el Proyecto de Código Civil español de 1851¹.

El artículo 1522 del Código Civil, con el fin de acabar con la situación jurídica de comunidad, faculta al comunero para ejercitar el retracto para el caso de que se enajene la totalidad o alguna de las cuotas a un tercero extraño a la comunidad. Este retracto es el único superviviente de nuestro Derecho histórico. El artículo 1523 del Código Civil introduce el retracto de colindantes según la Exposición de Motivos de la segunda edición del Código Civil con el propósito de «facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece un obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza (...)». Mediante el ejercicio de este retracto, el propietario de una finca puede adquirir otra finca colindante de carácter rústico vendida a un tercero, cuando esta no exceda de la superficie de una hectárea. Además el artículo 1524 del Código Civil concede un plazo de nueve días para ejercitar ambos retractos a contar desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad o desde que el retrayente haya tenido conocimiento de la venta. Finalmente el artículo 1525 declara aplicable al retracto legal lo previsto en los artículos 1511 y 1518 del Código Civil, insertos en la regulación del retracto convencional. Del primer precepto resulta la subrogación del retrayente en los derechos y acciones que correspondieran al comprador retraído como consecuencia de la venta. Y el artículo 1518, por su parte, enumera los reembolsos que corresponden al retrayente a consecuencia del ejercicio del retracto.

En otros preceptos del Código Civil aparecen dispersos otros retractos: el de coherederos (art. 1607), subespecie del de comuneros; el de consocios (art. 1708); el de créditos litigiosos (art. 1535 y 1536) y el enfitéutico (art. 1638).

El Código Civil carece de una regulación general del tanteo, tan solo lo contempla en sede de enfiteusis junto al retracto en los artículos 1636 y 1637 del Código Civil. Ambos corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil para el caso de que cualquiera de ellos decida enajenar su respectivo derecho, al objeto de reconstruir la unidad del dominio. La prelación enfitéutica presenta la particularidad de que tanteo y retracto se conceden cumulativamente, de modo que es posible la utilización del retracto aunque se haya dejado pasar la oportunidad de hacer uso del tanteo.

Ahora bien, el Código Civil es el único texto legal donde se encuentra una regulación del retracto legal con pretensiones de generalidad². De hecho, algunas de las leyes especiales que posteriormente regulan derechos de adquisición preferente se remiten expresamente a la disciplina del Código: este es el caso del artículo 25.3 de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU de 1994)³; otras lo hacen tácitamente desde el momento en que omiten aspectos esenciales en su regulación que hace necesario acudir al Código Civil como texto supletorio en la materia, v.gr., el artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias (LMEA de 1995) y el artículo 22 de la vigente Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos (LAR de 2003).

El régimen jurídico de los retractos en el Código Civil presenta unas características que deben ser expuestas juntamente con las consiguientes opiniones doctrinales:

A) La noción de retracto legal: en el vigente Código Civil la definición de retracto gira en torno a la idea de subrogación, y se echa de menos la descripción de las fases de desenvolvimiento del derecho de retracto que en nuestro Derecho histórico efectuaba el *Fuero Real* respecto al retracto gentilicio, recogida siglos después en el *Proyecto de 1836*⁴. Sin embargo, esta nueva manera de definir el retracto ha sido causa de una polémica doctrinal todavía no resuelta; se trata de determinar si el retracto puede usarse una vez celebrado el contrato traslativo haya existido o no *traditio*⁵.

La doctrina de principios del siglo XX opina en su mayoría que el retracto requiere para ser ejercitado que se haya producido la transmisión de la propiedad⁶. La nota disidente en esta época la pone CLEMENTE DE DIEGO al admitir expresamente la posibilidad de usar el retracto desde que tiene lugar la perfección de la venta⁷. Para ello se basó en los siguientes argumentos que deben ser matizados⁸:

1. En primer lugar, CLEMENTE DE DIEGO se apoya en el sentido que se atribuye al término «subrogación» cuando el Código Civil define el

retracto legal: se trata de una subrogación, en sentido técnico, que tiene su ámbito de aplicación en las relaciones obligatorias (arts. 1209 y 1213 CC), de donde resulta que para el ejercicio del retracto basta una venta perfecta. Sin embargo, con el término subrogación no se hace referencia a lo que se ha venido en llamar modo o mecanismo de actuación del retracto, sino a los efectos que este produce una vez que es ejercitado. Esto es, la subrogación del artículo 1521 del Código Civil no debe entenderse en sentido estricto, sino en el más amplio de sustitución o colocación en el lugar de otro, en este caso, en el del comprador. De donde se deduce que la idea de la subrogación en sentido técnico de los artículos 1209 y siguientes del Código Civil no sirve como punto de partida para justificar la posibilidad de usar el retracto respecto a una venta meramente perfeccionada en la medida en que es ajena al concepto de retracto. Más adelante, se verá que el concepto de subrogación aplicable en materia de retractos conduce a una conclusión favorable a la utilización del retracto con venta perfecta, pero no es la noción de subrogación que sostiene CLEMENTE DE DIEGO y posteriormente otros autores. Entre otras cosas, la subrogación del artículo 1209 del Código Civil es inadecuada para definir el retracto por ser impracticable cuando se trata de una venta consumada por la *traditio*⁹.

2. En segundo lugar, el autor citado sostiene que la procedencia del retracto deriva del hecho de que la venta perfecta lesiona el derecho de adquisición preferente, al conducir a la adquisición de la propiedad del bien por el tercero. Ahora bien, lo que hace ejercitable un derecho no es su lesión sino su nacimiento, y este tiene lugar por la concurrencia de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico lo supedita¹⁰. Además, no es cierto que la celebración de la venta lesione el retracto; al contrario, es el presupuesto imprescindible para que tenga lugar el nacimiento de este derecho que el propietario del bien objeto de la preferencia acuerde su compraventa con un tercero. La lesión del retracto tiene lugar cuando el tercero comprador transmite el bien a un tercero sin haber comunicado su adquisición al retrayente.
3. Finalmente tiene razón CLEMENTE DE DIEGO cuando afirma que si se exigiera la consumación para poder ejercitar el retracto, sería fácil burlar su ejercicio, ya que bastaría con mantener la transmisión en la clandestinidad.

B) El término retracto: con la promulgación del Código Civil surge la cuestión terminológica. RIAZA manifiesta en 1919 su rechazo inequívoco al término retracto por considerar que solo es aplicable al retracto convencional: de acuerdo con el sentido etimológico retraer significa volver a traer, por ende

solo es aplicable a las readquisiciones¹¹. Este error, entiende RIAZA, es atribuible al Código Civil, que considera que el retracto legal y convencional son figuras afines¹². Esta opinión será acogida con el transcurrir de los años por la inmensa mayoría de los autores, como se verá en el epígrafe siguiente.

C) Diferenciación entre tanteo y retracto: la distinción entre tanteo y retracto adquiere importancia decisiva cuando es consagrada en los artículos 1636 y 1637 del Código Civil. En efecto, de estos preceptos parece deducirse que el tanteo procede antes de la venta y el retracto después. No obstante, más tarde se podrá comprobar, que el momento preciso en que puede ser ejercitado el tanteo no aparece definido con suficiente nitidez en el Código Civil. Esta ambigüedad tiene su reflejo en la doctrina del momento que se limita a afirmar que el tanteo procede antes de la venta, cuando esta ha sido proyectada¹³. El único autor cuya opinión es inequívoca es QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA cuando dice, sin más explicaciones, que el funcionamiento propio del tanteo requiere una venta ya perfeccionada¹⁴. Baste de momento con resaltar que la diferencia temporal entre tanteo y retracto se erige en piedra de toque de las relaciones estructurales entre ambos derechos.

D) La versatilidad en la conformación de tanteo y retracto: en el Código Civil donde se recogen los dos modelos principales en la conformación del derecho de adquisición preferente: el retracto gentilicio presente en el artículo 1521 del Código Civil y del que se recogen dos casos concretos en los artículos 1523 y 1524; y la prelación enfiteútica en la actualidad recogida en los artículos 1637 y 1638 del Código Civil.

Esta duplicidad de formas o maneras de configurar el derecho de adquisición preferente tienen, a su vez, su reflejo en las primeras leyes arrendaticias que tras la promulgación del Código Civil contemplan supuestos de preferencia. Una de las novedades más importantes que en su tiempo significó la LAR de 1935, fue la concesión al arrendatario de fincas rústicas del derecho de retracto que le permitía acceder a la propiedad de la finca que cultivaba. Dicha Ley, emulando al Código Civil, concede únicamente el retracto, aunque con una amplitud mayor, pues estaba pensado para todo supuesto de transmisión a título oneroso. La definición de retracto que suministra la LAR de 1935 gira igualmente en torno al término subrogación. En efecto, el artículo 16.1, primer inciso, dice así: «[e]n todo caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, de porción determinada o de participación indivisa de la misma podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto, subrogándose el adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión mediante los reembolsos determinados en el artículo 1518 del Código Civil». La LAR de 1935 fue modificada por la Ley de 16 de junio de 1949, que extendió el retracto a la donación *inter vivos* en el caso de los arrendamientos protegidos. Finalmente la regulación de la LAR de 1935 terminó integrándose en el Reglamento de 29 de abril de 1959¹⁵.

Sin embargo, la LAU de 1946 sigue *ab initio* el modelo del Código Civil cuando regula la prelación enfiteútica en cuanto concede el tanteo y retracto al arrendatario cumulativamente. Posteriormente, la LAU de 1956 suprime el retracto en el caso de que el arrendatario no hubiere hecho uso de la facultad de tanteo, manteniéndolo únicamente con carácter subsidiario para el caso de que se pretendiera burlar el derecho de adquisición preferente.

E) Binomio tanteo-retracto: en lo que concierne a las relaciones entre el binomio tanteo-retracto hay un sector doctrinal que pone el énfasis en la inherencia esencial del tanteo y retracto: esto es, que la concesión del retracto lleva aparejada necesariamente la del tanteo, así como el tanteo precisa de la «sanción legal» del retracto cuando la venta se hace sin requerimiento previo al titular de la preferencia. Este fenómeno tiene su manifestación gramatical en que el vocablo tanteo comprende también el de retracto¹⁶.

Por el contrario, otros autores apuntan a la consideración de tanteo y retracto como derechos diferentes. Cuando definen las relaciones tanteo-retracto, los autores agrupados bajo el seudónimo de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, parten de la consideración de que la enajenación, sin aviso previo, no da lugar al retracto, sino que supone el alargamiento del plazo para hacer uso del tanteo a contar desde la consumación de la transmisión¹⁷. RIAZA rechaza la idea de que tanteo y retracto vienen a ser lo mismo y que a quien corresponde el uno goza igualmente del otro¹⁸. Por su parte, MANRESA critica la regulación que el Código Civil hace de la prelación enfiteútica, pues históricamente el retracto se concedía para ser ejercitado cuando el tanteo había sido frustrado, y al suprimir el carácter excluyente de tanteo y retracto, haciéndolos compatibles, convierte en derechos diferentes los que siempre habían sido considerados como dos manifestaciones del mismo derecho de preferencia¹⁹.

2. EL NACIMIENTO DE LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

La doctrina española es unánime en afirmar que un momento clave en el tratamiento doctrinal de estos derechos tiene lugar con la traducción, anotación y divulgación por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER del Tratado de ENNECCERUS²⁰, en cuyas notas de adaptación a la legislación española acogen la categoría de los derechos de adquisición preferente como una categoría superior en la que se integran el tanteo y retracto²¹. A partir de ese momento se convierte en un fenómeno generalizado el estudio de estos derechos en un capítulo propio dentro de los manuales y tratados de Derecho Civil: el correspondiente a los derechos reales de adquisición²². ESPÍN es el primer autor español que dedica en su Manual de Derecho Civil un capítulo propio a los derechos reales de adquisición preferente, entre los que incluye el tanteo y el retracto²³. Entre los

autores a quienes cabe atribuir la responsabilidad de la consolidación de esta opción sistemática cabe incluir a SANTOS BRIZ²⁴, GARCÍA AMIGO²⁵, PUIG BRUTAU²⁶, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN²⁷, ALBALADEJO²⁸ y LACRUZ²⁹.

Por tanto se puede decir que la construcción técnica de los derechos de tanteo y retracto en la doctrina española corre paralela a la conformación de la categoría de los derechos reales de adquisición preferente³⁰. De hecho es en este momento cuando se acuña la expresión *teoría general de los derechos de adquisición preferente*, que responde a la necesidad de sistematizar las reglas comunes a todas las modalidades de preferencia adquisitiva existentes en nuestro Derecho positivo³¹. Y es en el seno de esta teoría general donde se consolidan dos ideas sobre los conceptos de tanteo y retracto, compartidas por la inmensa mayoría de la doctrina:

- a) En primer lugar, existe consenso sobre cuál debería ser de *lege ferenda* la configuración ideal de los derechos de tanteo y retracto: el retracto debe establecerse subsidiariamente para el caso de que no haya sido posible el tanteo. Así lo considera la mayoría de la doctrina que en consecuencia expresan el rechazo tajante a la concesión cumulativa de tanteo y retracto que acoge nuestro Código Civil en la prelación enfiteutica, pues la misma se traduce en una duplicidad de oportunidades innecesariamente perjudicial para la seguridad del tráfico jurídico³². Asimismo es un lugar común en la doctrina la crítica a la concesión en solitario del retracto sin la oportunidad de usar el tanteo, puesto que obliga a frustrar una transmisión, que se podía haber evitado si la preferencia adquisitiva se hubiera ejercitado antes: el retracto en solitario implica grandes inconvenientes, no solo para el tráfico jurídico, también para el titular del derecho de adquisición preferente, que debe asumir unos pagos que no le corresponderían si tuviera la oportunidad de hacer uso del tanteo (*ex art. 1518 CC*)³³. Esta visión doctrinal parece haber tenido una influencia decisiva en los textos legales que posteriormente han disciplinado los derechos de tanteo y retracto, que han optado por esta configuración mayoritariamente defendida por la doctrina. Este es el caso del artículo 25 de la vigente LAU de 1994, al igual que ocurría con los artículos 47 y 48 de la LAU de 1964, y del artículo 22, apartados 2 y 3 de la vigente LAR de 2003, que siguen el modelo de los artículos 87,88 y 91.2 de la derogada LAR de 1980. Todos ellos establecen el retracto con carácter subsidiario para el caso de que el arrendatario no haya podido ejercitar el tanteo, bien a consecuencia de la omisión del aviso previo por parte del propietario, bien porque las condiciones notificadas sean más onerosas que aquellas en las que efectivamente se haya producido la transmisión. La única excepción viene constituida por el retracto de colindantes del artículo 27

de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. Una de las características esenciales de esta regulación es que retorna a la regulación del artículo 1521 del Código Civil al conceder tan solo el retracto. La explicación más plausible a esta opción legislativa es que al tratarse de un retracto de colindantes, al igual que el del artículo 1522 del Código Civil, el legislador ha optado por seguir la tradición jurídica en la configuración del derecho.

Asimismo la categoría de los derechos de adquisición preferente ha adquirido carta de naturaleza en nuestros textos legales. En concreto la LAU de 1994 constituye el refrendo legal a la concepción unitaria de tanteo y retracto, cuyo artículo 25 regula ambos derechos bajo la rúbrica común de «[d]erecho de adquisición preferente», denominación omnicomprendensiva que se reitera en el apartado primero, al declarar que en caso de venta el arrendatario podrá hacer uso del derecho de adquisición preferente³⁴. Lo cierto es que esta terminología había sido acogida anteriormente por la LAR de 1980, aunque no fue empleada con la precisión deseada en cuanto fue utilizada para referirse al supuesto de actuación de la preferencia en enajenaciones distintas a la venta al circunscribir el término derecho de adquisición preferente para referirse a una variante del tanteo y retracto que procede en toda enajenación *inter vivos* distinta a la compraventa (arts. 84 a 97 LAR de 1980). Idéntica sistemática defectuosa sigue la vigente LAR de 2003 al reproducir sustancialmente la regulación de su antecesora (art. 22, apartados 2 a 9). En todo caso, de alguna manera puede considerarse como un reconocimiento por parte de este texto legal que tanteo y retracto se incluyen en la categoría de los derechos de adquisición preferente.

- b) Otro punto común es el abandono doctrinal de la idea de inherencia esencial entre tanteo y retracto. Surge una nueva forma de definir las relaciones tanteo-retracto, basada en la idea de que los vocablos tanteo y retracto tienen su significado propio y específico y dependen de cómo se articulen legalmente las relaciones entre ellos para que se configuren como un solo derecho o dos derechos diferentes. El fundamento de esta idea radica en la «versatilidad» legislativa, o lo que es lo mismo, en el hecho de la configuración jurídica de la institución de la preferencia en el ordenamiento español, que cambia según el texto legal, lo que hace que en cada caso la relación tanteo-retracto sea diferente³⁵:

1. En aquellos supuestos en que el retracto es subsidiario respecto del tanteo, la doctrina aplica la concepción unitaria a la hora de definir las relaciones entre ambos de acuerdo con la idea de que hay un único derecho de adquisición preferente con dos fases sucesivas. Esto es, tanteo y retracto son dos fases de un mismo derecho que

se hallan en una inevitable conexión temporal, en virtud de la cual el tanteo procede antes de la enajenación proyectada, mientras que el retracto debe ser ejercitado una vez que la cosa ya ha sido enajenada³⁶. A la hora de explicar la concepción unitaria del binomio tanteo-retracto se suele decir que como consecuencia de la omisión de la notificación o aviso previo a la enajenación de la finca, se produce la «conversión» del tanteo en retracto³⁷.

ALBALADEJO³⁸ y LACRUZ BERDEJO³⁹, aunque son partidarios de la concepción unitaria, tienen una forma particular de describir estas relaciones que conecta con la visión apuntada anteriormente por QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. ALBALADEJO⁴⁰ niega que la transmisión del bien sin notificación previa haga que el tanteo se convierta en retracto; no es que el tanteo pase a ser otro derecho distinto; sino que a consecuencia del poder directo e inmediato que este derecho real otorga sobre el bien, cuando se obstaculiza su forma normal de ejercicio —antes de la transmisión gracias a la notificación del propietario— es posible ejercitarlo en la forma adecuada para que se haga efectiva la preferencia respecto de una venta consumada. Por tanto, ALBALADEJO concluye que el tanteo se ejercita normalmente antes de que el bien se haya transmitido, pero puede manifestarse una vez producida la enajenación; o como expresa LACRUZ BERDEJO, una vez consumada la enajenación sin notificación previa, el tanteo «persiste y cobra figura similar al retracto»⁴¹.

Lo cierto es que la única diferencia entre ambas posiciones doctrinales es que los primeros se conforman con la distinción terminológica entre tanteo y retracto, mientras que los segundos son contrarios al empleo del término retracto y se muestran partidarios de la unificación terminológica a favor del tanteo. Entre ambas tesis no parecen existir consecuencias prácticas⁴². Solo ALBALADEJO manifiesta que en el caso descrito las obligaciones no deberían ser las mismas: en concreto cuestiona la procedencia de los pagos previstos en el artículo 1518 del Código Civil. Sin embargo, no le queda a este autor otro remedio que reconocer que la conversión del tanteo en retracto, con todo lo que conlleva —incluidas las obligaciones que establece el art. 1518 CC—, está consagrada por la propia Ley, y cita en tal sentido el artículo 25 de la LAU de 1994⁴³.

2. Cuando tanteo y retracto se conceden cumulativamente, o bien en los casos en que el retracto aparece en solitario, se rompe la unidad y la doctrina considera que nos hallamos ante derechos distintos, independientes y autónomos⁴⁴.

El gran inconveniente de esta corriente doctrinal, además de que, como veremos teóricamente es incorrecta, son las consecuencias

prácticas que conlleva: la más importante es que cuando el retracto se concede en solitario, no comporta las posibilidades de actuación de la preferencia ínsitas en el tanteo. Además para quienes opinan —que como veremos más adelante son la inmensa mayoría— que el retracto presupone que se haya transmitido el dominio al comprador, existe otro inconveniente añadido, en cuanto el titular del retracto debe esperar para poder ejercitar su derecho al momento en que tenga lugar la transmisión⁴⁵.

No obstante hay quienes sostienen una concepción diversa sobre las relaciones tanteo y retracto. A este respecto podemos distinguir dos corrientes doctrinales que se separan de la visión dominante desde ópticas diferentes. Por un lado, está la tesis de PASQUAU LIAÑO y DÍEZ SOTO para quienes el tanteo es un mecanismo o instrumento previo, ligado funcionalmente al retracto, mas no participa de su condición de derecho de adquisición preferente. Por consiguiente que el tanteo cumple una función preventiva negativa consistente en que permite saber al propietario si es libre o no para enajenar el bien al tercero⁴⁶. Sin embargo, el tanteo no es una facultad del titular de la preferencia sino del propietario que le permite sondear las intenciones del titular del derecho de adquisición preferente, mas no le compromete a nada, ya que aunque el tanteante declare su voluntad de adquirir, esta manifestación no genera ningún derecho a su favor.

La verdad es que esta concepción es incompatible con lo previsto en nuestros textos legales, que claramente atribuyen al tanteo la condición de derecho de adquisición preferente con todas las consecuencias que ello conlleva. En coherencia con tal condición del tanteo, los artículos 25 LAU de 1994 y 22 LAR de 2003 (al igual que lo hacían sus antecesores de las anteriores Leyes de arrendamientos rústicos y urbanos) disponen que la notificación para el tanteo da derecho al propietario a adquirir la finca en el mismo precio y condiciones; por tanto, a mi juicio, es indiscutible que el tanteo es una facultad integrante del derecho de adquisición preferente y que el propietario solo es libre de transmitir la propiedad del bien objeto del retracto cuando el titular del tanteo ha rechazado el ofrecimiento ínsito en la notificación. Lo disponía expresamente el derogado artículo 90.3 LAR 1980. Se echa en falta una declaración semejante en los artículos 25 LAU de 1994 y 22 LAR 2003, aunque la interpretación teleológica de los citados preceptos nos lleve a idéntica conclusión.

En los últimos tiempos merece la pena destacar la tesis de DOMÍNGUEZ LUELMO, que, cuando estudia el retracto de colindantes a

favor de los titulares de explotaciones prioritarias introducido por la LMEA, en su artículo 27, recupera la idea de inherencia esencial tanteo y retracto, olvidada por la doctrina moderna⁴⁷. A pesar de que el artículo 27 de la LMEA no contiene mención alguna al tanteo, DOMÍNGUEZ LUELMO sostiene que es posible la actuación de este derecho basándose en que en el artículo 1521 del Código Civil está implícito el tanteo, aunque únicamente se regule expresamente el segundo. Esta es la consecuencia de las relaciones entre ambos derechos: tanteo y retracto no son más que dos oportunidades o manifestaciones para acceder a la propiedad de una cosa mediante el ejercicio de un mismo derecho de adquisición preferente⁴⁸. La consecuencia lógica es que a todo tanteo ha de preceder un retracto; igualmente carece de sentido un tanteo sin retracto. Por este motivo cuando aborda la exégesis del artículo 27, el autor citado defiende la posibilidad de ejercitar el tanteo a pesar de que este precepto no lo contemple expresamente —de hecho el epígrafe 3 del capítulo IV de su obra se titula «Posibilidad legal del tanteo de colindantes»⁴⁹. Y a esta conclusión se llega no solo desde una perspectiva lógica, igualmente desde el punto de vista de la conveniencia práctica. Este autor destaca la ventaja fundamental de su tesis: si el titular de la preferencia deja pasar el tanteo, se extingue el derecho de adquisición preferente al perder la opción de ejercitar el retracto del artículo 27 LMEA, una vez consumada la enajenación, y el comprador adquirirá definitivamente la finca colindante siempre que la enajenación tenga lugar en las condiciones previamente notificadas⁵⁰.

3. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE SE EJERCITAN LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

Se ha podido comprobar en el primer epígrafe de este capítulo que para la doctrina española la piedra de toque a la hora de definir los conceptos de tanteo y retracto es que se diferencian por el momento en que operan: esto es, entre tanteo y retracto existe una relación de sucesión cronológica, de manera que el tanteo procede antes y el retracto después⁵¹. Esto quiere decir que los conceptos de tanteo y retracto giran en torno al momento en que deben ser ejercitados respectivamente. Donde se genera la discusión es a la hora de precisar cuándo pueden ser ejercitados tanteo y retracto. Como se podrá comprobar a continuación existen opiniones diversas.

A) EL TANTEO

La determinación del momento en que puede ser ejercitado el tanteo, no está concretado con la suficiente nitidez en los textos legales y, como consecuencia de ello, tampoco en la doctrina. El artículo 1637 del Código Civil suministra una definición poco precisa del derecho de tanteo cuando dice que «el que trate de enajenar el dominio de una finca enfitéutica deberá avisarlo al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca, o en que pretenda enajenar su dominio». Por tanto, lo único que cabe deducir de este precepto es que el tanteo puede usarse antes de la enajenación, no mucho más. De hecho las expresiones «el precio definitivo que se le ofrezca» o el precio «en que pretenda enajenar su dominio» tienen una trascendencia bien diferente. En el primer caso la expresión «precio definitivo» parece exigir la existencia de un acuerdo previo con el tercero, mientras que en el segundo caso parece que son suficientes unos tratos preliminares⁵². Esta ambigüedad terminológica se detecta asimismo en las Leyes de arrendamientos rústicos y urbanos. En efecto, tanto el artículo 25.2 LAU de 1994 como el 22.2 LAR de 2003, cuando precisan el contenido de la notificación para el tanteo, parecen conformarse con la constancia del mero propósito de enajenar del propietario, pero al mismo tiempo exigen que la notificación refleje las condiciones de la transmisión⁵³.

Es por ello que en relación con el momento en que opera el tanteo podemos encontrar división de opiniones. Hay un único dato indubitado en todos los textos legales: la inherencia de la notificación o aviso previo del proyecto de enajenación al derecho de tanteo. Sin embargo no se ha concedido a este hecho la importancia que se merecía por las distintas tesis doctrinales, como se podrá comprobar a continuación. Solo partiendo de esta idea es posible llegar a una concepción precisa y exacta sobre la consistencia del tanteo. Esta idea que acabo de adelantar quedará definitivamente confirmada al estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así pues existen las siguientes líneas doctrinales:

- a) Una teoría que defiende que el tanteo procede una vez perfeccionada la venta y antes de que se produzca su consumación⁵⁴ —entendida como transmisión del dominio al comprador—. Lógicamente los que así opinan mantienen que el retracto exige la consumación.
- b) Sin embargo, no faltan quienes defienden que para el tanteo bastan unos tratos preliminares o incluso el mero propósito de vender del propietario⁵⁵. Normalmente los partidarios de esta tesis suelen inclinarse por la posibilidad de ejercitar el retracto, una vez perfeccionada la venta, aún cuando no se haya transmitido la propiedad al comprador.

En esta línea DÍEZ SOTO explica los motivos por los que cree que el tanteo es admisible antes de que tenga lugar la perfección de la venta⁵⁶. Este autor se apoya en el tenor literal del artículo 1637 del Código Civil

cuando dispone que «el que pretenda enajenar el dominio de una finca el precio definitivo que se le ofrezca, o en que pretenda enajenar su dominio», de donde deduce que dicho precepto no exige que se trate de un precio aceptado y en consecuencia asumido definitivamente. Y si es evidente que este derecho no puede ejercitarse sin notificación previa, carece de sentido exigir que exista un contrato perfeccionado. Ninguno de los dos argumentos son concluyentes. En primer lugar, la terminología del artículo 1637 del Código Civil es de tal ambigüedad que hace difícil obtener una conclusión segura. En todo caso, como se ha dicho antes, la expresión «precio definitivo» perfectamente puede entenderse referida a un contrato ya concluido. Y en relación con el segundo argumento, creo que el hecho de que la notificación esté configurada legalmente como un elemento esencial del tanteo, no contradice la idea de que el tanteo es ejercitable, una vez perfeccionada la venta. Al contrario, en breve se demostrará que la realización de la notificación o aviso previo por el propietario es el elemento que permite diferenciar el tanteo del retracto cuando ambos se ejercitan respecto a una venta meramente perfeccionada.

Por otro lado, quienes defienden que el tanteo procede antes de la venta y que el retracto exige una venta consumada —según la opinión mayoritaria— se encuentran con un grave inconveniente al crearse una laguna en el funcionamiento del derecho de adquisición preferente en cuanto no se admite respecto una venta perfecta, ni como tanteo ni como retracto. Este problema no se plantea para quienes admiten el retracto con venta perfecta y consumada.

Asimismo la tesis de la ejercitabilidad del tanteo antes de la venta se encuentra con un obstáculo insalvable: es incompatible con la condición de derecho de adquisición preferente que indiscutiblemente corresponde al tanteo. Dicho en otros términos, toda preferencia implica la lucha por un derecho subjetivo en virtud de la cual el titular del derecho se ve privado del mismo en favor del titular de la preferencia. Esto es, es inherente a la idea de preferencia el sacrificio del derecho de un tercero que no tendría porque verse afectado si no existiera el derecho de adquisición preferente⁵⁷. Por las razones expuestas, cuando la preferencia versa sobre la posibilidad de adquisición de un bien, lógicamente el derecho subjetivo en liza ha de tener como contenido la facultad de convertirse en propietario del bien objeto de la preferencia. Quiere esto decir que si no está en juego el derecho de un tercero la oferta que el propietario haga al titular del tanteo constituiría un supuesto de contratación ordinaria que no tendría por que quedar sometido a los requisitos y limitaciones características de la adquisición consecuencia de la preferencia adquisitiva.

Para sortear este inconveniente se ha visto en el epígrafe anterior que surge una doctrina que niega al tanteo la condición de derecho de adquisición preferente. Este es el caso de PASQUAU LIAÑO y Díez SOTO que, admitiendo el ejercicio del retracto tan pronto como se perfecciona la venta, mantienen que el tanteo funciona antes de que exista el contrato⁵⁸. BALLARÍN MARCIAL y LACRUZ, a pesar de haberse manifestado a favor de la operatividad del retracto con venta perfecta, opinan acertadamente que el tanteo exige un acuerdo de voluntades con sus elementos esenciales determinados. Probablemente el fundamento de esta tesis radica en la condición de derecho de adquisición preferente del tanteo. BALLARÍN MARCIAL puntualiza que se trata de un acuerdo condicionado a la efectividad del tanteo⁵⁹. LACRUZ apostilla que para el tanteo no bastan unos meros tratos preliminares, ha de existir «la decisión irrevocable» de llevar a cabo una compraventa con sus elementos esenciales determinados⁶⁰.

Ahora bien, ambos autores eluden hablar de una compraventa perfeccionada como presupuesto del tanteo. El inconveniente que *a priori* se plantea al respecto es cómo es posible que tanteo y retracto puedan ser ejercitados en el mismo instante, si es verdad indiscutible en la materia que lo que caracteriza a ambos derechos es que se diferencian por el momento en que pueden ser ejercitados.

Con el fin de eludir este obstáculo, estos autores acuden a una tesis discutible desde un punto de vista técnico. Así se deduce de la puntualización que hace BALLARÍN MARCIAL, según la cual el acuerdo de vender y comprar está condicionado por el tanteo: parece que la opinión de ambos está basada en la creencia de que la sumisión del citado acuerdo a condición suspensiva impide su perfección⁶¹. De este modo se salvaguarda la sucesión cronológica que constituye, según doctrina indiscutida, el eje vertebral de las relaciones entre tanteo y retracto, ya que el tanteo procedería en un momento anterior al retracto, cuando hay un acuerdo cuya perfección está condicionada a la efectividad del tanteo. Sin embargo, en la actualidad puede considerarse doctrina unánimemente aceptada que la sumisión de un contrato a condición suspensiva no impide su perfección, sino que le priva de eficacia en tanto penda el cumplimiento de la condición⁶².

- c) Hay un sector doctrinal que admite que el tanteo puede ser ejercitado tanto cuando han comenzado los tratos preliminares como una vez perfeccionada la venta. Por tanto, el tanteo procede en dos momentos distintos, pero siempre antes de la consumación que queda reservada al retracto⁶³.
- d) Por último, tampoco faltan los que manifiestan una visión ambigua, pareja a la falta de claridad de nuestros textos legales, al limitarse a

afirmar que el tanteo procede cuando hay una enajenación proyectada, sin precisar qué figura jurídica encaja en la idea de enajenación proyectada⁶⁴.

B) EL RETRACTO

Igualmente en el caso del retracto, la oscuridad de la legislación vigente es la causa de la falta de unanimidad doctrinal sobre el momento en que procede ser ejercitado. Razón por la cual se reproducen las tesis doctrinales existentes recién promulgado el Código Civil. La doctrina mayoritaria entiende que la consumación de la venta, esto es, cuando el acuerdo transmisor se ha consumado mediante la tradición, constituye el momento inicial de ejercicio del retracto⁶⁵. Por el contrario, siguen siendo minoría quienes admiten el retracto cuando se trata de una venta meramente perfeccionada⁶⁶.

Aquellos que restringen el retracto a la consumación se basan sencillamente en que los textos legales prevén que el retracto sea ejercitado una vez producida la transmisión, pero no suministran ninguna razón convincente para descartar la posibilidad de ejercitar el retracto antes de que haya habido *traditio*. Ciertamente ocurre así con las vigentes leyes arrendaticias (que siguen el precedente de sus antecesoras). Menos clara es la redacción del Código Civil, que emplea una terminología heterogénea a la hora de precisar las posiciones jurídicas afectadas. En efecto, mientras que los artículos 1521, 1522 y 1656 adoptan como punto de referencia una posición jurídica real (así resulta de las expresiones «el que adquiere» del artículo 1521; «enajenar a un extraño» del artículo 1522; y «en las enajenaciones a título oneroso» del artículo 1656.6.^a); sin embargo, en el artículo 1523 (dice que el retracto de colindantes procede cuando se trate de «la venta de una finca rústica») y 1636 (cuando dice que tanteo y retracto proceden cuando el dueño directo o útil «vendan o den en pago») el punto de vista adoptado respecto a la posición jurídica afectada es el obligatorio⁶⁷. Por este motivo la terminología del Código Civil no puede tener un peso decisivo. De hecho para muchos es prueba de que el retracto exige la consumación, pero tampoco falta quien sostiene que la misma conduce a la conclusión contraria⁶⁸.

Por tanto, el argumento terminológico es muy endeble si lo comparamos con la trascendencia de los criterios de los partidarios de la utilización del retracto con una venta meramente perfeccionada, sin necesidad de que haya habido *traditio*, ni, por tanto, traspaso del dominio al comprador:

- a) Lo cierto es que la posibilidad de usar el retracto, antes de que haya tenido lugar la consumación de la transmisión, es consecuencia directa de la vigencia de la teoría del título y del modo como sistema de transmisión del dominio en el Derecho Civil español, *ex* artículo 609 del

Código Civil⁶⁹. Esta es la razón, como apostilla Díez Soto, de que el problema de la configuración de los derechos de adquisición preferente en el ordenamiento jurídico español presente perfiles propios⁷⁰. En efecto, este sistema permite diferenciar, al menos teóricamente, dos fases entre venta perfecta y venta consumada por la *traditio*, por lo que a la transmisión del dominio se refiere, de donde resulta que el retrayente puede subrogarse en los derechos del comprador no solo cuando el bien le ha sido transmitido al primero, sino también cuando únicamente tiene un *ius ad rem* o derecho de crédito a que le sea transmitida la propiedad del bien, que le facultará para convertirse en propietario al igual que el comprador. Por ende, en uno y otro supuesto se cumple la finalidad por la que se concede el derecho de retracto⁷¹. Por tanto, en mi opinión la admisibilidad del retracto antes de la transmisión resulta de una interpretación lógica que atiende a la propia finalidad de la norma. El sistema de transmisión del dominio es un factor determinante en la configuración de la estructura de los derechos de adquisición preferente, como se pone de manifiesto de la comparación de los sistemas de transmisión acogidos por el Derecho español con el del Derecho francés e italiano, por un lado, y el alemán por el otro.

Los Ordenamientos francés (arts. 1138 y 1583 de su CC) e italiano (art. 1376 de su CC) tienen en común que rige un sistema consensual de transmisión del dominio que determina que coincidan en el mismo instante la perfección y consumación de la venta. Por tanto, la actuación del derecho de preferencia tiene lugar respecto de la venta consumada y recibe el nombre de retracto, en francés *retrait* y en italiano *ritratto* o *risicatto*. En consecuencia, en ambos Ordenamientos el retracto está abocado a ser ejercitado respecto a una venta consumada con todos los inconvenientes que conlleva para el tráfico jurídico, ya que, como veremos en su momento, implica la sustitución en la venta del comprador primitivo y la desaparición retroactiva de los derechos nacidos a favor de terceros. Por este motivo en el Ordenamiento francés e italiano se introduce un mecanismo previo que permita hacer efectiva la preferencia antes de la perfección de la venta. En Italia este mecanismo previo recibe el nombre de *prelazione*⁷² y en Francia *préemption*⁷³ y tienen en común que su actuación procede cuando existen tratos preliminares, consecuencia de la oferta en firme realizada por un tercero al propietario del bien objeto de la preferencia o bien cuando existe un precontrato. El BGB, con carácter general, regula tan solo el derecho de adquisición preferente de origen convencional, esto es, el establecido por contrato cuya regulación se contiene en sede de compraventa en los párrafos 504 a 514⁷⁴. Este derecho puede ser establecido con carácter personal (párrafo 504 BGB) o bien con eficacia real en cuyo caso únicamente

puede afectar a inmuebles y requiere acuerdo de las partes e inscripción en el Registro, gozando frente a terceros de los efectos de una anotación preventiva (parágrafo 1098). El derecho de adquisición preferente presupone la celebración de una venta con un tercero y recibe el nombre de *vorkaufrecht*, que literalmente significa precompra, pero que la doctrina española suele traducir como tanteo⁷⁵. El derecho de *vorkauf* puede ser ejercitado tan pronto como el sujeto obligado haya concluido con un tercero un contrato de compraventa del inmueble en cuestión⁷⁶. Y, por tanto, el *vorkauf* es un derecho pensado para ser ejercitado en el punto intermedio entre la celebración del contrato y la perfección de la venta a consecuencia de la notificación del obligado al titular de la preferencia (parágrafo 463 BGB). La actuación del derecho da lugar a la perfección de la venta entre el titular y el obligado en las mismas condiciones que este hubiera concertado con un tercero. Si el obligado incumple y transmite la propiedad de la finca a un tercero, tan solo tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios, a no ser que las partes le hubieran atribuido expresamente efectos reales, para lo cual es necesario acuerdo e inscripción en el Registro de la Propiedad, y en ese caso, puede hacer efectivo su derecho a ser preferido frente al adquirente y convertirse en propietario de la finca⁷⁷.

Por tanto, de la configuración técnica de la preferencia en el Derecho alemán interesa destacar las siguientes notas: la actuación del derecho presupone que el sujeto obligado haya concluido un contrato con un tercero. En consecuencia, esta es la forma normal de ejercicio del derecho. Únicamente el *vorkauf* real puede ser utilizado frente al adquirente, una vez consumada la venta, además ambas fases se denominan con un único término lo que denota que integran un único derecho⁷⁸. No se prevé mecanismo alguno para ejercitar la preferencia en la fase anterior a la celebración del contrato.

En el Derecho alemán rige el sistema del acuerdo abstracto traslativo que hace independiente la validez del negocio dispositivo de la validez del negocio obligatorio, de modo que el título en virtud del cual se procede a la enajenación podrá ser nulo o anulable, y no por ello la enajenación dejará de surtir efectos (parágrafos 929 y 873 del BGB). Este sistema de transmisión del dominio, diverso a la teoría del título y modo del ordenamiento español, tiene en común con aquel que permite la concurrencia de dos fases en el proceso adquisitivo, la venta perfecta y la consumada, y justamente es en esta primera fase, antes de que haya tenido lugar la transmisión al tercero cuando está prevista que tenga lugar el ejercicio del derecho de preferencia. La actuación después de consumada la venta solo está prevista para el caso de infracción del derecho.

Lo expuesto nos permite ver con más claridad porqué en el Derecho español los dos momentos posibles en que puede operar la transmisión del dominio son la venta perfecta y la venta consumada, sin que antes tenga sentido la actuación de la preferencia. El punto común entre el sistema de transmisión del dominio en el Derecho alemán y el español es la posibilidad de distinguir dos fases en el proceso transmisivo, venta perfecta y consumada; esto hace que las fases del derecho de adquisición preferente sean las mismas en uno y otro Derecho.

En resumen, cuando perfección y consumación coinciden en un único instante necesariamente el ejercicio de la preferencia previa a la adquisición de la propiedad forzosamente ha de tener lugar antes de que se celebre la venta. Sin embargo, cuando perfección y consumación pueden desglosarse en el tiempo, es el espacio intermedio entre ambas, aquel en que se desarrolla la primera fase del derecho de adquisición preferente al ser innecesario el establecimiento de un mecanismo previo a la transmisión.

La diferencia es que en el Derecho alemán existe un único término para referirse a los derechos de adquisición preferente en todas sus fases, mientras que en el Derecho español existe una especialidad terminológica que resulta de la función específica que cumple el tanteo en el Derecho español: esto es, mientras que en el Derecho alemán la única diferencia entre las dos fases del *vorkauf* es el momento en que proceden, en cuanto a tenor del BGB goza de idéntica virtualidad, la notificación para el tanteo tanto si proviene del propietario como del tercero con quien aquel ha concluido la venta⁷⁹; sin embargo, en el Derecho español —como veremos en la parte de este estudio dedicada al ejercicio del tanteo arrendaticio rústico— la notificación por parte del propietario produce unos efectos que no son atribuibles a cualquier otra forma por la que el titular del derecho de adquisición preferente conozca que el propietario tiene concertada la venta de la finca con un tercero; esta diversidad de efectos justifica que en un caso se hable de tanteo y no de retracto.

- b) Si el retracto, teóricamente, es susceptible de ser utilizado con venta perfecta y venta consumada, no hay motivo para imponer un límite a un derecho subjetivo que no está previsto legalmente. Por otro lado, del hecho de que la Ley solo contemple expresamente la actuación del retracto tras la consumación, no cabe deducir automáticamente que no sea posible la actuación del retracto respecto a una venta meramente perfeccionada; es cierto que la Ley no lo contempla de manera explícita, pero tampoco lo prohíbe. Por ello parece que tiene razón Díez Soto cuando afirma que la falta de contemplación del retracto respecto a una venta perfecta, se debe probablemente a una razón tan sencilla como que

el legislador únicamente ha tenido en cuenta el supuesto más frecuente de actuación del retracto⁸⁰, una vez consumada la venta, sin que de ahí quepa deducir una voluntad de circunscribir los límites del derecho de retracto más allá de lo que resulta de la propia lógica de las cosas.

- c) A estos argumentos de lógica jurídica cabe añadir un argumento práctico fundamental: el ejercicio del retracto respecto una venta consumada conlleva una peligrosidad para el tráfico jurídico de la que carece la venta cuando todavía no ha habido transmisión, especialmente teniendo en cuenta que el retracto prevalece incluso contra tercero hipotecario (art. 37 LH). Este es el motivo por el cual quienes defienden que el retracto únicamente procede respecto a una venta consumada, manifiestan una actitud especialmente crítica hacia la concesión del retracto en solitario.
- d) Un argumento decisivo es que la admisibilidad del retracto respecto a una venta perfecta ha sido declarada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Que esto es así —en contra de lo que opina la doctrina mayoritaria— es algo que trataré de demostrar en el epígrafe siguiente.

4. ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LOS CONCEPTOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

La variedad en las formas de configurar el derecho de adquisición preferente ha constituido un factor de confusión para la doctrina española a la hora de descifrar los conceptos de tanteo y retracto. En efecto, vista la posición de la doctrina española sobre la consistencia de los derechos de tanteo y retracto podremos verificar que existe entre nuestros autores la tendencia a importar soluciones del Derecho Comparado.

La mayoría de nuestra doctrina se inspira en el modelo alemán, de acuerdo con el cual tanteo y retracto son dos fases de un mismo derecho que únicamente se diferencian entre sí por el momento en que operan, siendo idénticos sus efectos⁸¹. Al igual que en el Derecho alemán, quienes así piensan son partidarios de la adopción de un único término para referirse a ambos momentos, y dada la actitud crítica que toda la doctrina española mantiene hacia el término retracto, se considera que la denominación adecuada es la de tanteo. Lo cierto es que debe ser desechada la premisa según la cual, tanteo y retracto se diferencian por el momento en que proceden; al contrario, son manifestaciones diversas de una misma realidad, el derecho de adquisición preferente, que comparten un ámbito común de actuación: la compraventa perfecta todavía no consumada.

De otro lado se ha visto que hay quienes mantienen una concepción más cercana al Derecho italiano y francés al considerar que el tanteo es equivalente a la *prelazione* del Derecho italiano o *préemption* del Derecho francés en cuanto

lo conciben como un mecanismo previo que participa de una naturaleza distinta a la del retracto y que procede cuando existen tratos preliminares, consecuencia de la oferta en firme realizada por un tercero al propietario del bien objeto de la preferencia o bien cuando existe un precontrato⁸². Esta visión supone obviar la indiscutible naturaleza de derecho de adquisición preferente que corresponde al tanteo.

Por tanto, ninguna de estas dos opciones encaja adecuadamente con la regulación del Derecho español, con el agravante de que, como hemos podido comprobar, desemboca en actitud crítica por parte de nuestros autores hacia nuestro Derecho positivo en materia de tanteos y retractos.

Cuando nos ocupemos del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se podrá comprobar que la diferencia entre tanteo y retracto, cuando ambos se ejercitan respecto a una venta meramente perfeccionada, radica en que mientras que el tanteo implica la notificación previa, el retracto supone que el conocimiento ha sido adquirido por otros medios. En efecto, un aspecto que no ha sido suficientemente resaltado por la doctrina, y que se deduce claramente de nuestros textos legales (arts. 1637 CC, 25 LAU de 1994 y 22.2 de LAR 2003), es que la notificación está indisolublemente unida al tanteo, es decir, es un elemento integrante de este derecho.

Además la inherencia esencial tanteo-retracto parece la forma más acertada de describir las relaciones tanteo-retracto, pues si se admite el retracto con venta perfecta, aún en aquellos casos en que únicamente se conceda el retracto, no hay motivo para negar la virtualidad del aviso previo de la misma en el caso de que el propietario se decida a realizarlo.

Estas afirmaciones nos llevan a un interrogante fundamental: cómo justificar el sentido y funcionalidad que tiene la distinción terminológica entre tanteo y retracto que recogen nuestros textos legales. Ya hemos adelantado aquí algunas ideas, no obstante solo estaremos en condiciones de responder a este interrogante tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa a la consistencia jurídica de los derechos de tanteo y retracto.

5. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA Y LAS CAUSAS DE OMISIÓN DEL TANTEO EN EL ARTÍCULO 1521 DEL CÓDIGO CIVIL: EN DEFENSA DEL CÓDIGO CIVIL

La posición que el Código Civil ocupa en el Derecho Privado y el hecho de que es el único texto que contiene una regulación con pretensiones de generalidad, aunque incompleta, hace que sea punto de referencia obligado para la construcción técnica de los derechos de adquisición preferente⁸³.

Sin embargo, nuestra doctrina suele mantener una actitud crítica en lo que concierne a la regulación del Código Civil en la materia que nos ocupa princi-

palmente por cuatro motivos: porque se regula en sede inadecuada en el título dedicado a la compraventa y conjuntamente con el retracto convencional; porque se define el funcionamiento del retracto mediante las ideas de resolución y subrogación; porque se equivoca el Código cuando aplica el término retracto al retracto legal; y porque en la regulación del retracto legal no se incluye al tanteo⁸⁴. A continuación me ocuparé de los dos últimos motivos enunciados, dejando el estudio de los otros dos para el último capítulo de este trabajo.

5.1. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Un lugar común a la doctrina española es la actitud crítica que adopta hacia el Código Civil por emplear el término retracto para referirse al retracto legal por considerar que solo es acertado para nombrar al retracto convencional. RIAZA en su obra titulada *Los retractos, errores dominantes acerca de la materia*, expresa su perplejidad porque los tratadistas del Derecho Civil apliquen el nombre de retracto al derecho contemplado en el artículo 1521 del Código Civil. El vicio de este origen está en considerar que el retracto legal y el convencional son figuras afines, idea proveniente de la doctrina del siglo XIX⁸⁵. Por tanto, RIAZA propone como una tarea esencial para superar esta confusión, la de desentrañar el concepto y significado de la palabra retracto. Este autor afirma que «vulgarmente» retraer significa *volver a traer, traer otra vez, traer de nuevo*, reintegrar una cosa al estado en que ya se ha encontrado. Este autor deduce esta idea de los siguientes datos: el Diccionario de la Real Academia Española⁸⁶ dice que la palabra retracto procede de *retractus*; además explica que el prefijo *re* denota ordinariamente oposición o resistencia, por ejemplo, reclamar o recargar; también puede significar reiteración o repetición y este es el significado que debe atribuirse a la palabra re-traer; por último, el verbo traer según el Diccionario de la Real Academia Española⁸⁷ viene del latín *trahere*, que significa mover una cosa hacia la persona que habla. Por consiguiente RIAZA opina que no existe ninguna razón para que el concepto científico de retracto no se corresponda con el gramatical y vulgar. Y de acuerdo con lo expuesto llega a la siguiente conclusión: «retraer significa una repetición en la tracción, una reiteración en la acción de retraer; es traer otra vez, volver a traer, trae de nuevo, por segunda vez, con repetición. Pasa, pues, que retrayendo se vuelve una cosa a su primitivo lugar, se recupera (esta es la palabra) un objeto que se ha perdido; vuelve a nuestro patrimonio lo que de él salió, lo que existía con anterioridad; en suma, hay una reintegración»⁸⁸. Por tanto, el término retracto nos sitúa en el ámbito de las readquisiciones, de donde se deduce que este vocablo únicamente es certero para el retracto convencional⁸⁹.

Posteriormente el término retracto será criticado por un amplio sector de la doctrina española que hace suya la teoría de RIAZA de la inadecuación del

vocablo retracto aplicado al legal⁹⁰. De todos modos, entre los autores se producen reacciones diversas a consecuencia del rechazo al término retracto. La mayoría se resigna a su utilización, amparándose en el respeto a la tradición y porque además de ser la terminología acogida por nuestro Derecho positivo, se ha generalizado su uso en la jurisprudencia y la doctrina⁹¹. Otros, sin embargo, partiendo de la concepción unitaria de acuerdo con la cual tanteo y retracto son dos fases de un mismo derecho, proponen de *lege ferenda* la unificación terminológica para referirse a todas las manifestaciones del derecho de adquisición preferente y consideran que ese término debe ser el de tanteo⁹². Dentro de este sector doctrinal hay quienes proponen la adjetivación del vocablo tanteo con las palabras preadquisitivo y postadquisitivo, en función de la fase del derecho de que se trate⁹³.

Y tampoco faltan excepciones a la doctrina dominante. BORRELL Y SOLER, no solo no formula reparo alguno respecto a la terminología legal, antes bien, siguiendo la tradición decimonónica subraya su ambivalencia para referirse igualmente a ambas fases de la preferencia⁹⁴. Igualmente GARCÍA AMIGO se muestra partidario del término retracto para referirse al retracto legal⁹⁵. BARBER CÁRCAMO afirma que es conveniente mantener distinta denominación para cada uno de los modos de ejercicio del derecho de adquisición preferente, ya que facilita su respectivo reconocimiento⁹⁶.

Hay dos datos esenciales que ponen en entredicho la opinión dominante sobre el sentido etimológico del término retracto y sobre la inadecuación del mismo para denominar a la figura jurídica del retracto legal. Por un lado, están los resultados de la investigación histórica de RUBIO TORRANO, que se ocupa de esta cuestión terminológica cuando estudia el retracto convencional o pacto de retroventa. RUBIO TORRANO sitúa el origen del término retracto en los autores del *ius commune*: entre otros, el autor cita a TIRAQUELLUS, BALDUS y DE LUCA⁹⁷. Es en el Derecho intermedio cuando la preferencia legal adquiere carácter institucional, como consecuencia de un desarrollo legislativo y doctrinal relevante en Francia y en Italia, una de cuyas manifestaciones es la adopción del término latino *retractus legalis*, que compartió inicialmente protagonismo con el de *ius prothomiseos* de origen griego⁹⁸. Todo ello revela que el término retracto nació inicialmente para denominar al retracto legal y posteriormente se extendió al convencional, lo que pone en tela de juicio la opinión de RIAZA, seguido por la doctrina española, sobre la validez exclusiva del término retracto para referirse al convencional. De hecho los autores del Derecho intermedio crean el término *retractus prelativus* para referirse al derecho de preferencia en todas sus posibles manifestaciones⁹⁹. En efecto, RUBIO TORRANO explica que el *ius retractus* puede ser ejercitado en dos fases distintas: en primer lugar, como consecuencia de la notificación previa a la venta efectuada por el propietario, que tiene la intención de transmitir el bien y, en una segunda fase, para el caso de que la cosa hubiera sido vendida sin la oferta previa¹⁰⁰. En España el vocablo de origen latino

retractus fue acogido decididamente por los autores españoles. Así cabe citar a Gregorio LÓPEZ, insigne comentarista de las Partidas, y a Antonio LÓPEZ, estudioso de las Leyes de Toro, ambos utilizan el vocablo retracto en sus obras¹⁰¹. Por tanto, se puede decir que el origen del término retracto es producto de la creación doctrinal y luego fue acogido por los textos legales.

La confirmación de la tesis expuesta sobre el origen del término retracto descansa en la obra de ALBORNOZ titulada *El arte de los contratos*, del año 1573. Este autor de principios del Renacimiento explica en la citada obra que el retracto al ser nuevo no tiene nombre ni en latín ni en romance: la creación del vocablo retracto se debe a «los latinos modernos»¹⁰². Es evidente que por tales debemos entender a los glosadores del Derecho intermedio a los que se refería RUBIO TORRANO. Por otro lado, es sumamente interesante la explicación que ALBORNOZ en 1573 atribuye al significado y origen etimológico de la palabra retracto, cuando dice que este término explica bien su naturaleza y significado por oposición al término contrato, que viene de la fusión de «tracto» y «con», y quiere decir traer en uno las voluntades diversas; mientras que retracto quiere decir que «lo ya estaba traído sacarlo afuera», esto es, que después de hecho el contrato, el que retrae entra de por medio y deshace lo que ya estaba hecho o acordado, sacando para sí la cosa contratada¹⁰³. Además este significado etimológico coincide con el de «sacar por el tanto», expresión con la que inicialmente se designa al retracto en el Derecho histórico español. Por tanto, esto significa que retracto viene de retractarse y quiere decir deshacer lo que ya estaba hecho; en definitiva, enervar los efectos del contrato realizado.

De lo expuesto resulta:

- 1.º Que el Código Civil no es el primer texto legal al que cabe atribuir el empleo del término retracto; antes bien, el acogimiento de este término revela que el legislador decimonónico era un buen conocedor de nuestra tradición jurídica: de hecho, el primer rastro del término retracto en nuestro Derecho histórico aparece en la Baja Edad Media, en las *Ordenanzas Reales de Castilla*¹⁰⁴. Pero el origen del vocablo retracto trasciende nuestras fronteras, ya que tiene su origen en los juristas de la Europa del medioevo. Además es muy significativo el hecho, ignorado por nuestra doctrina, de que el uso de este término persista tanto en el Derecho italiano como en el Derecho francés, por ende, no es patrimonio exclusivo del Derecho positivo español¹⁰⁵.
- 2.º Por otro lado, tampoco es cierto que el defecto del Código Civil sea extender el término retracto al retracto legal. Por el contrario, inicialmente nace para referirse a esta modalidad de retracto y luego se aplica al convencional.
- 3.º Por último, se puede concluir que retraer significa deshacer los efectos del contrato, lo que pone de manifiesto su adecuación para referirse

tanto al retracto legal como al convencional, pues es un efecto común a ambas figuras. Es más, creo que el Código Civil ha acertado al regular conjuntamente ambos retractos que comparten nombre y sede por el estrecho parentesco que existe entre ambos, consecuencia, a su vez, de su afinidad en «las consecuencias y efectos que producen»¹⁰⁶, que, como resalta el origen etimológico del nombre de retracto, supone invalidar o deshacer el principal objetivo que persigue la venta: la adquisición del derecho de propiedad sobre el bien por el comprador, si bien esta es una cuestión de la que me ocupare con el debido detenimiento en el capítulo final de este trabajo.

En suma, queda demostrado el acierto del Código Civil al aplicar el término retracto, tanto el legal como el convencional, a pesar de las unánimes críticas vertidas por la doctrina española.

5.2. LAS CAUSAS DE LA OMISIÓN DEL TANTEO EN EL CÓDIGO CIVIL

Uno de los interrogantes que suscita la regulación de Código Civil es porqué el tanteo legal carece de una regulación general de la que sí goza el retracto legal; en otras palabras, se trata de averiguar los motivos del distinto trato que reciben tanteo y retracto en la regulación codificada. La mayoría de la doctrina, aunque se lamenta de esta circunstancia, asume que la consecuencia ineludible es la imposibilidad de hacer uso del tanteo cuando el retracto aparece en solitario¹⁰⁷. Sin embargo, hay quienes no se resignan a esta consecuencia claramente perjudicial para la seguridad del tráfico, en cuanto es deseable que la posibilidad de hacer efectiva la preferencia tenga lugar antes de la transmisión de la propiedad al comprador, y buscan otras explicaciones que permitan defender la idea de que en realidad en el artículo 1521 del Código Civil está implícita la posibilidad de ejercitar el tanteo. Hay dos autores que han formulado explicaciones distintas de este hecho que, no obstante, coinciden en atribuirlo a un error histórico, en el que está incurrido nuestro Código Civil.

Por un lado, está la tesis de COCA PAYERAS, que se basa en su interpretación del periodo codificador. El punto de partida es el *Proyecto de 1836*, que regula juntamente tanteo y retracto y realiza una perfecta delimitación de los mismos: según este autor, el artículo 1153 del Proyecto establece como momento de actuación del tanteo el de celebración de la venta, mientras que sitúa el retracto una vez producida la consumación. Esta delimitación se debe a que el Proyecto acoge un sistema de transmisión de los derechos reales de tradición causal¹⁰⁸. Posteriormente en el Proyecto de 1851 desaparece el tanteo y únicamente se regula el retracto «por una razón histórica»: para COCA PAYERAS la explicación está en el sistema de transmisión de dominio que acoge el proyecto por influencia

francesa. En efecto, el Proyecto 1851 siguiendo al *Code* de Napoleón opta por un sistema consensual de transmisión del dominio que impide distinguir entre venta perfecta y venta consumada, y en consecuencia el tanteo pierde su razón de existir, en la medida en que no es posible distinguir entre venta perfecta y consumada. Cuando se promulga el Código Civil, a juicio de este autor, no se repara en que el retorno a un sistema de tradición causal hacía posible y necesaria la regulación del tanteo. Por tanto, la razón de que no exista una regulación general y sistemática del tanteo se debe a un error más que a una decisión consciente sobre cuál debe ser la configuración de los derechos de adquisición preferente; en palabras de COCA PAYERAS se produce «(...) una traslación inmediata, automática, del bloque normativo retractual del Proyecto de 1851 al Código, transformando con esta actitud lo que era un acierto técnico en un olvido inexcusable»¹⁰⁹.

Para COCA PAYERAS el modo de enmendar este error por omisión es concluir que a pesar del tenor literal del artículo 1521 del Código Civil, en este precepto debe entenderse incluidos el tanteo y el retracto. Y para reforzar esta idea se apoya en la STS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg. núm. 121), según la cual el tanteo implica el retracto, en la medida en que ambos buscan la misma finalidad, argumento que es «reversible» de modo que, a la inversa, cabe entender que el retracto presupone el tanteo¹¹⁰.

Para FELIU REY el «vacío normativo del tanteo en el Código Civil» obedece a la confusión entre tanteo y retracto, basada en la consideración de que se trata de un mismo derecho, y que este autor detecta en diversos textos históricos (principalmente en las *Partidas*, el *Ordenamiento Real* y la *Novísima Recopilación*)¹¹¹.

Cabe hacer una interpretación distinta a la propugnada por las tesis expuestas por los siguientes motivos:

- 1.º No es cierto que el *Proyecto de 1836* distinga entre tanteo y retracto y los delimite por el momento en que operan. Al contrario, el mencionado texto utiliza como sinónimos los términos tanteo y retracto, aplicables indistintamente a cualquiera de las dos fases del derecho de adquisición preferente, antes y después de que haya sido vendido el bien.
- 2.º Por lo mismo, tampoco explica que el *Proyecto de 1851* contemple exclusivamente el retracto, el hecho de que adopte un sistema consensual de transmisión del dominio. La razón es otra: el legislador elige el término retracto, uno de los términos usados históricamente, con todas las posibilidades que su concesión conlleva en cada caso. Así en el *Proyecto de 1851*, la adopción de un sistema consensual de transmisión de dominio —que no permite diferenciar entre venta perfecta y venta consumada— supone *per se* que el retracto solo pueda ser ejercitado en el momento de la consumación. No ocurre así ni en el Anteproyecto de 1888 ni en el Código Civil, donde cambia el sistema de transmisión del dominio, pero no el significado del término retracto.

- 3.º Por otro lado, como ha quedado reflejado al inicio de este capítulo, y será confirmado más adelante, el concepto de tanteo, que según COCA PAYERAS resulta del *Proyecto de 1836*, no corresponde con el del Derecho positivo vigente, pues para que nazca el tanteo no basta con la celebración de la venta por el propietario con un tercero, además esta ha de ir acompañada del ofrecimiento de la venta en las condiciones pactadas con el tercero por el propietario al titular del Derecho de adquisición preferente.

Tampoco parece acertado hablar de confusión entre tanteo y retracto en los textos indicados, cuando el término tanteo no se conoce en nuestro Derecho histórico hasta la *Novísima Recopilación*, y además surge *ex origine* en nuestro Derecho con idéntico significado al término retracto¹¹². Igualmente en el *Proyecto de 1836* serán utilizados indistintamente los términos tanteo y retracto¹¹³. Será después cuando adquirirá un sentido privativo y distinto, cuando algunos textos legales decimonónicos reservan por primera vez el término tanteo al ejercicio de la preferencia como consecuencia del ofrecimiento previo del propietario. En concreto, es el *Proyecto de Foros de 1877* donde aparece acuñado por primera vez los conceptos de tanteo y retracto, tal y como están recogidos en el Derecho positivo vigente¹¹⁴. A pesar de esta especialización terminológica, característica del Derecho histórico español, ambos términos, tanteo y retracto, siguen conservando su valor omnicomprendivo, como constata la conocida STS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg. núm. 121)¹¹⁵. En definitiva, si no se detecta confusión en el Derecho histórico patrio entre tanteo y retracto, es obvio que esta no puede ser la causa de la preterición del tanteo legal.

De lo dicho se infiere que otra ha de ser la causa de omisión del tanteo en el Código Civil: si los términos tanteo y retracto son equivalentes y ambos comprenden todas las manifestaciones posibles del derecho de adquisición preferente, lo único que cabe deducir de la regulación del Código Civil es una preferencia u opción terminológica favorable al retracto, que conserva el mismo significado omnicomprendivo que tenía en nuestro Derecho histórico común y que arranca en el *Fuero Real*: derecho de preferencia que puede ser ejercitado en todas las eventuales fases del proceso transmisivo, según resulta de la teoría del título y el modo —venta perfecta y consumada— y, en su caso, a consecuencia del ofrecimiento previo del propietario previo a la transmisión.

En suma, el Código Civil no hace otra cosa que asumir nuestra tradición legislativa al optar, por la forma más exitosa de referirse al derecho de adquisición preferente: el término retracto acuñado durante siglos.

Así pues, se podrá observar que la conclusión expuesta, a efectos prácticos no difiere de la de COCA PAYERAS y FELIU REY. Ahora bien, la ventaja es que preserva la coherencia de nuestro Derecho histórico, y, sobre todo, salvaguarda la regulación del Código Civil en la que, de acuerdo con la tesis esgrimida, no

cabe detectar falla alguna. Es, por ende, la explicación más satisfactoria, no solo desde un punto de vista lógico y práctico, sino que demuestra el buen hacer del legislador y la suficiencia de nuestro Derecho patrio para resolver las dudas que nos plantea la institución de los tanteos y retractos legales, sin necesidad de forzar el sentido del Código Civil. Es nuestro pasado jurídico el que nos lleva a la inteligencia adecuada del Derecho positivo vigente.

6. RECONSTRUCCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE TANTEO Y RETRACTO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

6.1. CONCEPTO DE TANTEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La mayor parte de las sentencias dirigidas a resolver este problema han sido dictadas entre los años cincuenta y los sesenta en relación con el tanteo arrendaticio urbano. Este hecho se debe a que la LAU de 1946 fue pionera al introducir el tanteo como fase previa del retracto, siguiendo el modelo del Código Civil respecto al tanteo enfitéutico (arts. 1636 y sigs.)¹¹⁶. Como es sabido, la particularidad de la regulación de la LAU de 1946 es que sigue el modelo de la prelación enfitéutica en cuanto que el retracto se concede de forma acumulativa al tanteo, de modo que podía ser ejercitado por su titular aun cuando hubiera renunciado al tanteo: la única consecuencia era el acortamiento del plazo para ejercitar el retracto. La LAU de 1946 es modificada por la Ley de 22 de diciembre de 1955, Texto Articulado de 16 de abril de 1964, que da al tanteo y retracto su conformación definitiva y que se mantendrá intacta hasta la vigente LAU de 1994: el retracto se establece con carácter subsidiario al tanteo, solo para el caso de que no se haya notificado el tanteo o la transmisión se haya efectuado en condiciones distintas a las notificadas.

En lo que concierne a los arrendamientos rústicos, ya vimos que la LAR de 1935 solo regulaba el derecho de adquisición preferente bajo la forma de retracto. El tanteo fue introducido por la LAR de 1980, que pretende potenciar el tanteo respecto del retracto. Sin embargo, la realidad es que únicamente hemos encontrado una sentencia que enjuicie un supuesto de ejercicio del tanteo arrendaticio rústico: la STS de 22 de septiembre de 1993 (*RJA* 6654). De momento no se ha dictado ninguna sentencia en aplicación de los derechos de tanteo y retracto del artículo 22.2 de la LAR de 2003. Parece que esta carencia de sentencias sobre el tanteo es manifestación de su escasa o nula aplicación práctica.

Entre las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo sobre la cuestión enunciada es conveniente establecer los siguientes grupos:

A) *Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre el tanteo arrendaticio urbano*

Cabe citar las STS de 23 de enero de 1957 (*RJA* 364), de 13 de abril de 1957 (*RJA* 1591), de 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141), de 30 de septiembre de 1960 (*RJA* 3155), de 30 de septiembre de 1960 (*RJA* 3156), de 21 de enero de 1961 (*RJA* 114), de 2 de febrero de 1961 (*RJA* 309), de 3 de julio de 1961 (*RJA* 3021), de 17 de marzo de 1962 (*RJA* 1748), de 12 de abril de 1962 (*RJA* 2022), de 18 de enero de 1964 (*RJA* 207). El supuesto enjuiciado por las sentencias dictadas presenta básicamente las mismas características: el propietario de un inmueble arrendado comunica al inquilino su propósito de vender la finca, indicándole el precio en que desea transmitirla; incluso en varios casos llega a manifestar expresamente que realiza la notificación a los efectos de que este pueda hacer uso del derecho de tanteo; acto seguido el arrendatario acepta la oferta realizada declarando al propietario su voluntad de adquirir la finca en el precio indicado. Por tanto, la cuestión de fondo es determinar si se ha ejercitado o no un derecho de tanteo. A tal efecto el dilema a que se enfrenta el Tribunal Supremo es distinguir entre el ejercicio del derecho de tanteo y la celebración de una compraventa ordinaria, cuando esta tiene lugar entre los potenciales sujetos del tanteo. Distinción que trasciende a la correcta calificación jurídica del supuesto fáctico enjuiciado. Esto es, aunque el tanteo y la celebración de una compraventa ordinaria coinciden en su efecto fundamental, ya que ambas dan derecho al arrendatario a convertirse en propietario de la finca, existen, empero, diferencias en cuanto a otros efectos privativos de la actuación del tanteo. Veamos cuáles son esas diferencias que se plantean en casación:

- 1.^a En las SSTS de 23 de enero de 1957 (*RJA* 364), de 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141) y 30 de septiembre de 1960 (*RJA* 3156) sucede que cuando el comprador requiere al vendedor para otorgar la escritura pública de venta este se desdice de su ofrecimiento. Entonces el arrendatario ejercita el tanteo mediante la acción especial *ex* artículo 63 LAU de 1946¹¹⁷, solicitando que se condene a la arrendadora a otorgar escritura pública de venta. En las dos primeras sentencias, el Tribunal Supremo aprecia que *in casu* no existe propiamente un derecho de tanteo, sino una relación obligatoria que había de tramitarse por procedimiento ordinario. En consecuencia, desestima el recurso por falta de elección de la ruta procesal adecuada. Ante el Tribunal Supremo, empero, prospera la casación por apreciar la concurrencia de los requisitos del tanteo.
- 2.^a En la sentencia de 17 de marzo de 1962 (*RJA* 1748), el arrendatario, después de adquirido el inmueble, procedió a venderlo cuando tan solo habían transcurrido unos meses después de la venta. El vendedor presentó demanda sobre resolución de contrato de compraventa

por infracción del artículo 51 LAU de 1946, que prohibía enajenar la finca adquirida por virtud del tanteo dentro de los dos años siguientes a la adquisición. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia —coincidente con la dictada en primera instancia—, y llega a la conclusión de que no procede la resolución del contrato de venta *ex* artículo 51 de LAU de 1946 porque en el presente caso no hubo actuación del tanteo, sino sencillamente una compraventa ordinaria, consecuencia del libre convenio de las partes, a la que no afectan las limitaciones especiales del artículo 51 LAU.

- 3.^a En las SSTs de 13 de abril de 1957 (*RJA* 1591), de 30 de septiembre de 1960 (*RJA* 3156), de 21 de enero de 1961 (*RJA* 114), de 3 de julio de 1961 (*RJA* 3021) y de 12 de abril de 1962 (*RJA* 2022), el problema que se plantea es determinar si realmente se ha ofrecido al arrendatario la posibilidad de hacer uso del tanteo en la medida en que ello puede incidir en el nacimiento de otros derechos del arrendatario conectados con el derecho de tanteo. Concretamente en el caso de las SSTs de 13 de abril de 1957 (*RJA* 1591), 30 de septiembre de 1960 (*RJA* 3156), 21 de enero de 1961 (*RJA* 114) y de 2 de febrero de 1961 (*RJA* 309) se trataba de dilucidar si el retracto había sido ejercitado dentro de plazo, toda vez que el plazo que el artículo 64 de LAU de 1946 concedía para utilizar el retracto era mayor lógicamente cuando no se hubiese verificado la notificación para el tanteo. En las cuatro sentencias, el Tribunal Supremo concluye que la notificación realizada al arrendatario debía ser calificada de una mera «oferta obligacional» (*sic*) y por tanto nula a los efectos del tanteo, lo que en los supuestos enjuiciados implica que el retracto había sido ejercitado dentro de plazo. En el caso de la STS de 12 de abril de 1962 se discute si el traspaso fue realizado respetando el requisito del artículo 32 LAU de 1946, conforme al cual el arrendatario debe notificar al arrendador su decisión de traspasar, así como el precio convenido, para que pueda hacer uso de su derecho de tanteo. El recurso de casación es estimado por considerar que el arrendatario dio cumplimiento al requisito legal, ofreciendo convenientemente al arrendador la oportunidad de hacer uso del tanteo; sin embargo aquel no aprovechó la posibilidad de hacerse con el traspaso dejando pasar el plazo del tanteo y del retracto.

Todas las sentencias citadas escogen como *ratio decidendi* idéntica doctrina a la hora de determinar cuáles son los presupuestos legales del tanteo. Valga como paradigma el Considerando 2.º de la STS de 23 de enero de 1957 (*RJA* 364) por ser una síntesis perfecta de la jurisprudencia consagrada en estas sentencias. Así dice:

«Que siendo el derecho real de tanteo la facultad otorgada a la persona en cuyo favor se establece, para adquirir un inmueble preferentemente a un tercero, constituye premisa inexcusable para su formación o nacimiento la existencia del negocio en que se le da trato de preferencia (...), *de donde se adviene que el derecho no nace del propósito de vender, porque en este caso es mera oferta obligacional (sic), sino de la existencia de un negocio condicionado a la potestad del inquilino de anteponerse en su perfección*, esto es, que el negocio no está ultimado sino sujeto a condición (...).».

Últimamente esta línea jurisprudencial, ha sido retomada por la STS de 17 de febrero de 1998 (RJA 630), que rechaza la solicitud de efectividad del tanteo, basándose en que el actor no aceptó un ofrecimiento de tanteo, sino una oferta de venta cuando dice que «el derecho del tanteo supone conocer el nombre del supuesto adquirente y que se pongan en conocimiento del titular del derecho todas las condiciones del contrato» (FD 1.º)¹¹⁸.

Si desglosamos las afirmaciones contenidas en la STS de 23 de enero de 1957, en calidad de resolución representativa de la doctrina legal expuesta, podemos concluir lo siguiente:

- 1.º Si el tanteo presupone la existencia de «*un negocio condicionado a la potestad del inquilino de anteponerse en su perfección*», esto significa que para que este derecho pueda ser utilizado no basta con el propósito de vender que, como aclara la sentencia, constituye mera «oferta obligacional» (*sic*); es más, aunque no se diga expresamente, tampoco es suficiente para generar el tanteo, la oferta de venta realizada por el propietario a un tercero o recibida por este de aquel, porque la sentencia citada dice, con toda claridad, que la posibilidad de utilizar el tanteo nace cuando existe un «negocio», lo que supone un compromiso o acuerdo traslativo, respecto a la cosa y al precio, entre el propietario y un tercero.
- 2.º Ese acuerdo o negocio presenta una característica singular, «*está condicionado a la potestad del inquilino de anteponerse a su perfección, esto es, que el negocio no está ultimado sino sujeto a condición*». La STS de 12 de abril de 1962 (RJA 2022) habla de «estado condicional convenido» al que se refiere también con la terminología de «operación proyectada». La STS de 3 de julio de 1961 (RJA 3021) en la misma línea declara en su Considerando único, que el tanteo presupone «el concierto firme de una venta condicional cuya perfección queda sometida al cumplimiento de la condición suspensiva, ejercicio de la facultad de tanteo (...); líneas después dice que el tanteo funciona como «(...) condición de la perfección del contrato de compraventa

con terceras personas (...). Esta sentencia igualmente se refiere al presupuesto del tanteo con el término de “transmisión proyectada”». Las afirmaciones extractadas ponen de manifiesto que el Tribunal Supremo parte de la premisa de que la sumisión de la venta a condición suspensiva impide su perfección. Esto es, la perfección de la venta exige que el arrendatario renuncie al tanteo; si por el contrario, se decide a ejercitarlo, la perfección del acuerdo tendrá lugar con el arrendatario y no con el tercero.

Esta premisa teórica explica porqué a la hora de definir el presupuesto del tanteo, el Tribunal Supremo en ningún caso emplea el término venta perfecta: en unos casos acude a una terminología neutra cuando habla de acuerdo, convenio o concierto, y en otros, se expresa con una ambigüedad desconcertante que hace dudar de si el tanteo exige realmente un acuerdo firme, o bastan con meros tratos preliminares. Especialmente crítica resulta la STS de 13 de abril de 1957 (*RJA* 1591) cuando habla de «venta en negociación con certeza del precio ofrecido». Algo menos oscura es la sentencia de 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141), que parece inclinarse más claramente por la existencia de un compromiso entre el propietario y un tercero cuando dice que «el tanteo exige que el vendedor haya ofrecido en venta la cosa arrendada a un tercero y que comunique al titular el contenido del contrato por el que va a transmitir aquella»; *mutatis mutandis* ocurre con la STS de 17 de marzo de 1962 (*RJA* 1748), según la cual el tanteo supone «la existencia de un comprador y el precio ofrecido por el mismo». Confirmación de que estas sentencias también se asientan en la idea de que el tanteo presupone una venta sometida a condición para la procedencia del tanteo, es que las dos últimas, las SSTs de 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141) y 17 de marzo de 1962 (*RJA* 1748), se remiten a la doctrina legal de la STS de 23 de enero de 1957 (*RJA* 364), que establece de forma inequívoca cuál es el presupuesto del tanteo. Lo que sucede es que el Tribunal Supremo no acierta con el nombre adecuado a esta figura, que según la doctrina legal expuesta parece deducirse que es algo más que unos meros tratos preliminares, y algo menos que un contrato perfecto de acuerdo con la premisa técnica de que la sumisión a condición impide la perfección del contrato.

La doctrina defendida en estas sentencias coincide con la posición defendida por algunos autores, según la cual el tanteo exige la existencia de un acuerdo sobre cosa y precio, pero que no puede ser calificado de contrato de compraventa, ya que presenta la particularidad de que por voluntad de las partes es dejado en suspenso hasta que desaparezca la incertidumbre que implica el tanteo¹¹⁹. De modo y manera que el tanteo exige un «acuerdo de voluntades en potencia», que conlleva

la decisión irrevocable de vender y comprar, estando definitivamente determinados sus elementos esenciales para el caso de que no sea ejercitado el tanteo¹²⁰.

Sin embargo, tiene razón la doctrina mayoritaria que deslinda los conceptos de eficacia y perfección, de acuerdo con la cual un contrato sometido a condición suspensiva es un contrato perfecto, pero que aún no produce efectos porque los mismos están supeditados a que tenga lugar el cumplimiento de la condición. Dicho con otras palabras, la condición se proyecta exclusivamente sobre los efectos del negocio, sin que afecte a su perfección¹²¹.

De acuerdo con la precisión que acabamos de realizar, podemos concluir que realmente el tanteo exige una venta ya perfeccionada, pues esta es la correcta calificación jurídica que merece el convenio sobre cosa y precio sometido a la condición suspensiva consistente en el ejercicio del tanteo por el arrendatario. Esta figura jurídica encaja perfectamente en el término de venta proyectada que tradicionalmente ha sido utilizado para definir el supuesto de hecho que genera el tanteo.

- 3.º La cuestión que surge seguidamente es por qué el tanteo presupone una venta sometida a condición suspensiva. La clave nos la suministra BALLARÍN MARCIAL cuando dice que el acuerdo antecedente del tanteo presenta la singularidad de que es dejado en suspenso por la voluntad de las partes¹²². Esta afirmación permite comprender cuál ha de ser el acontecer lógico del tanteo: si el convenio al que han llegado el propietario y el tercero ha de ser notificado al arrendatario para que este pueda hacer uso del tanteo, parece lógico que la decisión de notificar la venta proyectada haya sido adoptada por el propietario en connivencia con el tercero; es más, no sería de extrañar, que hubiera sido este el inductor de la misma, al ser el principal interesado en asegurar que su adquisición no se va a ver frustrada como consecuencia del ejercicio posterior del retracto. En principio parece que el mejor modo de conseguirlo es dando al arrendatario la oportunidad de ejercitar el tanteo, pues en el caso de que no lo haga quedará imposibilitado para utilizar el retracto.

Lo conveniente es que vendedor y comprador se hayan preocupado de plasmar en el contrato el mecanismo adecuado, que permita al primero quedar liberado de toda responsabilidad, si finalmente el arrendatario se decide a adquirir la finca a través del tanteo. Esta cautela viene representada justamente por la sumisión del acuerdo traslativo a condición suspensiva, que limitará sus efectos al caso en que el arrendatario deje pasar el plazo legal sin recurrir al tanteo. Por el contrario, si el arrendatario manifiesta su voluntad de adquirir el bien mediante el tanteo, el contrato se extinguirá sin que llegue a producir efecto algu-

no, garantizando así al propietario la ausencia de toda responsabilidad respecto al tercero comprador. Esto explica el sentido de la críptica expresión de la STS de 9 de marzo de 1961 (RJA 947), según la cual «el tanteo evita la doble venta»: quiere decir que la sumisión de la venta a condición suspensiva impide que el propietario caiga en la ilicitud de una doble venta con el titular del tanteo y el tercero, en cuanto que la aceptación por parte del arrendatario de adquirir el bien en el precio y condiciones notificadas genera *ipso iure* la extinción del contrato celebrado con aquel.

- 4.º El eje o fundamento de esta doctrina, según la cual el tanteo requiere la existencia de un contrato, descansa según el Tribunal Supremo en la naturaleza jurídica de este derecho. Así lo manifiestan las SSTs de 23 de enero y 13 de abril de 1957 (RJA 364 y 1591), 9 de junio de 1958 (RJA 2141) y 21 de enero de 1961 (RJA 114), es la propia esencia del tanteo como derecho de adquisición preferente, lo que exige ontológicamente «la existencia de un término de comparación» [STS de 21 de enero de 1961 (RJA 114)] que, como hemos visto viene constituido por el negocio concertado entre el propietario y un tercero en el que se le da trato de preferencia, «anteponiéndose a otro en la adquisición de la cosa» [STS de 13 de abril de 1957(RJA 1591)].

En definitiva, que al ser el tanteo un derecho de adquisición preferente, no es posible su actuación como consecuencia de una oferta de contrato, pues en ese caso, no se trataría del ejercicio del derecho de preferencia, más de un contrato celebrado conforme a las reglas generales, y, por tanto, fruto de la autonomía de la voluntad. Nada cambia, aun cuando la condición de titular del derecho de adquisición preferente del comprador haya sido un motivo determinante para que el propietario se haya decidido a transmitirle la finca.

B) *La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1993 (RJA 6654)*

La referencia particularizada a la STS de 22 de septiembre de 1993 (RJA 6654) se justifica fundamentalmente por dos motivos: es la única sentencia que contempla un supuesto de ejercicio del tanteo arrendaticio rústico; y uno de los problemas que resuelve esta sentencia es el del momento de ejercicio del tanteo, y lo hace en sentido distinto al de la jurisprudencia que acabamos de analizar.

En el relato de hechos probados de la sentencia dictada en apelación, se manifiesta que el día 21 de marzo de 1989 el propietario de la finca rústica arrendada hace saber notarialmente al colono que «*tiene concertada la venta de la finca con la empresa Promociones y Construcciones S. A., por el precio de 31.300.000 ptas., pagaderas a la firma de la correspondiente escritura de*

venta», indicándole asimismo los datos completos relativos a la identidad del proyectado adquirente. En la notificación se hace constar expresamente que se hace «*con el fin de que pueda ejercitar el tanteo y preferente adquisición que la ley le concede*». El 1 de junio de 1989, el arrendatario notifica al propietario su propósito de adquirir la finca en el precio y condiciones notificadas, requiriéndole para que le indique la notaría y la fecha para proceder al otorgamiento de escritura pública, así como al objeto de hacer efectivo al contado el pago del precio de la finca y demás reembolsos. Al día siguiente el propietario pone en conocimiento del colono que ha decidido «no poner a la venta el inmueble» y además señala que el contrato de arrendamiento está excluido del ámbito de aplicación de la LAR de 1980 en virtud de su artículo 7.1.3.

Finalmente el arrendatario se decidió a presentar demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, haciendo referencia al ejercicio del tanteo y solicitando que se condenase al demandado a otorgar la escritura pública de venta. La sentencia de primera instancia desestimatoria de las pretensiones del arrendatario es revocada por la de apelación que declara que el demandante había ejercitado correctamente el tanteo y en consecuencia condena al demandado a proceder al otorgamiento de la escritura pública de venta. En el motivo quinto del recurso de casación, el recurrente alega la improcedencia del tanteo argumentando que realmente solo hubo una intención inicial de vender, no existiendo convenio alguno entre la compradora y el designado como adquirente en la notificación. En resumidas cuentas, que cuando se hizo la notificación, el 21 de marzo de 1989, no se había concertado la venta de la finca, que, según el recurrente, presupone la admisibilidad del tanteo. Merece la pena reproducir literalmente la doctrina en que se apoya la sentencia para rebatir la argumentación del recurrente:

«(...) [E]sta cuestión es en rigor intrascendente, pues según el artículo 87 de LAR, lo que tiene que notificar es su “propósito de enajenar” y “quiere decirse, obviamente, que se trata de quien tenga tal intención, dado que, de lo contrario, carecerían de sentido las referencias al derecho de tanteo contenidas en ese precepto y en el artículo 86, por todo lo cual ha de concluirse que el legislador ha establecido” un sistema que salvaguarda el derecho de preferente adquisición, tanto en el caso de enajenación no notificada previamente, como en el de propósito de enajenar debidamente comunicado al arrendatario» (FD 6.º).

La opinión manifestada por el Tribunal Supremo en esta sentencia es paladina: basta con el propósito de enajenar debidamente notificado, que si es aceptado por el arrendatario debe entenderse que el tanteo ha sido correctamente ejercitado.

La consecuencia evidente que se deduce de la sentencia que acabamos de analizar es que cabe ejercitar el tanteo, indistintamente, antes y después de la perfección del contrato. *Prima facie* parece que el Tribunal Supremo se separa de la doctrina consolidada respecto del tanteo arrendaticio urbano, en cuya virtud el tanteo requiere un acuerdo de voluntades entre el propietario y un tercero.

En cualquier caso, debe ponderarse que nos encontramos ante la única resolución que defiende que es intrascendente que exista o no un acuerdo, respecto a la transmisión de la finca y al precio, entre el propietario y el proyectado adquirente.

Además, a mi juicio, no debe conferirse validez general a las afirmaciones del Tribunal Supremo, que, una vez más, vienen motivadas por las peculiaridades propias del supuesto enjuiciado; el Alto Tribunal apremiado por hacer justicia material, se despreocupa de la corrección dogmática. La realidad es que la conducta desarrollada por el recurrente en casación es contraria a las prescripciones de la buena fe. En efecto, en la notificación el propietario manifiesta inequívocamente que tiene concertado con un tercero la transmisión de la finca. Sin embargo, en casación sostiene que no celebró convenio alguno y que únicamente hubo una intención inicial de vender, con el propósito evidente de dar al traste con las pretensiones del arrendatario de que se haga efectivo el tanteo ejercitado. Esta afirmación revela que el recurrente es conocedor de la doctrina consolidada en la materia sobre los presupuestos del tanteo. Y además evidencia que, tanto si faltó a la verdad en la notificación, como si lo hizo en el recurso de casación, su conducta es manifiestamente dolosa y contraria a los postulados de la buena fe, pues pretende aprovecharse de las dificultades probatorias que conlleva demostrar la existencia de un contrato privado para quien no ha sido parte en el mismo.

Por ello si mintió cuando hizo la notificación, lo justo es mantener los efectos del «tanteo simulado», pues los vicios de la voluntad no pueden ser alegados por quien los ha provocado; si por el contrario —y lo que parece más probable— arrepentido del ofrecimiento al arrendatario, miente en el proceso, para zafarse del tanteo, de nada pueden servirle estas declaraciones, en la medida en que el tanteo fue válidamente ejercitado en su momento por concurrir los requisitos legales. En ambos casos, la solución debe ser idéntica: deben prosperar las pretensiones del arrendatario que actuó con el convencimiento de estar ejercitando el tanteo. Y es más, aunque el propietario realmente se hubiera limitado a manifestar su propósito de vender al arrendatario, en cuanto que este manifestó su voluntad de adquirir en las condiciones ofrecidas, la relación jurídica establecida valdría como un contrato ordinario surgido por el concurso de la oferta y aceptación, del que no puede desistir por su sola voluntad el propietario arrendador conforme a las reglas generales. En cualquiera de las hipótesis enunciadas, lo justo es proteger los intereses del arrendatario, con los que ha estado jugando el propietario, llevándole a perfeccionar un contrato del que torticeramente pretende desentenderse.

Desafortunadamente, el Tribunal Supremo no enfoca así el problema, y opta por mantener, en contra de reiterados precedentes jurisprudenciales, que es suficiente para que surja el tanteo la mera intención de vender debidamente notificada. Así las cosas, esta sentencia contribuye a aumentar el grado de confusión en el de por sí espinoso problema de determinar el momento en que procede el ejercicio del tanteo. Hubiera sido preferible, en aras de la adecuada solución dogmática del supuesto y de la seguridad jurídica, que el Alto Tribunal hubiera resuelto el supuesto enjuiciado desde la perspectiva de la conducta dolosa del propietario arrendador.

C) *La STS de 24 de septiembre de 1997 (RJA 6860)*

Es decisiva la doctrina que recoge la STS de 24 de septiembre de 1997 (RJA 6860), que aunque enjuicia un supuesto de ejercicio del retracto de colindantes, de la misma se deduce que el tanteo presupone una venta ya perfeccionada.

En el caso contemplado en esta sentencia, hubo un mero ofrecimiento por parte del propietario a su colindante por si quería comprar la finca, pero hecho antes de que llegase a un acuerdo con un tercero para transmitir la finca. Una vez que la transmisión tuvo lugar, el propietario colindante se decidió a ejercitar el retracto. El Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación que había desestimado el retracto y niega que este hubiera sido ejercitado fuera de plazo. El núcleo central de la argumentación de la sentencia es que una simple oferta de venta no aceptada, esto es, efectuada antes de perfeccionarse el contrato traslativo con un tercero, no tiene la virtualidad —en palabras del Tribunal Supremo— de una renuncia anticipada al retracto, y por tanto no excluye el ejercicio posterior del derecho. *A sensu contrario* la sentencia viene a decir que si la oferta hubiera reflejado la existencia de una venta concertada por el propietario con un tercero, entonces la falta de aceptación de la misma, dentro del plazo legal para retraer, hubiera producido la caducidad de este derecho¹²³.

6.2. CONCEPTO DE RETRACTO: TENSIÓN ENTRE PERFECCIÓN Y CONSUMACIÓN DE LA VENTA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Es doctrina pacífica que, según la jurisprudencia, el retracto presupone que haya tenido lugar la transmisión al comprador. A continuación se podrá comprobar que si no nos conformamos con un análisis epidérmico de las sentencias dictadas sobre esta cuestión, la conclusión ha de ser la admisibilidad del retracto desde el mismo instante en que tiene lugar la perfección de la venta. No obstante es menester reconocer que todavía aparecen sentencias aisladas

que rechazan esta posibilidad que impiden dar por zanjado este problema y contribuyen a crear confusión.

A) *Sentencias que defienden la tesis de la consumación de la venta como presupuesto de ejercicio del retracto*

Existe un nutrido grupo de sentencias que recogen la afirmación de que el retracto requiere, para ser ejercitado, que haya tenido lugar la consumación de la transmisión. Así cabe citar las SSTS de 21 de diciembre de 1909 (Col. Leg. núm. 14), 19 de junio de 1920 (Col. Leg. núm. 104), 17 de noviembre de 1928 (Col. Leg. núm. 36), 19 de diciembre de 1935 (Col. Leg. núm. 116), 12 de mayo de 1945 (Col. Leg. núm. 80), 8 de julio de 1946 (*RJA* 574) y 28 de junio de 1949 (Col. Leg. núm. 28), 5 de febrero de 1952 (*RJA* 477) y 1 de abril de 1960 (Col. Leg. núm. 242). Todas ellas dictadas en supuestos de ejercicio de los retractos legales de comuneros y colindantes de los artículos 1522 y 1523 del Código Civil. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el retracto arrendaticio rústico de la Ley de arrendamientos rústicos de 1935 en las SSTS de 21 de febrero de 1944 (*RJA* 406), 25 de enero y 8 de mayo de 1951 (*RJA* 292 y 1298), 30 de enero de 1952 (*RJA* 211), 25 de marzo de 1957 (*RJA* 1022) y 5 de octubre de 1963 (*RJA* 3807).

La cuestión discutida en las resoluciones citadas es desde cuándo debe ser computado el plazo para ejercitar el retracto. Todas las sentencias se ocupan de un supuesto parecido. El retrayente conoce de forma accidental que el propietario ha concertado la venta de la finca con un tercero, pero difiere el ejercicio del retracto a la consumación de la transmisión. Además sucede que entre la celebración de la venta y su consumación había transcurrido un periodo de tiempo superior al plazo concedido legalmente para hacer uso del retracto. La raíz de esta discusión está en la alegación del recurrente en casación de que el retracto fue ejercitado intempestivamente, ya que debió ejercitar su derecho una vez tuvo conocimiento de que el propietario había concertado la venta con un tercero, no existiendo motivo alguno para posponer su ejercicio más allá del plazo legal contado desde ese preciso instante.

En todas las sentencias, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación con el mismo argumento: el derecho de retracto no puede estimarse caducado, pues es requisito previo para el ejercicio del derecho de retracto que haya tenido lugar la consumación de la venta, y, en consecuencia, hasta que la transmisión no haya llegado a conocimiento del retrayente no podrá computarse el plazo para retraer.

Antes de exponer los fundamentos de esta doctrina es menester hacer una aclaración: el requisito de la consumación debe entenderse no como consumación del contrato de compraventa en su integridad, sino en un sentido más

limitado, como adquisición de la propiedad de la finca por parte del comprador. Así resulta de las SSTs de 8 de julio de 1946, 12 de mayo de 1945 y 28 de junio de 1949, 30 de enero de 1952. La STS de 12 de mayo de 1945 precisa que es doctrina legal que para la efectividad del retracto basta la consumación parcial de la venta referida a la producción del efecto traslativo a favor del comprador, sin que constituya un obstáculo para su ejercicio el aplazamiento de la totalidad o parte del precio, que no impide la transmisión del dominio en la compraventa, ni, por ende, el ejercicio del retracto.

Los argumentos esgrimidos por las resoluciones citadas a favor de la tesis de la consumación como presupuesto del retracto son principalmente tres:

1. La subrogación como núcleo esencial del retracto: si la finalidad del retracto es que el comprador transmita la propiedad de la cosa vendida al retrayente mediante la subrogación en sus derechos, esto solo es posible cuando aquel se haya convertido en propietario del bien retraíble. Por tanto, la subrogación como efecto característico del retracto, a tenor del artículo 1521 del Código Civil, requiere que se haya producido la consumación de la transmisión. Así se expresan las SSTs de 21 de diciembre de 1908¹²⁴, 21 de diciembre de 1909¹²⁵, 17 de noviembre de 1928¹²⁶ y 28 de junio de 1949¹²⁷.
2. El carácter real de la acción de retracto manifestado en que está dirigida a producir la adquisición del dominio por el retrayente, exige forzosa-mente que el comprador se haya convertido en propietario de la finca retraíble, siendo insuficiente la mera perfección de la venta para poder ejercitar este derecho. A este argumento recurren las SSTs de 24 de diciembre de 1920 y de 19 de diciembre de 1935¹²⁸.
3. Las sentencias de 5 de febrero de 1952 (*RJA* 477) y 1 de abril de 1960 (Col. Leg. núm. 242), además del carácter real de la acción de retracto, aducen un tercer argumento a favor de la tesis de la consumación. Dicen estas sentencias que dado que la lesión del derecho de adquisición preferente es consecuencia directa de la transmisión de la finca al comprador hasta entonces no es factible su ejercicio¹²⁹.

La doctrina manifestada por el Tribunal Supremo en estas sentencias puede sintetizarse en estos términos: partiendo de que la acción de retracto es una acción real cuya finalidad es la adquisición de la propiedad de la cosa vendida por el retrayente mediante la subrogación en los derechos del comprador-adquirente, no basta para la efectividad del retracto con la perfección del contrato de venta, mero productor de obligaciones; es necesario que se haya transmitido el dominio al comprador, momento en que tiene lugar la lesión del derecho de adquisición preferente. En consecuencia, esta doctrina legal se asienta en la premisa de la coincidencia entre los dos momentos de la vida del retracto: el instante en que

deviene ejercitable y el momento en que arranca el plazo de caducidad de este derecho: la consumación de la transmisión mediante la *traditio real o ficta* a favor del comprador.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo deben ser rechazados por los siguientes motivos: *a)* En realidad, como se ha visto en páginas anteriores, la subrogación en la posición jurídica del comprador constituye un argumento favorable a la viabilidad del retracto desde el mismo instante de la perfección del contrato¹³⁰; *b)* Lo cierto es que no es correcto afirmar que la acción de retracto tiene carácter real porque se dirige a la adquisición de la propiedad de un bien; según esto, también lo sería la que nace de un contrato de compraventa. La supuesta naturaleza real de la acción de retracto no deriva de su finalidad, sino de la índole del poder que otorga a su titular; *c)* Como es sabido, la celebración de la venta no vulnera el retracto, al contrario, es el presupuesto para que este pueda ser ejercitado. A este respecto me remito a las críticas vertidas sobre la tesis de CLEMENTE DE DIEGO, idéntica en este punto a la del Tribunal Supremo; *d)* Por último, un error fundamental es la identificación del momento en que procede el ejercicio del retracto y aquel en que tiene lugar el inicio del plazo para retraer que, como se verá a continuación, tienen muy claro otras sentencias del Alto Tribunal.

B) *Sentencias de las que resulta la posibilidad de utilizar el retracto con venta perfecta*

Existe un amplio número de sentencias que, siguiendo la doctrina legal de la jurisprudencia decimonónica, consagran la posibilidad de ejercitar el retracto con venta perfecta. Estas sentencias pueden clasificarse en los siguientes grupos:

- 1.º En un primer grupo cabe citar las SSTS de 26 de octubre de 1933 (RJA 416), 20 de mayo de 1943 (RJA 571) y la de 31 de diciembre de 1988 (RJA 7780). En el caso de la STS de 26 de octubre de 1933 (RJA 416), el retracto fue ejercitado cuando únicamente existía una compraventa perfecta y aún no se había transferido el dominio de la finca al comprador. El demandado se amparó en este hecho para alegar la falta de un requisito imprescindible para ejercitar el retracto: la tradición o entrega de la cosa al comprador. El Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia que había hecho prosperar el retracto, y justifica el sentido del retracto respecto a una venta perfecta en cuanto el retrayente al subrogarse en los derechos del comprador puede exigir que le sea transmitida la propiedad del bien¹³¹. Merece la pena destacar la sentencia de 20 de mayo de 1943 (RJA 571) que a este propósito efectúa los siguientes razonamientos:

- En primer lugar sostiene que desde el momento en que hay acuerdo sobre la cosa y precio, esto es, desde que existe un contrato perfecto nace la posibilidad de utilizar el retracto por dos motivos: *a)* porque ya en ese preciso momento se lesiona el derecho de retracto; *b)* además la venta perfecta admite la subrogación como «nota esencial» del retracto, a tenor del artículo 1521 del Código Civil, mediante la sustitución del comprador en las condiciones estipuladas en la venta.
- Ahora bien, la sentencia dice que de acuerdo con la doctrina legal «más extendida y reciente», el arranque del plazo para retraer exige la consumación de la venta mediante tradición real o *ficta*. También en este caso esgrime dos argumentos como fundamento de su doctrina: *a)* porque la consumación constituye la lesión definitiva del derecho de adquisición preferente que se causa al adquirir el comprador la calidad de dueño; *b)* se apoya en el artículo 1524 del Código Civil que califica de *norma rectora del cómputo* que, al señalar como inicio del cómputo la inscripción de la transmisión, da a entender que se refiere a una venta consumada por tradición, quedando excluido del precepto la venta meramente perfeccionada.

Por tanto, esta sentencia tiene clara la distinción entre el momento inicial de ejercicio del retracto, venta perfecta, y el *dies a quo* del plazo para retraer, venta consumada. Tan solo cabe reprocharle la consideración de la venta como constitutiva de la lesión del derecho de adquisición preferente, ya que como se ha visto anteriormente, esta no lesiona el derecho de retracto, al contrario, constituye un presupuesto de la preferencia adquisitiva en cualquiera de sus manifestaciones.

En los últimos tiempos han seguido surgiendo sentencias que insisten en la posibilidad de ejercitar el retracto con venta perfecta, como es el caso de la STS de 31 de octubre de 1988 (*RJA* 7780), dictada en un supuesto de ejercicio del retracto arrendaticio rústico que regulaba la Ley de arrendamientos rústicos de 1980. Todo comienza con el requerimiento que el comprador efectúa al arrendatario en el que le hace saber que había comprado la finca arrendada y que debe desalojarla. A continuación el arrendatario requiere a ambas partes, vendedor y comprador, para que le hagan saber las condiciones del contrato, pero no recibe contestación, tras lo cual ejercita la acción de retracto y solicita que se condene al vendedor al otorgamiento de escritura pública de venta. La sentencia de primera instancia estimatoria de la demanda de retracto es revocada por la de la Audiencia al considerar que la acción de retracto había sido ejercitada antes de que el retracto hubiera nacido, pues al contrato de compraventa no le había seguido la *traditio* ni material ni *ficta*, sin que se hubiera producido la consumación del negocio ni lesionado el derecho de preferencia. Por su parte,

el Tribunal Supremo reprocha a la sentencia de apelación que deja imprejuizada la cuestión de fondo, generando incertidumbre sobre la posibilidad de volver a ejercitar la acción de retracto. Además el Tribunal Supremo considera que existe un motivo de fondo para desestimar, con carácter definitivo, la demanda de retracto. En consecuencia estima parcialmente el recurso de casación con el propósito de dejar constancia que el único motivo de desestimación de la demanda de retracto viene constituido por la falta de consignación del precio (art. 1618 de la LEC de 1881 entonces vigente), y niega que sea causa de desestimación del retracto su ejercicio respecto a una venta perfecta. La sentencia rechaza frontalmente la doctrina que exige la consumación de la venta como requisito de ejercicio del retracto, que califica expresamente de «bien discutible». En el Fundamento de Derecho primero se defiende la posibilidad de ejercitar el retracto con venta perfecta desde una doble perspectiva:

- El Tribunal Supremo considera que negar la virtualidad del retracto con venta perfecta contradice el criterio legal: la cuestión es que si la Ley de Arrendamientos Rústicos admite la posibilidad de hacer uso de la preferencia respecto a una enajenación proyectada mediante el tanteo, nada impide el ejercicio del retracto respecto a una venta perfecta, aun cuando no haya sido consumada¹³².
- Asimismo se apoya en la subrogación como mecanismo de actuación del retracto para defender la ejercitabilidad del retracto con venta perfecta. La idea es que cabe la subrogación en la posición contractual del tercero, sin que su ejercicio pueda ser tachado de prematuro, siempre y cuando no existan «obstáculos insalvables» para que tenga lugar la sustitución del comprador por el retrayente¹³³. Quiere decir que tan válida es la subrogación, o lo que es lo mismo, el ejercicio del retracto respecto de una venta perfecta, como en relación a una venta consumada.

No creo acertada la afirmación de BELLO JANEIRO cuando analiza esta sentencia, según la cual la admisibilidad del retracto respecto a una venta perfecta tiene el valor de un mero *obiter dictum*¹³⁴. A mi juicio constituye la *ratio* de la casación de la sentencia dictada en segunda instancia, si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo declara la casación parcial de la sentencia de apelación, con el exclusivo propósito de excluir como motivo de desestimación del retracto el hecho de que este hubiera sido ejercitado respecto a una venta perfecta, y delimita como única causa para que el retracto ejercitado no prospere la falta de consignación del precio pagado por el comprador.

- 2.º Ya hemos visto que, según constante jurisprudencia, el plazo para re-traer no comienza hasta que el comprador adquiera la propiedad de la finca. Sin embargo, existen dos sentencias que, no solo suponen la

admisión de la posibilidad de utilizar el retracto con venta perfecta, además disponen que la concurrencia de determinadas circunstancias, puede dar lugar a que el plazo para retraer se compute cuando solo existe una venta meramente perfeccionada. Son dos resoluciones distantes en el tiempo, pero que exponen idéntica doctrina con claridad y precisión. Este es el caso de la STS de 13 de noviembre de 1945 (*RJA* 1342), que precisamente fue dictada en un supuesto de ejercicio del retracto arrendaticio rústico, y la de 24 de septiembre de 1997 (*RJA* 6860), relativa a un retracto de colindantes. Ambas sentencias contienen la misma doctrina legal y lo que la hace especialmente valiosa es el hecho de que ha sido dictada en casos en los que la Ley únicamente concede expresamente el retracto: así el retracto que concedía la LAR 1935 y el retracto de colindantes del artículo 1523 del Código Civil. Las peculiaridades del supuesto fáctico de ambas sentencias resultan esenciales para comprender su *ratio decidendi*. En el caso de la STS de 24 de noviembre de 1945¹³⁵, el propietario de la finca ofrece al arrendatario la adquisición de la finca en las mismas condiciones que tiene concertadas con un tercero en documento privado, oferta que el colono rechaza para luego ejercitar el retracto cuando la venta es elevada a escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad¹³⁶. Tanto en la instancia como en casación, el retracto es desestimado por considerar que había sido ejercitado fuera de plazo, que se había iniciado cuando el propietario notificó al arrendatario que tenía concertada la venta de la finca con un tercero por si quería adquirirla. El Tribunal Supremo rechaza el recurso a consecuencia de la combinación de dos asertos, uno fáctico y otro jurídico: para empezar en el Considerando primero destaca el hecho de que el mismo día en que el documento privado de venta fue otorgado, los demandantes lo conocieron por la lectura que se les hizo del mismo. A continuación, dice el Tribunal Supremo que no es obstáculo, a los fines del retracto, su utilización con venta perfecta basándose en que esta es obligatoria desde el instante en que se perfecciona, sin que sea necesario el otorgamiento de escritura pública. En definitiva, dado que es posible utilizar el retracto con venta perfecta y la venta fue notificada convenientemente al arrendatario, concurren todos los requisitos necesarios para considerar iniciado el plazo para retraer desde el 25 de noviembre de 1941, fecha en la que se perfeccionó la venta y fue comunicada al arrendatario. De ambos datos deduce el Tribunal Supremo que el plazo de caducidad para retraer en el supuesto litigioso se puso en marcha con la notificación de la venta al arrendatario.

Por el contrario, en el caso de la STS de 24 de septiembre de 1997 (*RJA* 6860), como se ha visto en el epígrafe anterior, hubo un mero

ofrecimiento por parte del propietario a su colindante por si quería comprar la finca, pero hecho antes de que llegase a un acuerdo con un tercero para transmitir la finca. Una vez que la transmisión tuvo lugar, el propietario colindante se decidió a ejercitar el retracto. El Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación que había desestimado el retracto y niega que este hubiera sido ejercitado fuera de plazo. El núcleo central de la argumentación de la sentencia es que una simple oferta de venta no aceptada, esto es, efectuada antes de perfeccionarse el contrato traslativo con un tercero, no tiene la virtualidad —en palabras del Tribunal Supremo— de una «renuncia anticipada» al retracto, y por tanto no excluye el ejercicio posterior del derecho.

Por tanto, las dos sentencias estudiadas disponen idéntica doctrina legal y de ambas puede concluirse que el retracto puede ser ejercitado respecto a una venta perfecta, pero el plazo solo se podrá computar en ese instante en caso que el conocimiento de la misma le haya sido proporcionado por el propietario a efectos de que pueda hacer efectiva la preferencia.

C) *Sentencias que desestiman el retracto ejercitado con venta perfecta*

Solo existen dos sentencias que desestimen el retracto ejercitado respecto a una venta perfecta aún no consumada, la STS de 5 de febrero de 1952 (RJA 477) y la STS de 14 de noviembre de 2002 (RJA 1500). Lo cierto es que existen muchos años de diferencia entre ellas, y en consecuencia pueden considerarse como resoluciones aisladas en el contexto en que fueron dictadas. Obviamente las dos se apoyan en la tesis de la consumación de la compraventa para afirmar la imposibilidad de ejercitar el retracto antes. Esto es, la acción de retracto no nace hasta que el comprador se convierte en propietario de la misma por tradición real o simbólica. Y por ello en ambos casos el Tribunal Supremo considera que la demanda fue presentada cuando la acción de retracto todavía no había nacido, puesto que el comprador no había adquirido el dominio de las fincas objeto del retracto. La idea es que mientras no se consume la venta no existe acción de retracto.

La STS de 14 de noviembre de 2002 (RJA 1500) contempla un supuesto en que se ejercita la acción de retracto arrendaticio rústico respecto de una compraventa perfeccionada en virtud de una opción de compra, pero cuando todavía no se había producido el efecto traslativo a favor del comprador. Las sentencias de primera y segunda instancia dieron lugar al retracto ejercitado, empero la Sala de Casación disiente del criterio anterior, por lo que casa la sentencia de apelación y desestima la demanda. El Tribunal Supremo mantiene que al no haberse producido la consumación del contrato se trata de un supuesto de ejercicio de una acción todavía no nacida, y por tanto de inexistencia de la

misma. En consecuencia, el retrayente carece de legitimación activa, toda vez que la actuación del retracto requiere la concurrencia de título y modo que dé lugar a la consumación de la venta.

Curiosamente ambas sentencias citan a su favor a la STS de 20 de mayo de 1943 (RJA 571), que paradójicamente para nada sigue la tesis de la consumación al admitir la posibilidad de ejercitar el retracto respecto de una venta perfecta, partiendo de la distinción entre el momento en que deviene ejercitable el retracto —una vez perfeccionada la venta, consecuencia del acuerdo entre comprador y vendedor sobre la cosa y el precio— y el instante en que se inicia el plazo para retraer —cuando el que quiere retraer conoce la venta consumada—.

6.3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS RELACIONES TANTEO-RETRACTO

Cuando se estudia la visión de la jurisprudencia sobre las relaciones entre los derechos de tanteo y retracto, la inmensa mayoría de los autores citan la renombrada STS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg. núm. 121), que contempla un supuesto de ejercicio del tanteo y retracto enfitéuticos. Dado lo sustancioso de su doctrina, es conveniente reproducirlas literalmente:

«Que si bien las palabras tanteo y retracto no son rigurosamente sinónimas en el concepto de tener idéntica significación jurídica para el ejercicio de ambos derechos, porque el primero implica la obligación de que el vendedor avise a quien lo tiene el intento de enajenar, y el segundo consiste en la facultad de rescindir la venta y quedarse el retrayente para sí por el mismo precio la cosa vendida, está fuera de duda que el tanteo, cuando se usa este vocablo en nuestras leyes, comprende genéricamente ambos derechos, por tender a igual finalidad, o sea, a la preferencia que aquellas conceden en algunos casos a determinadas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida, de tal suerte que a quien asiste el derecho de tantear le asiste también el de retraer, porque si así no fuera y se concediese el tanteo sin el retracto, el fin de aquel podría fácilmente eludirse por el obligado al aviso, y queda sin eficacia la preferencia, para conseguir la cual puede ejercitarse la acción lo mismo ofreciendo el tanteo antes de la consumación de la venta que intentando el retracto de la finca ya vendida».

En definitiva, la sentencia destaca como característica esencial la inherencia esencial entre los derechos de tanteo y retracto, que es requerida por la propia eficacia del derecho de adquisición preferente; el tanteo puede ser burlado fácilmente si no está asistido por el retracto.

Igualmente las SSTS de 5 de diciembre de 1950 (*RJA* 1698) y de 9 de marzo de 1961 (*RJA* 947), insisten en la doctrina de la STS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg. núm. 121), cuando hacen hincapié en la semejanza jurídica entre tanteo y retracto en cuanto tienen la misma naturaleza y finalidad en cuanto ambos implican la preferencia para la adquisición de un bien.

De ahí, a la consideración de tanteo y retracto como dos manifestaciones o fases de un mismo derecho de adquisición preferente hay solo un paso, que será dado por el Tribunal Supremo en los años sesenta, probablemente influido por las nuevas tendencias doctrinales que en los años cincuenta comienzan a hacer hincapié en la unidad de tanteo y retracto¹³⁷. Ejemplo de sentencias que mantienen esta posición son las SSTS de 21 y 17 de junio de 1960, 21 de enero de 1961 (*RJA* 114), y de 12 de abril de 1962 (*RJA* 2022). Todas estas sentencias afirman que el tanteo y el retracto vienen a ser no dos derechos distintos, sino dos fases de un mismo derecho, dos oportunidades para su ejercicio.

De nuevo aquí tienen peso específico las sentencias de 13 de noviembre de 1945 (*RJA* 1342) y 24 de noviembre de 1997 (*RJA* 6860), que efectúan la aplicación práctica de la idea de inherencia esencial tanteo-retracto. Aún cuando solo se conceda el retracto, la no aceptación del ofrecimiento de adquirir en las mismas condiciones que el propietario ha concertado con un tercero produce los efectos una renuncia anticipada al retracto, esto es, funciona igual que el derecho de tanteo. Esto supone la consagración jurisprudencial de la inherencia esencial de tanteo-retracto fundamentada en la calificación del tanteo de renuncia anticipada al retracto. Esto es, la posibilidad de ejercitar el tanteo, no prevista expresamente por el artículo 1523 del Código Civil, está ontológicamente unida al retracto al responder a la regla general que permite la renuncia anticipada de los derechos de carácter patrimonial. Dicho en otros términos: en los casos de ejercicio del retracto de comuneros o colindantes del Código Civil o el del colindante titular de explotaciones prioritarias de la LMEA de 1995, la falta de aceptación del ofrecimiento previo, siempre que este refleje la existencia de un acuerdo previo entre el propietario y el tercero, excluye la posterior actuación del retracto una vez consumada la venta, generando los efectos de una renuncia anticipada al retracto como ha manifestado nuestro Tribunal Supremo¹³⁸.

Por último, entre otras, la STS de 22 de septiembre de 1993 (*RJA* 6654) destaca la relación de alternatividad que vincula a tanteo y retracto como dos manifestaciones del mismo derecho de adquisición preferente; relación de alternatividad que es consecuencia de que —generalmente— el retracto es subsidiario al tanteo. Por ello la citada sentencia afirma que según el sistema diseñado por la LAR de 1980, el derecho de adquisición actúa en dos supuestos: «en el caso de enajenación no notificada previamente y en el caso del propósito de enajenar debidamente notificado» (FJ 6.º).

6.4. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe extraer la siguiente doctrina, que resulta fundamental para construir los conceptos de tanteo y retracto en nuestro ordenamiento:

- a) No parece que la consumación de la compraventa sea un requisito de ejercicio del retracto. De hecho, las sentencias que recogen la tesis de la consumación solo lo hacen en apariencia, lo que queda patente si prestamos atención a un elemento de carácter negativo concurrente en todos los supuestos: el conocimiento de la venta perfecta, todavía no consumada, nunca fue proporcionado por el vendedor o el comprador al retrayente, sino que lo obtuvo casualmente por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes del contrato de venta. No obstante cuando el retrayente ejercita el retracto, una vez producida la transmisión, el adquirente aduce que el retracto fue ejercitado fuera del plazo cuyo cómputo se inició cuando el arrendatario conoció por sus propios medios que el propietario tenía concertada la venta de la finca. Esto pone de manifiesto que la afirmación de la imposibilidad de ejercitar el retracto con venta perfecta, no es más que el pretexto ideado por el Tribunal Supremo para llegar a la solución que considera justa: hacer prosperar el retracto ejercitado en cada caso. Por ello es importante tener presente que en todos estos supuestos la teoría de la consumación como requisito del retracto se esgrime con la finalidad de favorecer el retracto y no de limitar sus posibilidades de ejercicio. Además parece que esta doctrina pretende cumplir una doble función: sancionadora respecto del comprador y preventiva respecto de los posibles retrayentes: de un lado, se trata de sancionar la conducta del comprador, contraria a la buena fe, que pretende acusar al retrayente de no actuar con la diligencia debida en el ejercicio de su derecho, cuando no ha hecho nada para proporcionarle el conocimiento necesario para el ejercicio del retracto. Además con ello se persigue un propósito loable: poner freno a los constantes intentos de burlar el retracto amparándose en vicisitudes de enajenación; cuando el retracto es ejercitado respecto a una venta perfecta se alega que falta el requisito de la consumación; mientras que cuando el retrayente espera a que esta se haya producido, los compradores aducen que el retracto fue ejercitado fuera de plazo, amparándose en que el retrayente había conocido la venta desde el momento de su perfección, a pesar de su falta de cooperación a la consecución del susodicho conocimiento. Sin embargo, las mejores intenciones de nuestro Tribunal Supremo a la larga han traído complicaciones. La formulación genérica y abstracta de

esta teoría constituye una restricción del ámbito de actuación del retracto y por tanto de sus posibilidades de ejercicio, con todos los perjuicios que infiere a la seguridad del tráfico jurídico. Hubiera sido más acertado que el Tribunal Supremo se hubiera apoyado en un argumento sencillo: en los supuestos enjuiciados el plazo no comenzó hasta que tuvo lugar el efecto traslativo, toda vez que el conocimiento de la celebración de la venta no había sido proporcionado por el vendedor.

b) Asimismo hemos podido comprobar que existe un grupo amplio de sentencias que afirman la posibilidad de hacer uso del retracto respecto a una venta perfecta. Esta concepción del retracto es defendida tanto por aquellas resoluciones dictadas respecto de textos legales en los que solo se concede el retracto, como ocurre en el Código Civil, como en relación con textos legales en los que aparecen unidos tanto el retracto, como las Leyes de arrendamientos rústicos y urbanos.

c) Por tanto, cabe diferenciar dos momentos en la vida del retracto: el momento desde el cual es posible hacer uso del retracto y el momento en que comienza el plazo para retraer (como se pudo comprobar en el capítulo anterior, esta distinción proviene de la jurisprudencia decimonónica). Aunque el retracto pueda ser ejercitado respecto de una venta meramente perfeccionada, el plazo no comienza hasta que no se haya transmitido la propiedad al comprador.

De lo expuesto resulta la concurrencia de dos hipótesis claramente diferenciadas por lo que al ejercicio del retracto se refiere: conocimiento de venta perfeccionada y conocimiento de la transmisión consumada; mientras que el conocimiento de la venta meramente perfeccionada únicamente inicia el plazo de caducidad del retracto cuando dicho conocimiento provenga del ofrecimiento del propietario vendedor, el conocimiento de la venta consumada da comienzo al plazo del retracto en todo caso.

d) El interrogante que surge irremediamente es el porqué de la diferencia enunciada, esto es, por qué se atribuyen unos efectos privilegiados al ofrecimiento previo del vendedor. El *quid* de la cuestión reside en que en el régimen jurídico de los retractos está latente la tensión entre la protección de los intereses del titular del derecho de adquisición preferente y la salvaguarda de la seguridad del tráfico jurídico que se ve amenazada por el derecho de retracto. De ahí que la solución cambie según cual sean las circunstancias concurrentes:

1.^a Cuando la venta concertada y todavía no consumada sea notificada por el propietario al retrayente al objeto de que si lo desea adquiera el bien antes de que sea transmitido al comprador, no hay ninguna razón para que este ofrecimiento no ponga en marcha el

plazo para retraer. Con ello se busca incentivar que la actuación de la preferencia tenga lugar antes de la consumación: para ello se privilegian los efectos que produce el conocimiento de la venta proporcionado por el propietario de la finca con el fin de que el titular del derecho de preferencia pueda ejercitar «anticipadamente» el derecho de retracto. De este modo se evitan los perjuicios que para el tráfico jurídico supone la actuación del retracto una vez que la propiedad ha sido transmitida al comprador, sobre todo, si la transmisión se ha inscrito en el Registro de la Propiedad en cuanto puede afectar los intereses de los eventuales adquirentes de la finca que se pretende retraer¹³⁹. Por el contrario, de acuerdo con el enfoque técnico de la citada STS de 24 de septiembre 1997, si el titular de la preferencia no acepta el ofrecimiento previo del *dominus* y deja pasar la oportunidad de ejercitar el tanteo, se produce una «renuncia anticipada» al retracto que excluye el ejercicio posterior de este derecho una vez consumada la transmisión¹⁴⁰.

- 2.^a Que una vez producida la transmisión no importa cuál sea el origen de su conocimiento por el retrayente, comienza irremisiblemente el plazo para retraer. Así se asegura que una vez producido el efecto traslativo comienza la cuenta atrás para que cuanto antes desaparezca la amenaza que para el tráfico jurídico supone el retracto.

7. CONCEPTO DE TANTEO Y RETRACTO EN EL DERECHO CIVIL COMÚN

Del estudio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se deduce con exactitud no solo la delimitación temporal, sino la distinta función que cumplen tanteo y retracto en el ámbito de la preferencia adquisitiva:

- A) Tanteo y retracto son dos manifestaciones de un mismo derecho de adquisición preferente que comparten un ámbito común de actuación, la compraventa perfeccionada entre el propietario y un tercero, quedando la actuación de la preferencia una vez que ha tenido lugar la transmisión al tercero queda reservada al retracto.
- B) En el Derecho vigente, el término tanteo ha quedado reservado para nombrar a la actuación de la preferencia como consecuencia del ofrecimiento previo del propietario en las condiciones convenidas con un tercero.

De este modo queda evidenciado que la diferencia fundamental entre tanteo y retracto no está en el momento en que operan —en cuanto ambos pueden

hacerse efectivos respecto a una venta todavía no consumada— sino en la función que cumplen a los fines de la preferencia adquisitiva.

En efecto, mientras que el tanteo tiende a evitar los perjuicios que supone el ejercicio del retracto y para ello cumple una doble función: cuando es ejercitado se configura como un retracto anticipado y cuando el titular de la preferencia deja pasar la oportunidad de ejercitar este derecho se produce una renuncia anticipada al retracto que excluye la posibilidad de ejercitarlo una vez consumada la transmisión.

Esto no es predicable del retracto cuando el ejercicio de este derecho se plantea respecto de una venta perfecta, pues si el retrayente conoce por cualquier medio la existencia del contrato y deja pasar la oportunidad de hacer efectiva la preferencia, esto no impide la actuación del retracto después de que se haya producido la transmisión al tercero, toda vez que el inicio del plazo de caducidad del retracto exige que se haya producido la consumación de la venta y que el retrayente la conozca; lo único que en este caso es indiferente cual sea el origen del conocimiento, sea la notificación del comprador o cualquier otro medio, el caso es que la conozca.

- C) La relación entre tanteo y retracto se caracteriza por dos notas:
 - 1.^a Más que dos fases sucesivas de un mismo derecho, son dos posibilidades alternativas de hacer efectivo el derecho de adquisición preferente, pues como tiene declarado la jurisprudencia, el derecho se concede para que se haga efectivo en el caso de enajenación no notificada previamente, o bien en el de propósito de enajenar debidamente comunicado al sujeto preferido [STS de 22 de septiembre de 1993 (*RJA* 6654)]. En suma, que tanteo y retracto no son dos fases sucesivas, sino dos alternativas excluyentes: el derecho de adquisición preferente o se hace efectivo como tanteo o como retracto, esto es, la renuncia al tanteo implica la imposibilidad de ejercitar el retracto.
 - 2.^a En segundo lugar, por la inherencia esencial que existe entre tanteo y retracto de modo que la concesión del tanteo implica la del retracto y viceversa. La concesión de cualquiera de ellos conlleva la posibilidad de ejercitar el otro. Así resulta de la doctrina legal de las SSTs de 13 de noviembre de 1945 (*RJA* 1352) y 24 de septiembre de 1997 (*RJA* 6860), que admiten la actuación del tanteo en supuestos en los que únicamente se concede el retracto: respectivamente, el retracto arrendaticio rústico de la LAR de 1935 y el retracto de colindantes del artículo 1523 del Código Civil.
- D) La inherencia esencial tanteo-retracto tiene su manifestación terminológica en la ambivalencia de ambos términos, como resulta de su origen etimológico. Tanteo significa adquirir por el mismo tanto, y retracto

significa enervar los efectos del contrato de transmisión celebrado, lo que es predicable del derecho de adquisición preferente en todas sus formas y manifestaciones, es decir, del tanteo y del retracto.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR Y GARCÍA, Antonio: *El contrato y el Derecho Real de Foro*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1911.
- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 4.^a ed., Comares, Granada, 2001.
- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, III, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004.
- *Derecho Civil*, I, 18.^a ed., Edisofer, 2009.
- ALBORNOZ, Bartolomé de: *Arte de los contratos*, en Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1573.
- ALIA NOMBELA, Teodoro: «El tanteo como derecho real. Legislación y práctica», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España y Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, págs. 100 a 135.
- ARRECHEDERA ARANZADI, Ignacio: «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP*, 1980, núm. LXIV, págs. 11 a 64.
- BADENES GASSET, Ramón: *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958.
- *El contrato de compraventa*, Tomo II, 3.^a ed., José María Bosch editor, Barcelona, 1995.
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP*, 1956, tomo XL, págs. 824 a 831.
- «Comentario a la sentencia de 25 de marzo de 1957», en *RDP*, 1957, tomo XLI, págs. 290 a 295.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: *La propiedad de casas por pisos*, 4.^a ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1954.
- BELLO JANEIRO, Domingo: *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- BORREL Y SOLER, Antonio M.: *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: *Opción, tanteo y retracto (La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición)*, Marcial Pons y Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 2004.
- CARPINO, Brunetto: «Prelazione agraria (voce)», en *Noviss. Dig. It.*, Appéndice, vol. V, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1984, págs. 1144 a 1160.
- CASALS COLDECARRERA, Miguel: *El retracto en los arriendos de fincas rústicas*, Bosch, Barcelona, 1946.
- CASSAROTTO, Gian Giorgio: «La prelazione agraria», capítulo cuarto, *Tratato Breve di Diritto Agrario Italiano e Comunitario* (diretto da Luigi COSTATO), 3.^a ed., CEDAM, Padova, 2006, págs. 526 a 533.

- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1926.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo II, *Derecho de cosas*, vol. II, *Los derechos reales restringidos*, 15.ª ed. (revisada y puesta al día por Jacinto GIL RODRÍGUEZ), Reus, Madrid, 1994.
- CHAPUISAT, Jérôme: «Réflexions sur le droit du préemption», en *Reveu du Droit immobilier*, 1981, págs. 125 a 154.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Dictámenes jurídicos*, tomo II, *Obligaciones y contratos*, Bosch, Barcelona, 1919, págs. 361 a 375.
- COCA PAYERAS, Miguel: *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Gran Colegio de España, Bolonia, 1988.
- COCA PAYERAS, Miguel; MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 668 a 700.
- CORSARO, Luigi: *Prelazione e Riscatto*, Enc. Giur., Treccani, Roma, 1990, págs. 1 a 15.
- CORSARO, Antonino y TRIOLA, Roberto: *Legislazione Agraria (Contratti, Prelazione, Imprenditore agricolo)*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE: *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II (revisado y puesto al día por Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y José LEÓN ALONSO), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1988.
- CUESTA SAENZ, José María DE LA: «Comentario de la sentencia de 9 de junio de 1990», en *CCJC*, 1990, núm. 23, págs. 725 a 734.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000.
- «Artículo 22.2 a 5», en *Ley de Arrendamientos Rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)* (director: Miguel PASQUAU LIAÑO), 2.ª ed., Aranzadi [Cizur Menor (Navarra)], 2006, págs. 6540 a 736.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio: *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLF, Martin: *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER), [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, vol. II, *Gravámenes*, 3.ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971.
- ESCOSURA MATHEU, Francisco de: *Contestaciones a la parte de Derecho Civil, Común y Foral*, tomo II, Imprenta de Antonio Marzo, Madrid, 1906.
- ESPÍN, Diego: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 6.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996.
- FELIÚ REY, Manuel Ignacio: *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», *RDP*, 1976, núm. XL, págs. 7 a 131.

- GARCÍA ATANCE, Manuel: «Crisis de los derechos de preferencia legal», en *Curso de Conferencias*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 1950, págs. 7 a 54.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Los derechos de adquisición en Francia», en *RDN*, 1965, núm. XLVIII, págs. 57 a 140.
- «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), tomo XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, págs. 479 a 550.
- GARCÍA ROYO, Amando: «Estudio del retracto arrendaticio rústico», en *ADC*, 1949, fascículo IV, págs. 1419 a 1509.
- GIL ROBLES Y GIL DELGADO, José M.ª: *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1988, págs. 321 a 343.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: «Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de retracto con arreglo al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935», en *ADC*, 1948, fascículo II, págs. 538 a 564.
- IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio: *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1955.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1994.
- *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), Edersa, Madrid, 1995, págs. 310 a 354.
- LINARES NOCI, Rafael: «La prelación enfiteútica», en *RDP*, 1986, tomo II, págs. 758 a 757.
- LLOMBART, M.ª de los Desamparados: «Los derechos de adquisición preferente de fincas a favor de los arrendatarios», en *RDP*, 1983, núm. LXVII, págs. 337 a 360.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano: *El derecho de preferencia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1960.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, tomo X, vol. I, 6.ª ed., Reus, Madrid, 1969.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente (comentario a la sentencia de 3 de abril de 1981)», en *ADC*, 1981, fascículo II, págs. 299 a 311.
- MÁS BADÍA, M.ª Dolores: «Capítulo VII. Artículo 22.2 a 9», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)* (dirigidos por Rafael BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.ª Dolores MÁS BADÍA), Tecnos, Madrid, 2006, págs. 452 a 523.
- MELÓN INFANTE, Carlos: *Código Civil alemán (BGB)* (traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950), Bosch, Barcelona, 1955.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «Artículo 22.2 a 9», en *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinado por José María CABALLERO LOZANO), Dykinson, 2.ª ed., Madrid, 2006, págs. 368 a 394.

- MORAL Y DE LUNA, Alfonso DEL: «Los derechos de adquisición y el problema de su rango», en *AAMN*, 1954, tomo VIII, págs. 718 a 805.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «Parágrafos 433-545», en *Código Civil alemán* (director: Albert LAMARCA MARQUÉS), Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 123 a 154.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Comentario de los artículos 1636 a 1642 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), tomo XX, vol. III, Edersa, Madrid, 1982, págs. 156 a 174.
- *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, Edersa, 3.ª ed., Madrid, 1997.
- OURILAC, Paul: «L'évolution du droit de préemption», en *Revue du Droit Rural*, 1982, págs. 281 a 325.
- PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel: «El vicio esencial en el ejercicio del derecho de retracto en los arrendamientos», en *RGLJ*, 1956, núm. II, págs. 603 a 684.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1993», en *CCJC*, 1993, núm. 33, págs. 1024 a 1033.
- «Artículo 22.1», en *Ley de Arrendamientos Rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)*, 2.ª ed., Aranzadi, [Cizur Menor (Navarra)], 2006, págs. 611 a 639.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983.
- *Caducidad y prescripción extintiva*, Bosch, Barcelona, 1986.
- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLE: *Código Civil*, tomo XXIV, artículos 1542 a 1664, 4.ª ed., Obras de Quintus Mucius Scaevola, Madrid, 1912.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Comentario del artículo 1521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 1006 a 1009.
- RIAZA, Narciso: *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919.
- ROCA SASTRE, Ramón M.ª: *Derecho Hipotecario*, tomo III, Bosch, Barcelona, 1968.
- ROCA SASTRE, Ramón M.ª; ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan: *Derecho Hipotecario*, 9.ª ed., tomo V, Bosch, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico A.: «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 591 a 624.
- *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RUBIO TORRANO, Enrique: *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne: *Le droit de préemption*, París, 1979.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: *El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de «prelazione» y «retrato» en Italia*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1998.
- «Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1994», en *CCJC*, 1995, núm. 38, págs. 591 a 599.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1971, núm. LV, págs. 337 a 377.
- SIMONE, Francesco de: *Profili Sistematici della Prelazione Agraria*, Università degli Studi di Napoli «Partenope», Istituto di Diritto Commerciale, Liguori Editori, Napoli, 2002.

TAMPONI, Michele: «Prelazione Agraria (voce)», en *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, XLV, Utet, Torino, 1984, págs. 178 a 196.

TRIOLA, Roberto: *La prelazione agraria*, 2.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1990.

NOTAS

¹ El artículo 1450 del Proyecto de 1851 definía el retracto legal como «el derecho que tiene alguno por la ley de subrogarse, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato».

² PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, «El vicio esencial en el ejercicio del derecho de retracto en los arrendamientos», en *RGLJ*, 1956, núm. II, pág. 637; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pág. 33; REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «Comentario del artículo 1521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 1006, y FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 20.

³ Igualmente recogía una norma de remisión el artículo 90.2 de la anterior Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos (LAR de 1980).

⁴ El *Fuero Real* en la Ley XII distinguía dos fases de ejercicio del retracto gentilicio: antes y después de que la cosa «fuere vendida». Mayor perfección técnica se detecta siglos después en el *Proyecto de 1836*, que en sus artículos 1152 y 1153 contempla expresamente la posibilidad de ejercitar el retracto respecto a una venta consumada y también cuando se trata de una venta meramente perfeccionada.

⁵ Más adelante se verá que la doctrina sigue dividida entre los que consideran que es requisito de ejercicio del retracto que haya tenido lugar la consumación, que son los más: como representante de esta corriente mayoritaria puede citarse a ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 805; y aquellos que defienden que para que el retracto puede ser ejercitado basta con que se haya perfeccionado la venta; en los últimos tiempos ha defendido esta opinión minoritaria Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 23 a 46, y «Artículo 22.2 a 5», en *Ley de Arrendamientos Rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)* (director: Miguel PASQUAU LIAÑO), 2.ª ed., Aranzadi [Cizur Menor (Navarra)], 2006, págs. 713 y 714.

⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo III, 2.ª ed., Estudio Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900, pág. 676; ESCOSURA Y MATHEU, Francisco de, *Contestaciones a la parte de Derecho Civil, Común y Foral*, tomo II, Imprenta de Antonio Marzo, Madrid, 1906, pág. 297; QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXIV, artículos 1542 a 1564, 4.ª ed., Obras de Quintus Mucius Scaevola, Madrid, 1912, pág. 496; RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, págs. 70 y 195; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil*, Reus, 1926, pág. 500, y MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, tomo X, vol. I, 6.ª ed., Reus, Madrid 1969, págs. 500 a 502.

⁷ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Dictámenes Jurídicos*, tomo II, *Obligaciones y Contratos*, Bosch, Barcelona, 1919, págs. 361 a 375.

⁸ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Dictámenes Jurídicos*, tomo II, *Obligaciones y Contratos*, Bosch, Barcelona, 1919, págs. 364 a 366 y 370.

⁹ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 512.

¹⁰ Véase, por todos, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, I, 18.ª ed., Edisofer, 2009, pág. 425.

¹¹ RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, págs. 81 a 83.

¹² RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, pág. 82.

¹³ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo III, 2.ª ed., Estudio Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900, pág. 494, y CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Dictámenes Jurídicos*, tomo II, *Obligaciones y Contratos*, Bosch, Barcelona, 1919, pág. 367, dicen que procede respecto a una venta proyectada, sin precisar el significado que debe ser atribuido a ese término. Tampoco es claro ESCOSURA Y MATHEU, Francisco de, *Contestaciones a la parte de Derecho Civil, Común y Foral*, tomo II, Imprenta de Antonio Marzo, Madrid, 1906, pág. 297, cuando afirma que el tanteo se dirige a impedir la venta porque solo puede ser ejercitado antes de que esta se verifique, más no precisa este autor si se trata de que no se haya consumado la enajenación o que ni siquiera se haya perfeccionado la venta. RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, pág. 82, parece entender como venta proyectada los tratos preliminares cuando dice que el tanteo es una facultad de preferencia que tiene intervención antes de la perfección de la venta y durante las gestiones preliminares a la celebración del contrato.

¹⁴ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXIV, artículos 1542 a 1664, 4.ª ed., Obras de Quintus Mucius Scaevola, Madrid, 1912, pág. 496.

¹⁵ Según el artículo 83 del Reglamento de 29 de abril de 1959: «[s]on arrendamientos protegidos aquellos en los que la renta anual se regula por una cantidad de trigo que no exceda de 40 Qm. y, además, el cultivo se realiza por el arrendatario de modo directo y personal».

¹⁶ AGUILAR Y GARCÍA, Antonio, *El contrato y el Derecho Real de Foro*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1911, pág. 200, y CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Dictámenes Jurídicos*, tomo II, *Obligaciones y Contratos*, Bosch, Barcelona, 1919, pág. 367.

¹⁷ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXIV, artículos 1542 a 1564, 4.ª ed., Obras de Quintus Mucius Scaevola, Madrid, 1912, págs. 471 a 472.

¹⁸ RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, pág. 54.

¹⁹ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Código Civil Español*, tomo X, vol. I, 6.ª ed., revisada por José M.ª BLOCH, Reus, Madrid, 1969, pág. 494.

²⁰ GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. LX, pág. 101; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente (Comentario a la sentencia de 3 de abril de 1981)», en *ADC*, 1981, fascículo II, pág. 931; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, págs., 393 a 490; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derechos Reales*, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 638 a 639; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 75; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pág. 486, y LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 327.

²¹ ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER), [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, vol. II, Gravámenes, 3.ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, págs. 95 a 104.

²² Asimismo aparecen obras de carácter monográfico en cuyo título se consagra la denominación “derechos de adquisición preferente”, como es el caso del libro de BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958.

²³ ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 638 a 696.

²⁴ SANTOS BRIZ, Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1971, núm. LV, págs. 337 a 377.

²⁵ GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. XL, págs. 99 a 131.

²⁶ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, págs. 393 a 505.

²⁷ Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, págs. 511 a 523.

²⁸ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 799 a 857.

²⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, págs. 327 a 345.

³⁰ En este sentido, BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 52.

³¹ Esta expresión fue utilizada por primera vez por GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, num. XL, págs. 99 a 131.

³² Así se manifiestan, entre otros, BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 46 y 47; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Código Civil Español*, tomo X, vol. I, 6.ª ed., revisada por José M.ª BLOCH, Reus, Madrid, 1969, pág. 494; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 640; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), tomo XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pág. 529; COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 671; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 21 y 22; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 512; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs 803 y 804, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 6.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 196 y 197.

³³ GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. XL, pág. 123; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 640; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1988, págs. 324 a 326; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), tomo XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pág. 529; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 21 y 22, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 6.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 196; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 802, explica gráficamente porqué no tiene sentido la concesión del retracto sin el tanteo: «[I]o que en el fondo son ganas de hacer y deshacer, ya que si en definitiva se concede a alguien derecho de adquisición respecto a cierta cosa, parece preferible que no tenga que esperar a que esta se haya enajenado, para entonces reclamarla, sino concederle la facultad (...) de que pueda hacérsela transmitir antes que aquel a quien se proyectaba enajenarla».

³⁴ Idéntica observación hacen LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), Edersa, Madrid, 1995, pág. 314, y FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 22, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 6.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 191.

³⁵ ALIA NOMBELA, Teodoro, «El tanteo como derecho real. Legislación y práctica», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España y Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pág. 135; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1988, págs. 323 y 324; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis, *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 320; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pág. 529; COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 671; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, Edersa, 3.ª ed., Madrid, 1997, pág. 732.

³⁶ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER son los primeros en formular la concepción unitaria del tanteo y retracto como dos fases de un único derecho en sus comentarios a la obra de ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER), [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, vol. II, Gravámenes, 3.ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 99. Esta idea la importan del Derecho alemán. Así consideran que el término *vorkauf*, que se aplica al derecho a la compra preferente cuando compete a terceros, debe ser traducido como tanteo. Estos autores reconocen que el *vorkauf* es en esencia nuestro retracto legal, pero enmiendan la plana al Código Civil al traducir el vocablo *vorkauf* como tanteo, porque consideran que el término retracto solo se ajusta al derecho a recuperar la cosa vendida, *Wiederkauf* en el BGB, retracto convencional en nuestro Código Civil. Teniendo en cuenta que la única diferencia entre tanteo y retracto es que el primero se ejercita antes de la venta y el segundo después, resulta que realmente no son dos derechos distintos sino «dos fases de un mismo derecho, dos oportunidades para su ejercicio». Posteriormente la concepción unitaria ha sido acogida por un numeroso grupo de autores desde entonces hasta la actualidad. Este es el caso de GARCÍA ATANCE, Manuel, «Crisis de los derechos de preferencia legal», en *Curso de Conferencias*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1950, págs. 10 y 11; BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *La propiedad de casas por pisos*, 4.ª ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1954, págs. 133 a 153; MORAL Y DE LUNA, Alfonso DEL, «Los derechos de adquisición y el problema de su rango», en *AAMN*, 1954, tomo VIII, págs. 330 y 331; IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El Derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1956, págs. 15, 16 y 100; BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 45 a 47; SANTOS BRIZ, Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1971, núm. LV, pág. 337; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. XL, pág. 105; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 638 a 696; RICA, Ramón DE LA, «El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de esta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», en *RCDI*, 1979, núm. 589, pág. 1038; ARRECHEDERA ARANZADI, Ignacio, «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP*, 1980, núm. LXIV, pág. 124; LLOMBART, M.ª de los Desamparados, «Los derechos de adquisición preferente de fincas a favor de los arrendatarios», en *RDP*, 1983, núm. LXVII, pág. 350; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, págs. 401 a 404; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentílico*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 57; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), tomo XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, págs. 528 a 529; LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), Edersa, Madrid, 1995, pág. 31; COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*

(Ley 29/1994, de 24 de noviembre) (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 671; ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la ley de Arrendamientos Rústicos Históricos*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pág. 68; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 25; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 21 y 22; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 4.ª ed., Comares, Granada, 2001, pág. 350; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 801 a 803; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 333; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto», en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinados por Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006, pág. 229; MÁS BADÍA, M.ª Dolores, «Artículo 22.2 a 9», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre)* (directores: Rafael BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.ª Dolores MÁS BADÍA), Tecnos, Madrid, 2006, pág. 460, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 6.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 195, afirma que los derechos de tanteo y retracto se caracterizan por la «identidad de función y el momento temporal divergente», esto es, la diferencia entre ambos derechos consiste únicamente en el momento temporal al que cada uno de ellos está referido.

³⁷ BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 45 a 47; ARRECHEDERA ARANZADI, Ignacio, «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP*, 1980, núm. LXIV, pág. 124; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 141 a 142; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 20, y Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 604.

³⁸ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 802 a 803.

³⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, págs. 333.

⁴⁰ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 802 a 803.

⁴¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 333.

⁴² Así lo pone de manifiesto LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 170, cuando puntualiza: «[a]demás la cuestión en debate es puramente terminológica y gramatical, pues de no recurrir a dos términos distintos, posiblemente habría que acabar hablando de tanteo propio y tanteo impropio (...)».

⁴³ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 802 y 803.

⁴⁴ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XXIV, artículos 1542 a 1564, 4.ª ed., Obras de Quintus Mucius Scaevola, Madrid, 1912, págs. 471 y 472; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Código Civil Español*, tomo X, vol. I, 6.ª ed., revisada por José M.ª BLOCH, Reus, Madrid, 1969, pág. 494; SANTOS BRIZ Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1971, núm. LV, pág. 337; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. LX, pág. 105; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pág. 640; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1988,

pág. 326; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 802 a 804; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 334.

⁴⁵ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 802, manifiesta enérgicamente los inconvenientes que acarrea el retracto sin el tanteo cuando argumenta que: «(...) en el fondo son ganas de hacer y deshacer, ya que si, en definitiva, se concede a alguien derecho de adquisición respecto a cierta cosa, parece preferible que no tenga que esperar a que esta se haya enajenado, para entonces reclamarla, sino concederle la facultad (y establecer las disposiciones para que tenga efectividad) para hacérsela transmitir antes que aquel a quien se proyectaba enajenarla».

⁴⁶ PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la sentencia de 22 de septiembre de 1993», en *CCJC*, 1993, núm. 33, pág. 1032, y Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 22 a 46. Años antes LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El derecho de preferencia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1960, pág. 148, en su estudio general de la preferencia en el Derecho español, al ocuparse de la preferencia adquisitiva excluye el tanteo de este ámbito por considerar que procede cuando existen unos meros tratos preliminares o incluso el propósito de vender del propietario. Por ende, también, a juicio de este autor, solamente el retracto tiene la condición de derecho de adquisición preferente, que procede una vez que el sujeto pasivo ha adquirido la propiedad de la cosa y es titular de un derecho subjetivo.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, págs. 101 a 108.

⁴⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, págs. 20 a 22.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, pág. 101.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, pág. 107.

⁵¹ IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 100, realiza una síntesis perfecta de esa manera de concebir las relaciones tanteo-retracto: «[L]os derechos de tanteo y retracto están esencialmente vinculados y no son más que dos fases distintas de un mismo derecho de adquisición con preferencia, dos posibilidades distintas del ejercicio del mismo derecho, dos momentos que se han de entender lógica y cronológicamente entrelazados entre sí, sin solución de continuidad»; BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1958, págs. 27 a 45; SANTOS BRIZ, Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1971, núm. LV, pág. 337; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. LX, pág. 105; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Derechos Reales, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 640; ARRECHEDERA ARANZADI, Ignacio, «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP*, 1980, núm. XLIV, pág. 124; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 34 a 35; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 55; COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II (revisado y puesto al día por Manuel de COSSÍO y MARTÍNEZ y José LEÓN ALONSO), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pág. 352; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arren-*

damientos Urbanos de 1994, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 25; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 19; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 512; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 334; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 805; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinados por Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006, págs. 237 a 238 y 244, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 169.

⁵² BORREL Y SOLER, Antonio M., *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Bosch, Barcelona, 1952, págs. 161 a 162; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «Comentario de los artículos 1604 a 1664 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), Edersa, Madrid, 1982, pág. 166, y GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, págs. 528, 533 y 536.

⁵³ El artículo 25.2 LAU 1994 dice así: «El arrendatario podrá ejercitar el derecho de tanteo sobre la finca arrendada en un plazo de treinta días naturales a contar desde el siguiente en que se le notifique de forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión». Por su parte, el inciso segundo del artículo 22.2 LAR 2003 dispone en términos semejantes que: «Al efecto, el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato (...)».

⁵⁴ Este es el caso de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER en sus *Anotaciones* a la obra de ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER), [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, volumen segundo, Gravámenes, 3.ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, págs. 102 a 154; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 35 y 36; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1988, pág. 327; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, Edersa, 3.ª ed., Madrid, 1997, pág. 733; COCA PAYERAS, Miguel, «Voz Tanteo (Derecho Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pág. 6464; COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinador: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 674; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 54 y 118; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, pág. 109; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 805; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador: Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006, págs. 230 a 233. Por su parte, BORREL Y SOLER, Antonio M., *El dominio según el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1948, pág. 111, a pesar de que no se pronuncia explícitamente sobre el momento en que procede el tanteo, sitúa la frontera del tanteo y retracto en el momento de la consumación de lo que puede deducirse que para este autor el tanteo procede una vez perfeccionada la venta.

⁵⁵ IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 100; PASQUAU LIAÑO, Miguel, Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1993», en *CCJC*, 1993, núm. 33, pág. 888; LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos*

Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN), Edersa, Madrid, 1995, pág. 318; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 51, y Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 40 a 43.

⁵⁶ Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 41 y 42.

⁵⁷ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, *El derecho de preferencia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1960, págs. 39 a 52 y 148, enumera las características de los derechos de preferencia y señala como un elemento fundamental de las situaciones de preferencia la concurrencia de varios derechos subjetivos de carácter patrimonial de modo que el ejercicio del derecho preferido excluye «la ventaja que otro podría obtener de su derecho». Además los derechos concurrentes han de ser verdaderos derechos subjetivos de modo que las expectativas no tiene virtualidad suficiente para generar el concurso característico de la situación de preferencia, como ocurre cuando el propietario nada más ha decidido vender o simplemente ha tenido tratos preliminares. Cosa distinta es que el autor citado excluya al tanteo de los derechos de adquisición preferente justamente por considerar que procede antes de que se haya perfeccionado la venta, una vez que el propietario tiene *in mente* la transmisión o está en tratos preliminares con un tercero, pero lo que tiene meridianamente claro es que la preferencia exige la concurrencia de derechos subjetivos, el preferido y el sacrificado, lo que en el ámbito de los derechos de adquisición preferente se traduce en la celebración de un contrato traslativo entre el propietario del bien objeto de la preferencia y un tercero. Asimismo en la jurisprudencia del TS no queda lugar a dudas de la condición de derecho de adquisición preferente del tanteo, en este sentido podemos citar un buen número de sentencias que serán analizadas en el epígrafe 6.1: STS de 23 de enero de 1957 (*RJA* 364), de 13 de abril de 1957 (*RJA* 1591), de 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141), de 30 de septiembre de 1960 (*RJA* 3155), de 30 de septiembre de 1960 (*RJA* 3156), de 21 de enero de 1961 (*RJA* 114), de 2 de febrero de 1961 (*RJA* 309), de 3 de julio de 1961 (*RJA* 3021), de 17 de marzo de 1962 (*RJA* 1748), de 12 de abril de 1962 (*RJA* 2022), de 18 de enero de 1964 (*RJA* 207), y más recientemente la STS de 17 de febrero de 1998 (*RJA* 630).

⁵⁸ Véase epígrafe anterior.

⁵⁹ BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la sentencia de 25 de marzo de 1957», en *RDP*, 1957, tomo XLI, pág. 826.

⁶⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 334.

⁶¹ La doctrina defendida por estos, LACRUZ y BALLARÍN MARCIAL coinciden con la doctrina legal mantenida antaño por el TS y probablemente tenga su origen en la misma. Este es el caso de las SSTS de 23 de enero de 1957 (*RJA* 364), de 12 de abril de 1962 (*RJA* 2022) y de 3 de julio de 1961 (*RJA* 3021), relativas al tanteo arrendaticio urbano y de las que me ocuparé al analizar la jurisprudencia del TS sobre este derecho.

⁶² ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, I, 18.ª ed., Edisofer, 2009, págs. 651 a 652, 656 y 664.

⁶³ SANTOS BRIZ, Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1971, núm. LV, pág. 337; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. LX, pág. 106. La teoría de ARRECHEDERA ARANZADI, Ignacio, «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP*, 1980, núm. LXIV, pág. 129, sobre el momento en que puede ser ejercitado el tanteo adolece de claridad cuando se pregunta sobre el momento inicial y final del tanteo y responde de la siguiente manera: «El comienzo es vago y difuso como es el comienzo de cualquier relación social (...)», y continúa diciendo que «(...) en todo caso, el tanteo no suprime la iniciativa negocial del propietario que puede dirigir su oferta a un tercero; es más —aclara ARRECHEDERA—, el tanteo consiste en notificar un esbozo ya delineado de la transmisión del bien. En todo caso, como lo que caracteriza al tanteo es su procedencia

antes de la consumación, la perfección del negocio jurídico traslativo no es obstáculo para el ejercicio del tanteo». Este autor no aclara que es un «esbozo ya delineado de la transmisión del bien» y tampoco se entiende que hable de relaciones sociales cuando lo que se trata de precisar es el comienzo de una determinada relación jurídica. Lo mismo le sucede a BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 56, cuando defiende que el tanteo puede ser ejercitado desde que el dueño efectúa la pertinente notificación hasta el momento en que se consuma la enajenación. No obstante, considera que aun sin notificación es posible la actuación del tanteo, «siempre que exista un negocio con sus elementos determinados, no necesariamente perfecto, pero con mayor trascendencia que unos meros tratos preliminares». Tampoco explica esta autora en qué figura legal encaja ese «algo» que hace posible el tanteo, aún sin aviso previo, que no llega a contrato pero pasa de propósito de vender; de todos modos, no parece que considere necesario la existencia de un acuerdo, puesto que puntualiza que en este caso la suerte del tanteo depende de que el dueño no desista de su intención de vender.

⁶⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español*, Editorial Reus, Madrid, 1922 (se manifiesta en el mismo sentido en *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo II, *Derecho de cosas*, vol. II, *Los derechos reales restringidos*, 15.ª ed., revisada y puesta al día por Jacinto GIL RODRÍGUEZ, Reus, Madrid, 1994, pág. 376); ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derechos reales*, 5.ª ed., Edersa, Madrid, 1984, págs. 640 y 642; CASTÁN TOBEÑAS, José y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, Julio, *Tratado Práctico de Arrendamientos Urbanos*, tomo II, Reus, Madrid, 1957, pág. 422; ALIA NOMBELA, Teodoro, «El tanteo como derecho real. Legislación y práctica», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España y Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pág. 102; COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II (revisado y puesto al día por Manuel de COSSÍO Y MARTÍNEZ y José LEÓN ALONSO), Civitas, Madrid, 1988, pág. 335.

⁶⁵ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, «Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de retracto con arreglo al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935», en *ADC*, 1948, fascículo II, pág. 722; GARCÍA ROYO, Amando, «Estudio del retracto arrendatario rústico», en *ADC*, 1949, fascículo IV, pág. 1456; PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, «El vicio esencial en el ejercicio del derecho de retracto en los arrendamientos», en *RGLI*, 1956, núm. II, pág. 609; CASALS COLDECARRERA, Miguel, *El retracto en los arriendos de fincas rústicas*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 109 a 112; SANTOS BRIZ, Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1971, núm. L, págs. 352, 357, 350 y 345; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. LX, pág. 105; ARRECHEDERA ARANZADI, Ignacio, «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP*, 198, núm. LXIV, pág. 124; GIL ROBLES Y GIL DELGADO, José M.ª, *Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, pág. 245; LLOMBART, M.ª de los Desamparados, «Los derechos de adquisición preferente de fincas a favor de los arrendatarios», en *RDP*, 1983, núm. LXVII, pág. 360; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derechos reales*, 5.ª ed., Edersa, Madrid, 1984, pág. 647; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pág. 34; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1988; MARTÍNEZ VALENCIA, Juan, *Comentario de La Ley de Arrendamientos Rústicos*, Madrid, Dykinson, Madrid, 1991, pág. 431; SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando, *Cómputo del plazo en el retracto de colindantes*, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 14; COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II (revisado y puesto al día por Manuel de COSSÍO Y MARTÍNEZ y José LEÓN ALONSO), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pág. 352; REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «Comentario del artículo 1521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 1009; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*,

tomo II, *Los derechos reales restringidos*, vol. II, 15.^a ed. (revisada y puesta al día por Jacinto GIL RODRÍGUEZ), Reus, Madrid, 1994, pág. 376; BELLO JANEIRO, Domingo, *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 115 a 120; LETE DEL RÍO, José Manuel, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN), Edersa, Madrid, 1995, pág. 328; COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinador: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, pág. 674); ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Los derechos de adquisición preferente regulados en la Ley de Arrendamientos Rústicos y en la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pág. 67; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, 3.^a ed., Edersa, Madrid, 1997, pág. 732; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de prelazione y retratto en Italia*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1998, pág. 23; DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, pág. 102 a 104; AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, 4.^a ed., Comares, Granada, 2001, pág. 358; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 805; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2004, págs. 334; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto», en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinador: Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006, págs. 236 y 244; CUESTA SÁENZ, José María DE LA POVEDA BERNAL, Margarita Isabel, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 446; MÁS BADÍA, M.^a Dolores, «Artículo 22.2 a 9», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre)* (dirigidos por Rafael BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.^a Dolores MÁS BADÍA), Tecnos, Madrid, 2006, pág. 460; MILLÁN SALAS, Francisco, «Artículo 22 [y II]», en *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos* (coordinado por José María CABALLERO LOZANO), Dykinson, 2.^a ed., Madrid, 2006, pág. 386, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 7.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 169.

⁶⁶ IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 156; BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP*, 1956, tomo XL, pág. 293, y «Comentario a la STS de 25 de marzo de 1957», en *RDP*, 1957, tomo XLI, págs. 826 a 827; PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1993», en *CCJC*, 1993, núm. 33, pág. 1032; BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, Tomo II, 3.^a ed., José María Bosch Editor, Barcelona 1995, págs. 930 a 931; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 19; Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 23 a 46, y «Artículo 22.2 a 5», en *Ley de Arrendamientos Rústicos (Comentarios doctrinales y formularios prácticos)* (dirigidos por Miguel PASQUAU LIAÑO), 2.^a ed., Aranzadi [Cizur Menor (Navarra)], 2006, págs. 713 y 714.

⁶⁷ Así lo pone de manifiesto COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 35 a 37.

⁶⁸ Este es el caso de BADENES GASSET, Ramón, *El contrato de compraventa*, Tomo II, 3.^a ed. José María Bosch editor, Barcelona 1995, págs. 930 a 931, quien niega que del artículo 1521 del Código Civil pueda deducirse que la existencia de una transmisión consumada sea presupuesto del retracto, principalmente porque el artículo 1521 del Código Civil define el retracto como el derecho de subrogación en el lugar del que adquiere y no del que ha adquirido. La utilización del verbo adquirir en presente de indicativo revela que se trata de quien todavía está consumando el proceso de adquisición. Esta sería la situación propia de quien habiendo celebrado un contrato de finalidad traslativa todavía no es propietario.

⁶⁹ IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 89; BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP*, 1956, tomo XL, pág. 293, y Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 20.

⁷⁰ Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 20.

⁷¹ BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP*, 1956, tomo XL, pág. 293.

⁷² En Italia la doctrina está dividida entre los que consideran admisible la *prelazione* respecto de unos tratos preliminares y aquellos otros que consideran necesario un contenido contractual perfectamente determinado, lo que supone la existencia un precontrato de compraventa (*preliminare di vendita*). Entre los defensores de la primera tesis cabe citar a TAMPONI, Michele, «Prelazione Agraria (voce)», en *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ. XIV, Utet, Torino, 1984, pág. 190; CORSARO, Luigi, «Prelazione e Riscatto», en *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, págs. 7 a 8; SIMONE, Francesco DE, *Profili Sistemati della Prelazione Agraria*, Università degli Studi di Napoli «Parthenope», Istituto di Diritto Commerciale, Liguori Editori, Napoli, 2002, pág. 155; CORSARO Antonino y TRIOLA Roberto, *Legislazione Agraria (Contratti, Prelazione, Imprenditore agricolo)*, Giuffrè Editore, Milano, 2006. Entre los partidarios de la segunda opción cabe citar a CARPINO, Brunetto, «Prelazione agraria (voce)», en *Noviss. Dig. It.*, Apéndice, vol. V, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1984, pág. 1153; TRIOLA Roberto, *La prelazione agraria*, 2.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1990, pág. 110; CASSAROTTO, Gian Giorgio, «La prelazione agraria», capítulo cuarto, *Tratado Breve di Diritto Agrario Italiano e Comunitario* (diretto da Luigi COSTATO), 3.ª ed., CEDAM, Padova, 2006, pág. 531.

⁷³ GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Los derechos de adquisición en Francia», en *RDN*, 1965, núm. XLVIII, pág. 79; SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, *Le droit de préemption*, París, 1979, págs. 33 y 108 a 117; CHAPUISAT, Jérôme, «Réflexions sur le droit du préemption», en *Rev. Droit Immobilier*, 1981, pág. 450, y OURILAC, Paul, «L'évolution du droit de préemption», en *Rev. Droit rural*, 1982, pág. 427.

⁷⁴ El BGB únicamente contempla un derecho de adquisición preferente de origen legal: el del párrafo 2.034 previsto en el caso de que un coheredero vende su cuota a un tercero. Además se establecen derechos de adquisición preferente por razones de interés público en la legislación especial, a este respecto, cfr. EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 347 a 348.

⁷⁵ ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER), [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, volumen segundo, Gravámenes, 3.ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 102; MELÓN INFANTE, Carlos, *Código Civil alemán (BGB)* (traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950), Bosch, Barcelona, 1955, pág. 103; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I (edición española de Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN), Bosch, Barcelona, 1995, pág. 451 a 454; EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 347 a 348.

⁷⁶ El artículo 463 del BGB dice: «[q]uien está legitimado para el tanteo en relación con un bien, puede ejercitar el derecho de tanteo cuando el obligado ha concluido un contrato de compraventa sobre el bien con un tercero». A tenor del inciso primero del párrafo 469: «[e]l obligado debe notificar inmediatamente al titular del tanteo el contenido del contrato celebrado con el tercero (...)». La transcripción de estos preceptos responde a la traducción de NIEVA FENOLL, Jordi, «Párrafos 433-545», en *Código Civil alemán* (director: Albert LAMARCA MARQUÉS), Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 130 y 131.

⁷⁷ El párrafo 1098.2 dice: «[f]rente a terceros, el derecho de tanteo tiene el efecto de una anotación preventiva para garantizar la pretensión a la transmisión de la propiedad que resulta del ejercicio del derecho». Y el párrafo 1099.1 dice que: «[s]i la finca pasa a ser

propiedad de un tercero, esta puede, de igual modo que el obligado, notificar al legitimado el contenido del contrato de compraventa con el efecto determinado en el § 469, apartado 2 (...)». La traducción es de NASARRE AZNAR, Sergio, «Parágrafos 1094-1296», en *Código Civil alemán* (director: Albert LAMARCA MARQUÉS), Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 287.

Por su parte el parágrafo 469.2 dispone que: «[e]l derecho de tanteo solo puede ser ejercitado hasta el transcurso de dos meses, si se trata de una finca, o de una semana, si se trata de otros bienes, desde la recepción de la comunicación (...)». La traducción es de NIEVA FENOLL, Jordi, «Parágrafos 433-545», en *Código Civil alemán* (director: Albert LAMARCA MARQUÉS), Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 131.

⁷⁸ El *vorkauf* obligatorio tan solo da derecho a pedir indemnización de daños y perjuicios contra el obligado a consecuencia de su naturaleza personal carente de efectos contra terceros, parágrafo 463 del BGB.

⁷⁹ En efecto, el texto del parágrafo 469.1 dice así: «[e]l obligado debe notificar inmediatamente al titular del tanteo el contenido del contrato celebrado con el tercero. La comunicación del obligado puede sustituirse con la comunicación del tercero». La traducción es de NIEVA FENOLL, Jordi, «Parágrafos 433-545», en *Código Civil alemán* (director: Albert LAMARCA MARQUÉS), Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 131.

⁸⁰ Díez SOTO, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 34.

⁸¹ Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER en sus *Anotaciones* a la obra de ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER) (traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER), tomo III, volumen segundo, Gravámenes, 3.ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 99, son los primeros en importar las soluciones del Derecho alemán. Así consideran que el término *vorkauf* que se aplica al derecho a la compra preferente cuando compete a terceros, debe ser traducido como tanteo. Estos autores reconocen que el *vorkauf* es, en esencia, nuestro retracto legal, pero enmiendan la plana al Código Civil al traducir el vocablo *vorkauf* como tanteo. Esta unificación terminológica tiene su fundamento en que la única diferencia entre tanteo y retracto es que el primero se ejercita antes de la venta y el segundo después, produciendo los mismos efectos. La visión expuesta es seguida, entre otros, por IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 100; BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1958, págs. 27 a 45; SANTOS BRIZ, Jaime, «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP*, 1971, núm. LV, pág. 337; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. LX, pág. 105; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derechos reales*, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 640; ARANZADI, Ignacio, «Los derechos de tanteo y retracto configurados con carácter personal», en *RDP*, 1980, núm. XLIV, pág. 124; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, págs. 34 a 35; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 55; COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II (revisado y puesto al día por Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y JOSÉ LEÓN ALONSO), Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 352; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 25; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 19; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 512; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 334; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 805; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Derechos de adquisición preferente, tanteo y retracto», en *Estudios*

de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez (coordinador: Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006, págs. 237 a 238 y 244, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 169. La inspiración en el modelo alemán se hace patente en la tesis postulada por el profesor ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 814, cuando sugiere los siguientes interrogantes sobre el funcionamiento del tanteo: ¿Si la falta de aviso previo constituye un impedimento para el ejercicio del tanteo? y ¿si en el caso de que no lo sea el conocimiento de la venta obtenido sin la cooperación del propietario pone en marcha el plazo para retraer? En relación con el primer interrogante, ALBALADEJO no titubea a la hora de dar una respuesta positiva; lo que no tiene tan claro es si el conocimiento que el titular del tanteo consiga sin la intervención del propietario, tenga la virtualidad de iniciar el cómputo del plazo de caducidad para ejercitar el tanteo. En definitiva, este autor se está preguntando, sin descartar una respuesta afirmativa, sobre si el ejercicio de la preferencia, a consecuencia del aviso previo, produce los mismos efectos que cuando tiene lugar sin la susodicha notificación. ALBALADEJO tiene razón cuando defiende la posibilidad de hacer uso del derecho de preferencia sin contar con el propietario antes de que la venta no se haya consumado; el matiz radica en que, como se verá al estudiar la jurisprudencia del TS, nos encontramos ante un supuesto de ejercicio del retracto y no del tanteo.

⁸² En Italia la gran mayoría de la doctrina considera que la *prelazione* y el *ritratto* son derechos diferentes que gozan de naturaleza jurídica diversa. Así, mientras la *prelazione* tiene naturaleza obligatoria, el *ritratto* o *riscatto* es un derecho potestativo que produce efectos reales. De esta interpretación mayoritaria ha dejado constancia CASSAROTTO, Gian Giorgio, «La *prelazione* agraria», capítulo cuarto, *Tratato Breve di Diritto Agrario Italiano e Comunitario* (diretto da Luigi COSTATO), 3.ª ed., CEDAM, Padova, 2006, pág. 530, a pesar de este autor es de los pocos que afirma que *prelazione* y *riscatto* son dos modos alternativos de realizar el mismo derecho.

⁸³ En este sentido, PASCUAL QUINTANA, Juan Manuel, «El vicio esencial en el ejercicio del derecho de retracto en los arrendamientos», en *RGLJ*, 1956, núm. II, pág. 637; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pág. 33, REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «Comentario del artículo 1521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 1006, y FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 20.

⁸⁴ GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. XL, pág. 123; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. III, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 5.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 640; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1988, págs. 324 a 326; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), tomo XIX, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pág. 529; RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 50; FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 21 y 22, y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, tomo V, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 170; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 802.

⁸⁵ Cuestión de la que me ocupo con más detenimiento *infra* en el capítulo último de este trabajo.

⁸⁶ Vigésimo segunda edición, 2001.

⁸⁷ Vigésimo segunda edición, 2001.

⁸⁸ RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, pág. 82.

⁸⁹ RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, págs. 81 a 83.

⁹⁰ Entre tantos cabe citar a GARCÍA ATANCE, Manuel, «Crisis de los derechos de preferencia legal», en *Curso de conferencias*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 1950, pág. 12; CASALS COLDECARRERA, Miguel, *El retracto en los arriendos de fincas rústicas*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 102 y 103; BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 34; ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER) [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, volumen segundo, Gravámenes, 3.ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 99; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 35 a 37; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX (dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART), 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1991, págs. 528 y 529; Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 16; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 346; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 802 y 803; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 333.

⁹¹ GARCÍA ATANCE, Manuel, «Crisis de los derechos de preferencia legal», en *Curso de Conferencias*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Valencia, 1950, pág. 12; BADENES GASSET, Ramón, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 34; CASALS COLDECARRERA, Miguel, *El retracto en los arriendos de fincas rústicas*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 102 y 103; y PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 404.

⁹² ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas* (décima revisión por Martin WOLFF y Ludwig RAISER) [traducción española con anotaciones de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER], tomo III, volumen segundo, Gravámenes, 3.ª edición al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 99, son los primeros en defender la unificación terminológica a favor del vocablo tanteo. Esta idea la importan del Derecho alemán. Así consideran que el término *vorkauf*, que se aplica al derecho a la compra preferente cuando compete a terceros, debe ser traducido como tanteo. Estos autores reconocen que el *vorkauf* es en esencia nuestro retracto legal, pero enmiendan la plana al Código Civil al traducir el vocablo *vorkauf* como tanteo, porque consideran que el término retracto solo se ajusta derecho a recuperar la cosa vendida, *Wiederkauf*, en el BGB, retracto convencional en nuestro Código. Según estos autores, dado que la única diferencia entre tanteo y retracto es que el primero se ejercita antes de la venta, y el segundo después, resulta que realmente no son dos derechos distintos, sino dos oportunidades para el ejercicio de un mismo derecho que, por tanto, deben recibir idéntica denominación. Son de la misma opinión ROCA SASTRE, Ramón M.ª; ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan, *Derecho Hipotecario*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 680 a 681; ALIA NOMBELA, Teodoro, «El tanteo como derecho real. Legislación y práctica», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España y Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pág. 135, que se muestra partidario de adoptar la regulación de los Códigos Civiles alemán y suizo en cuanto refunden el tanteo y el retracto en una sola figura jurídica; COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 671 y 674, y RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinados por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 605.

⁹³ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Derecho Hipotecario*, tomo III, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 647, es uno de los primeros defensores de esta opción terminológica de tanteo preadquisitivo y postadquisitivo (actualmente recogida en ROCA SASTRE, Ramón M.^a; ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis y BERNÁ I XIRGO, Joan, *Derecho Hipotecario*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2007). Años después le siguen COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988 págs. 34 y 35; POU AMPUERO, Felipe Javier, «Derechos de adquisición preferente. Estudio», en *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, 1994, núm. 160, págs. 1401, 1402 y 1409; COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro, «Artículo 25. Derecho de adquisición preferente», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)* (coordinador: Carlos LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 671 a 674, y RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., «Artículo 25», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 605.

⁹⁴ BORREL Y SOLER, Antonio M., *El dominio según el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1948, pág. 111.

⁹⁵ GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RD*, 1976, núm. LX, pág. 105.

⁹⁶ BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 64.

⁹⁷ Lo cierto es que es apreciación unánime entre los estudiosos de los derechos de adquisición preferente que en el Derecho romano la preferencia *ex lege* para adquirir un bien en el caso de fuese vendido por su propietario tuvo una existencia meramente marginal; tan es así que en el Derecho romano se desconocía un término concreto para designarla. Véase, por todos, a RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 27 y 28.

⁹⁸ RUBIO TORRANO, Enrique, *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 28 a 33.

⁹⁹ Véase RUBIO TORRANO, Enrique, *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 30 y 31, donde explica que el *Ius retractus* puede ser actuado en dos fases distintas: en primer lugar como consecuencia de la notificación previa a la venta efectuada por el propietario que tiene la intención de transmitir el bien, y en una segunda fase para el caso de que la cosa hubiera sido vendida sin la oferta previa.

¹⁰⁰ Véase RUBIO TORRANO, Enrique, *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 30 y 31.

¹⁰¹ *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, escrito por don Pedro NOLASCO DE LLANO, Librería de Manuel Hurtado, Madrid, 1785, págs. 331 a 342, y *Las siete Partidas*, glosadas por Gregorio LÓPEZ, tomo II, Madrid, 1789, pág. 694.

¹⁰² DE ALBORNOZ, Bartolomé, *Arte de los contractos*, Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1573, pág. 118.

¹⁰³ DE ALBORNOZ, Bartolomé, *Arte de los contractos*, Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1573, pág. 118.

¹⁰⁴ La Ley VI de las *Ordenanzas Reales de Castilla* dice: «Mas si antes que la heredad fuese vendida, no viniere el mas propincuo a *retraer*, y después que fuese vendida hasta nueve días viniere, si diese el precio por que es vendida la heredad, háyala». Posteriormente el término retracto encuentra su consolidación definitiva en la *Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación*.

¹⁰⁵ En Francia es la doctrina la que emplea el término retracto, pues este vocablo fue abandonado por el *Code de Napoléon* y desde entonces lo desconocen los textos legales. De este hecho deja constancia GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Los derechos de adquisición en Francia», en *RD*, 1965, núm. XLVIII, pág. 102, donde explica como el disfavor legal a los retractos se manifiesta en la no utilización del término retracto y en la falta de una reglamentación general de estos derechos de donde deriva la escasa importancia que tienen los preceptos que regulan derechos de preferencia esparcidos en distintos textos legales.

¹⁰⁶ RUBIO TORRANO, Enrique, *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 32.

¹⁰⁷ Véase, por todos, REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, «Comentario del artículo 1521 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil. Artículo 1521*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 1006 a 1009; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 512; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 802.

¹⁰⁸ COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pág. 38.

¹⁰⁹ A esta tesis se adhiere expresamente RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 51 y 52.

¹¹⁰ COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pág. 53.

¹¹¹ FELIÚ REY, Manuel I., *El tanteo convencional*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 25 a 34.

¹¹² Si se leen las Leyes X a XV de la *Novísima Recopilación* podrá comprobarse que en las mismas se emplean como sinónimos los términos tanteo y retracto para referirse a los mismos supuestos de ejercicio de la preferencia adquisitiva.

¹¹³ Valga como ejemplo el artículo 1152 cuando dice que: «[s]e entiende por retracto o tanteo el derecho concedido por la Ley a ciertas personas para redimir o comprar nuevamente la cosa que había sido vendida a otro, ofreciendo el mismo precio que este».

¹¹⁴ El artículo 15 dice que: «[a]l dueño directo y al útil les corresponde el derecho recíproco de tanteo y de retracto cuando enajenen su respectivo dominio (...)». Por su parte, el artículo 17 dispone que: «[a] fin de asegurar la acción de tanteo prevista en el precedente artículo, estarán obligados el preceptor y los pagadores del canon, cuando intenten vender sus respectivos derechos, a ponerlo en conocimiento de los terratenientes el dueño directo y aquellos en el de este, manifestándoles el precio que se les ofrece o el que ellos exigen definitivamente por el dominio que se proponen enajenar (...)»; y en el párrafo tercero continúa diciendo que «[s]i antes de hacer la venta hubiesen dejado de ponerlo en conocimiento de los terratenientes el dueño directo, y aquellos en el de este, o si hubieran realizado la venta antes de transcurrir el término prefijado en el párrafo anterior sin haber obtenido el permiso respectivo, les corresponderá la acción de retracto, que podrán ejercitar por el término de un año, contado desde la fecha de la inscripción de la escritura en el Registro».

¹¹⁵ Así lo expresa paladinamente la STS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg. núm. 121) al decir que: «si bien las palabras tanteo y retracto no son rigurosamente sinónimas, en el sentido de tener idéntica significación jurídica para el ejercicio de ambos derechos, porque el primero implica la obligación de que el vendedor avise a quien lo tiene el intento de enajenar alguna cosa con declaración del precio definitivo que se haya ofrecido para que pueda tomarla por el mismo tanto (...); está fuera de duda que el tanteo cuando se usa este vocablo en nuestras leyes, comprende genéricamente ambos derechos por tender a igual finalidad o sea a la preferencia que aquellas conceden en algunos casos a determinadas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida, de tal suerte que, a quien tiene el derecho de tantear, asiste también el de retraer (...)», Cdo. 1.º

¹¹⁶ De hecho, desde finales de los años sesenta hasta la actualidad solo hay una sentencia dictada sobre el tanteo arrendaticio urbano, la STS de 19 de diciembre de 1991 (RJA 9408), que no aborda el problema del momento en que corresponde el ejercicio del tanteo y, por ende, no será estudiada en esta sede.

¹¹⁷ Este precepto establecía el procedimiento incidental como cauce para la efectividad de los derechos que tenían su fundamento en la Ley especial de arrendamientos urbanos, como era el caso del tanteo.

¹¹⁸ Los hechos que generan el supuesto litigioso se remontan a 1956. En este año el propietario de un inmueble arrendado lo ofreció en venta al inquilino por el precio resultante de la capitalización de la renta. El ofrecimiento fue aceptado por requerimiento notarial. Posteriormente las partes no procedieron al otorgamiento de escritura pública ni realizaron

ninguna actividad dirigida a la consumación del contrato. Hasta que en 1970 el actor compró una porción segregada del inmueble y continuó como arrendatario de la porción restante sin realizar ninguna manifestación sobre la subsistente voluntad de adquirirla en virtud del ofrecimiento de 1956. Finalmente el arrendatario interpuso demanda de juicio de menor cuantía solicitando que se declarase la existencia del contrato perfeccionado en 1956 como consecuencia del ejercicio del tanteo y se condenase a los demandados al otorgamiento de escritura pública. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante sobre la base de una doble argumentación: en primer lugar, sostiene que no nos hallamos ante un ofrecimiento de tanteo, sino ante una mera oferta de compra; además aún cuando hubiera habido ofrecimiento de tanteo, el derecho no fue correctamente ejercitado, pues el actor se limitó a aceptar el ofrecimiento sin realizar el pago o consignación del precio. Por último, no puede hacerse efectivo un derecho no ejercitado desde 1956. Se trata, en definitiva, de un supuesto de abandono inequívoco del derecho.

¹¹⁹ BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la sentencia de 25 de marzo de 1957», en *RDP*, 1957, tomo XLI, pág. 826.

¹²⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales*, vol. I, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 334.

¹²¹ Véase, por todos, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, I, 18.ª ed., Edisofer, 2009, págs. 651 a 670, y Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., 2005, págs. 94 a 95.

¹²² BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la sentencia de 25 de marzo de 1957», en *RDP*, 1957, tomo XLI, pág. 826.

¹²³ Así interpreta esta sentencia DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, pág. 109.

¹²⁴ Según la STS de 21 de diciembre de 1908 (Col. Leg. núm. 14), para la efectividad del retracto: «es de absoluta necesidad que la cosa haya entrado en el dominio y disposición libre de la persona de quien se retrae para que esta pueda cumplir, en su caso, las obligaciones del precepto del artículo 1521 del Código, toda vez que mientras esto no acontezca solo existe un estado intermedio al que van anejas acciones especiales para el cumplimiento de lo pactado excluyentes de la que nazca del verdadero dominio cuando este se adquiera definitivamente, según exige dicho precepto legal» (Cdo. 1.º).

¹²⁵ Idéntica declaración contiene la STS de 21 de diciembre de 1909 [Col. Leg. núm. 36 (Cdo. 1.º)].

¹²⁶ En la misma línea, la STS de 17 de noviembre de 1928 dice que el retracto exige la consumación porque «antes no cabe la subrogación en el lugar del que adquiere, conforme al artículo 1521 del Código Civil» [Col. Leg. 36 (Cdo. 4.º)].

¹²⁷ Finalmente la STS de 28 de junio de 1949 (Col. Leg. núm. 28) se expresa con toda claridad al señalar que «siendo su fin (el del retracto) hacer que pase la cosa vendida desde el que la posea a manos del retrayente mediante la subrogación de este en los derechos del comprador, solo cuando ya este la tiene en su poder es cuando puede entregarla» (Cdo. 4.º). Asimismo la citada sentencia declara que: «La finalidad del retracto es hacer que pase la cosa vendida del que la posea a manos del retrayente mediante la subrogación de este en los derechos del comprador, solo cuando este la tiene en su poder es cuando puede entregarla (...)», [(Col. Leg. núm. 28)].

¹²⁸ La STS de 19 de diciembre de 1935 (Col. Leg. núm. 116) desarrolla profusamente este razonamiento: «[q]ue por ser real la acción que deriva del derecho de retracto entre colindantes, es de todo punto indudable que mientras el comprador de la finca no haya entrado en posesión de ella que por consecuencia del dominio que sobre la misma le transfiera el vendedor, será insuficiente la mera noticia que por sí o por otro adquiera quien pretende retraer, de que entre su actual dueño y otra persona se perfeccionó un contrato de compraventa del fundo, para que pueda intentar la acción de retracto que le otorga el artículo 1523 del Código

Civil, porque dicho acto jurídico, creador de derechos y obligaciones entre los contratantes, no basta por sí solo para traspasar al comprador el dominio sobre la cosa vendida, y en tanto que esto ocurra, no es posible que quien pretenda retraerla dirija la correspondiente acción con el que no se encuentra en posesión de la finca comprada ni tiene la libre disposición de la misma» (Cdo. 1.º).

¹²⁹ Transcribo el considerando primero de la STS de 5 de febrero de 1952 (*RJA* 477), por ser más explícito en su argumentación: «[q]ue es doctrina claramente reiterada por esta Sala, entre otras en las sentencias de 20 de mayo de 1943 y 8 de julio y 21 de diciembre de 1946, que la acción de retracto por su carácter real, no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiere retraer entra en posesión de la misma por tradición real o simbólica, pues hasta ese momento en que se consuma el contrato de compra-venta no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor, aunque pueda existir por parte del comprador una acción personal para reclamarla».

¹³⁰ Esta idea ha sido defendida por varios autores: CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, «Derecho de retracto. Momento inicial de su ejercicio», en *Dictámenes jurídicos*, tomo II, *Obligaciones y contratos*, Bosch, 1919, pág. 364; IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio, *El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Bosch, Barcelona, 1955, pág. 99; BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP*, 1956, tomo XL, pág. 294; Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 31.

¹³¹ En concreto la sentencia citada dice: «[q]ue dispuesto por el artículo 1450 del Código Civil que la venta se perfecciona entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, como la parte demandada en el caso presente admite la existencia del contrato de venta consignada en el documento de 15 de enero de 1932, al que también califica de perfecto, con la admisión de tal dualidad sin necesidad de investigar si hubo o no consumación o tradición, y cualquiera que sea la naturaleza de la acción de retracto, basta para reconocer que el actor tiene incuestionable derecho de retracto que solicita subrogándose en los derechos que adquiera por el contrato de referencia don J. E. C.».

¹³² Así lo explica con claridad el Tribunal Supremo: «este criterio restrictivo que no solo pugna con el de la amplitud con que el capítulo IX del Título I de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos establece las modalidades de acceso a la propiedad de los arrendamientos de fincas rústicas —derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente— alguno de los cuales queda obviamente lejos de la transmisión previa del inmueble y respecto de todos los cuales el artículo 90 del texto legal da por supuesto normal el otorgamiento de la escritura pública —tradición instrumental— después del ejercicio en forma legal de cualquiera de los derechos —sin excluir el de retracto— establecido en los artículos anteriores, para puntualizar que el pago se acomodará a las condiciones estipuladas en el contrato de transmisión» (FD 1.º).

¹³³ Así dice esta sentencia en su FD 1.º: «[d]efinido el retracto por el artículo 1521 del Código Civil como el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago oportuno plantear si, legalmente, la subrogación tiene lugar en la mera posición contractual del tercero, tema que, si adquiere un particular relieve en el caso de aportación de finca rústica arrendada a un ente social, merece ser traído también aquí para concluir —al hilo de cuanto va dicho y con criterio interpretativo que sienta el art. 3 del Código Civil de atender fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma—, que el ejercicio del derecho de retracto rústico ha de admitirse en toda enajenación onerosa en que la subrogación sea posible, sin que su ejercicio pueda ser tachado de prematuro desde el momento en que, en el negocio *inter vivos*, la sustitución del comprador por el retrayente pueda producirse sin obstáculos insalvables, tal y como sucede en el caso presente en el que además existe, sobre el particular, conformidad de todos los interesados cuya discrepancia gravita en torno a otras diversas y muy poderosas razones».

¹³⁴ BELLO JANEIRO, Domingo, *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 115 a 116.

¹³⁵ Archivo del Tribunal Supremo, número 66, recurso 5851.

¹³⁶ El propietario de la finca arrendada, antes de celebrar la venta con el tercero, ofreció al arrendatario la posibilidad de adquirir la finca a un precio inferior al que luego pactó con el tercero, concediendo a los arrendatarios el plazo de cinco meses para que tomaran la decisión más conveniente para sus intereses. Finalmente el arrendatario manifestó que podían vender la finca a quien quisieran, pues no tenían intención alguna de comprarla. A pesar de ello, el propietario le concedió un nuevo plazo y el arrendatario manifestó nuevamente que no tenía interés en comprar el inmueble. Así las cosas, el propietario otorgó documento privado de venta a favor del demandado el 25 de noviembre de 1941, fecha en la que dio conocimiento del mismo a la arrendataria ante la presencia de testigos, advirtiéndole que no habían otorgado la escritura pública en evitación de gastos, hasta saber si volvían atrás de su acuerdo y compraban, ante lo cual la arrendataria reiteró su falta de interés en adquirir la finca. Dos meses más tarde, el arrendatario presentó la demanda de retracto. En ambas instancias la demanda de retracto fue rechazada por considerar que la acción había sido ejercitada fuera de plazo, que se inició cuando el colono conoció el documento privado de venta. En el recurso de casación el demandante alegó que ejercitó el retracto cuando tuvo conocimiento exacto de las condiciones de la transmisión a través de la escritura pública de venta.

¹³⁷ Véase *supra* epígrafe 2.

¹³⁸ Véase DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, págs. 101 a 108.

¹³⁹ DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II (revisado y puesto al día por Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y José LEÓN ALONSO), Civitas, Madrid, 1988, pág. 352, quien califica el tanteo de «retracto anticipado» que tiende a evitar los perjuicios que aquel supone para el tráfico jurídico, razón por la cual el retracto se concede juntamente con el retracto.

¹⁴⁰ Probablemente por los mismos motivos, COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II (revisado y puesto al día por Manuel DE COSSÍO Y MARTÍNEZ y José LEÓN ALONSO), Civitas, Madrid, 1988, pág. 352, califica al tanteo de «retracto anticipado».

*(Trabajo recibido el 25-4-2013 y aceptado
para su publicación el 18-6-2013)*