

Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico: principales problemas y soluciones propuestas (*)

por

BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ

Doctora Europea en Derecho

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Departamento de Derecho Civil UNED

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: UN CASO TÍPICO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO.
- II. CONCEPTO DE TANTEO Y RETRACTO.
- III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO:
 1. ¿POR QUÉ EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE SE EJERCITA NORMALMENTE COMO RETRACTO Y NO COMO TANTEO?
 2. ENAJENACIONES QUE DAN LUGAR AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: EL RETRACTO Y LA COMPRAVENTA *INTUITU PERSONAE*.
 3. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA EJERCITAR EL RETRACTO Y CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISIÓN POR EL ARRENDATARIO.
 4. EFECTOS QUE PRODUCE EL EJERCICIO DEL RETRACTO ARRENDATARIO RÚSTICO.
 5. SENTIDO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO.

(*) El presente artículo es un extracto de la tesis doctoral de la autora, titulada «Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico», dirigida por el Profesor Doctor don Carlos LASARTE ÁLVAREZ y que ha sido galardonada con el Premio Extraordinario de Doctorado.

I. INTRODUCCIÓN: UN CASO TÍPICO DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO

Cabría empezar con un caso típico en el ejercicio de los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico como resulta del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se vende una finca rústica arrendada y el arrendatario que tiene preferencia para comprarla, según el artículo 22.2 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos (en adelante LAR de 2003), puede encontrarse con las siguientes posibilidades:

- a) El caso más frecuente es que ni el vendedor ni el comprador notifiquen la venta al arrendatario. Por tanto, habitualmente el arrendatario conoce la venta de la finca por sus propios medios y casi siempre una vez que ha tenido lugar la transmisión a favor del comprador (1). En ese caso el arrendatario suele acudir el Registro de la Propiedad y por medio de la inscripción de la transmisión de la finca arrendada puede conocer el precio y las restantes condiciones de la venta.
- b) En ocasiones el comprador obstaculiza activamente el ejercicio de la preferencia ocultando al arrendatario la transmisión. En ese caso puede ocurrir que cuando el arrendatario conozca por fin la transmisión hayan transcurrido varios años (2). Por tanto, la subsistencia del retracto, después de transcurrido tanto tiempo, implica una grave perturbación para el tráfico jurídico.
- c) También suele ocurrir que el arrendatario conozca la venta cuando el comprador ejercita la demanda de desahucio o la acción de resolución del contrato de arrendamiento o cuando requiere directamente al arrendatario para que desaloje la finca (3).
- d) Algunas veces el comprador notifica la transmisión después de que el contrato de arrendamiento se haya extinguido (4), o bien realiza una notificación incompleta, ocultando por ejemplo el precio con el claro propósito de frustrar la acción de retracto (5).

(1) SSTS de 6 de febrero de 1979 (*RJA* 437), 18 de octubre de 1980 (*RJA* 3629), 16 de febrero de 1982 (*RJA* 741), 9 de febrero de 1984 (*RJA* 1128), 29 de abril de 1986 (*RJA* 2066), 31 de octubre de 1988 (*RJA* 7780), STS de 12 de febrero de 1991 (*RJA* 1198), 14 de noviembre de 1991 (*RJA* 8114), 10 de abril de 1992 (*RJA* 2990), 1 de marzo de 1996 (*RJA* 3869), 17 de junio de 1997 (*RJA* 5413), 2 de diciembre de 1999 (*RJA* 8972), 14 de junio de 2004 (*RJA* 5055), 17 de enero de 2007 (*RJA* 670), 9 de octubre de 2007 (*RJA* 6810), 13 de octubre de 2008 (*RJA* 5689), 21 de octubre de 2009 (*RJA* 5699) y 14 de diciembre de 2009 (*RJA* 284).

(2) STS de 6 de febrero de 1992 (*RJA* 834) y 3 de marzo de 1992 (*RJA* 1837).

(3) STS de 13 de mayo de 1940 (*RJA* 451).

(4) STS de 3 de agosto de 1939 (*RJA* 258) y 25 de noviembre de 1967 (*RJA* 4308).

(5) STS de 28 de junio de 2003 (*RJA* 4267).

En definitiva, rara vez el vendedor o el adquirente de la finca arrendada desarrollan una conducta cooperadora e incluso normalmente hacen lo posible para impedir el retracto. Puede que el arrendatario requiera al comprador para que le indique en qué condiciones ha tenido lugar la venta, singularmente el precio, pero habitualmente estos intentos son infructuosos. Por tanto, lo habitual es que el arrendatario se vea obligado a acudir a los Tribunales para hacer efectiva la preferencia.

Por otro lado, en el juicio de retracto el arrendatario se puede encontrar con los siguientes obstáculos:

- 1.º Es evidente la dificultad que presenta la prueba del hecho del conocimiento al tratarse de una situación fáctica, frente a la certeza y seguridad que implica la notificación fehaciente de la escritura pública de notificación. Los compradores tratan de beneficiarse de la incertidumbre a que da lugar el incumplimiento de su deber de notificar previsto en el artículo 22.3 de la vigente LAR. Por ello es frecuente que el comprador demandado alegue que entre el momento en que el arrendatario conoció la transmisión y aquel en que ejerció la acción de retracto ha transcurrido un plazo superior al plazo de sesenta días hábiles previsto por el artículo 22.3 para ejercitar el retracto (6). La discusión sobre si el retracto fue ejercitado en el plazo previsto legalmente constituye uno de los problemas típicos que se ha visto abocada a resolver la jurisprudencia del Tribunal Supremo: buena prueba de ello es que las dos sentencias más recientes relativas al retracto arrendaticio rústico, de 21 de octubre (*RJA* 5699) y de 14 de diciembre de 2009 (*RJA* 284) se ocupan precisamente de este problema al que haré referencia más adelante.
- 2.º Cuando el comprador ha esperado a notificar la transmisión a que se haya extinguido el contrato de arrendamiento, suele alegar en el juicio la improcedencia del retracto por no concurrir en el demandante la condición de arrendatario. Este supuesto ha sido contemplado en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (7).
- 3.º La situación puede llegar a complicarse aún más en el caso de que el comprador hubiera realizado actos dispositivos sobre la finca. Por ejemplo si el comprador ha constituido sobre la finca una hipoteca o impuesto o cualquier otra carga. Igualmente puede suceder que haya

(6) Este es el caso de las y 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).

(7) SSTS de 3 de agosto de 1939 (*RJA* 258), 13 de mayo de 1940 (*RJA* 451), 26 de junio de 1957 (*RJA* 2489), 25 de noviembre de 1967 (*RJA* 4308), 5 de diciembre de 1981 (*RJA* 5048), 30 de abril de 1990 (*RJA* 2812) y 28 de junio de 2003 (*RJA* 4267).

transmitido la finca a un tercero. En ese caso el arrendatario tendrá que ejercitar la acción, no solo contra el primer comprador, sino contra todos aquellos que hayan adquirido un derecho real sobre la finca con posterioridad al nacimiento del retracto (8).

Esto siempre y cuando el arrendatario sepa que el comprador ha realizado actos dispositivos de la finca rústica arrendada. En otro caso, aunque el arrendatario retrayente haya obtenido una sentencia estimatoria del retracto, se verá obligado a acudir a un nuevo procedimiento y solicitar que se declare la nulidad de tales actos y en su caso la cancelación de las correspondientes inscripciones (art. 38 LH).

Estos son solo algunos de los problemas más frecuentes que suscita el ejercicio de la preferencia adquisitiva del arrendatario rústico. Con la exposición de los mismos pretendo poner de manifiesto que estamos ante una figura problemática, que es fuente de numerosos litigios y, por tanto, lleva aparejada una disminución de la seguridad del tráfico jurídico de la finca rústica arrendada.

Además nos enfrentamos al estudio de una figura, «los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico», cuyo sentido y existencia suscita numerosas dudas. Esto queda evidenciado por la agitada vida legislativa que ha experimentado en los últimos tiempos. Por todos es sabido que una de las principales novedades de la LAR de 2003 es la supresión de los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico que habían acompañado al contrato de arrendamiento rústico desde 1935. Sin embargo, al poco tiempo, cuando ni siquiera habían transcurrido dos años, estos derechos son reintroducidos por la Ley 26/2005, de modificación de la LAR, con un régimen jurídico sustancialmente idéntico al que tenían en la LAR de 1980.

II. CONCEPTO DE TANTEO Y RETRACTO

Sin embargo, los problemas no acaban ahí, ni en el Código Civil ni tampoco en las Leyes especiales sobre la materia aparece perfilados con la suficiente claridad los conceptos de tanteo y retracto. Por tanto, para estudiar los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico es preciso determinar previamente los conceptos de tanteo y retracto.

Esta falta de claridad es la causante de una polémica doctrinal aún no resuelta. Por lo que se refiere a los conceptos de tanteo y retracto son pocas las coincidencias en la doctrina:

(8) STS de 28 de abril de 1953 (*RJA* 1959), 9 de mayo de 1956 (*RJA* 2686), 20 de junio de 1980 (*RJA* 3079), 6 de marzo de 1984 (*RJA* 1201), 7 de julio de 1995 (*RJA* 5564), 15 de diciembre de 1996 (*RJA* 89799), 25 de septiembre de 1999 (*RJA* 66079).

- a) Existe unanimidad en que tanteo y retracto legales son derechos de adquisición preferente, esto es, que dan a su titular la preferencia para adquirir el bien cuando el propietario pretende transmitirlo a un tercero (9). Este es el caso del arrendatario de una finca rústica, pero en nuestro Ordenamiento cabe citar otros ejemplos igualmente significativos: el retracto de comuneros y colindantes de los artículos 1523 y 1524 del Código Civil, los derechos de tanteo y retracto de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) de 1994 y el retracto de colindantes del artículo 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995 (en adelante LMEA).
- b) Asimismo se suele decir que el tanteo procede antes de la venta y el retracto después (10).

Si tratamos de concretar algo más estas dos ideas básicas entramos en el terreno de la polémica. En síntesis, no existe acuerdo sobre si el retracto exige

(9) Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, págs. 511 a 523.

(10) 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 lógicamente 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 Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 25; FELIU 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.

o no que haya tenido lugar el efecto traditivo a favor del comprador, ni tampoco está claro en la doctrina si el tanteo requiere que se haya perfeccionado la venta.

Por tanto, un primer objetivo en el presente trabajo ha sido determinar el concepto de tanteo y retracto en el Derecho español como punto de partida para abordar el estudio de los derechos de tanteo y retracto que corresponden al arrendatario rústico. Para llegar a formular un concepto de tanteo y retracto es preciso responder a dos interrogantes:

1. ¿En qué momento pueden ser ejercitados respectivamente los derechos de tanteo y retracto?
2. ¿Cuál es la relación que vincula a tanteo y retracto? Este interrogante implica responder a otros tres:
 - a) ¿Si es cierto que tanteo y retracto se diferencian por el momento en que operan? Es apreciación unánime en la doctrina que entre tanteo y retracto existe una relación de sucesión cronológica: esto es, el tanteo procede antes y el retracto después. Sin embargo, como explicaré a continuación, creo que un análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto que verdaderamente no es así.
 - b) Igualmente es necesario determinar si tanteo y retracto son o no dos manifestaciones de un mismo derecho o son derechos diferentes. Generalmente la doctrina considera que son manifestaciones de un único derecho cuando la Ley concede conjuntamente tanteo y retracto (11). Sin embargo en aquellos casos en que se concede el

(11) 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 ed., 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 a 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 verdaderamente 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,

retracto de solitario (v.gr., el retracto de comuneros y colindantes de los artículos 1522 y 1523 del CC y el retracto del art. 27 de la LMEA) la mayoría de la doctrina entiende que en este caso la preferencia únicamente puede ser ejercitada una vez que ha sido transmitida la propiedad de la finca, con todos los inconvenientes que conlleva para la seguridad del tráfico jurídico (*ex art. 37*

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 GASET, 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 gentilicio*, 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'CALLAGHAM 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)* (coordinador: 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; FELIU 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 titularidad, 2.ª ed., 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* (coordinador: Eugenio LLAMAS POMBO), tomo I, La Ley, Madrid, 2006 pág. 229; MAS 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.

LH) (12). Por tanto, estamos ante una cuestión que no solo es meramente teórica, sino que tiene trascendencia práctica. También hay quienes incluso niegan que el tanteo tenga la condición de derecho de adquisición preferente (13).

3. Por último se plantea cuál es la terminología adecuada para referirse a estos derechos. La mayoría de la doctrina rechaza el término retracto por considerar que retraer significa volver a traer, esto es, readquirir, y por tanto únicamente es adecuado para referirse al retracto convencional (14). En consecuencia hay quienes consideran que lo adecuado sería hablar exclusivamente de tanteo distinguiendo entre el tanteo pread-

(12) 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».

(13) 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.

(14) Entre tantos cabe citar a GARCÍA ATANCE, Manuel, «Crisis de los derechos de preferencia legal», en *Curso de Conferencias*, Ilustre Colegio Notarial de 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 ed. 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.

quisitivo y postadquisitivo según que sea ejercitado antes o después de la transmisión (15).

La respuesta a las cuestiones se obtiene, por un lado, en el estudio de nuestro Derecho histórico, de donde resulta que el concepto de tanteo y retracto es fruto de una evolución histórica singular y característica del Derecho español. De nuestro Derecho histórico cabe resaltar dos conclusiones:

- 1.^a Tanteo y retracto, aunque no son términos sinónimos, sí son ambivalentes, de modo que ambos sirven para referirse al derecho de adquisición preferente en todas sus manifestaciones. Aunque en algunos textos legales decimonónicos se reserva por primera vez el término tanteo al ejercicio de la preferencia como consecuencia del ofrecimiento previo del propietario (16), este sigue conservando su valor omnicompreensivo, como constata la conocida STS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg. núm. 121).
- 2.^a El término retracto es perfectamente adecuado para referirse al retracto legal. Retraer no significa volver a traer. ALBORNOZ en su obra *El arte de los contratos* de 1573 explica que el sentido etimológico se evidencia cuando se contraponen a contrato (17). La palabra contrato viene de «tracto» y «con» y significa traer en uno las voluntades diversas: es decir, llegar un acuerdo. Sin embargo, retraer significa sacar lo ya traído: esto es, que después de celebrado el contrato se deshace lo que estaba hecho (18).

(15) 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.

(16) Véase el artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria de 1861 y especialmente los artículos 15 y 17 del Proyecto de Redención de Foros de 1877.

(17) DE ALBORNOZ, Bartolomé, *Arte de los contratos*, Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1573, pág. 118.

(18) DE ALBORNOZ, Bartolomé, *Arte de los contratos*, Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1573, pág. 118.

En la misma línea, siglos después RUBIO TORRANO en su estudio sobre el pacto de retroventa concluye que el término *retractus legalis* nace en el Derecho intermedio en Italia y Francia, primero para referirse al retracto legal y después se extiende al retracto convencional (19). El término *retractus* fue acogido por los autores españoles, como es el caso de Gregorio LÓPEZ, comentarista de las *Partidas* (20), y es utilizado por primera vez por las *Ordenanzas Reales de Castilla* (21). Por tanto, el término retracto fue producto de la creación doctrinal y luego fue acogido por los textos legales.

Esto demuestra el acierto del Código Civil al aplicar el término retracto, tanto al retracto legal como convencional, que tiene su fundamento en la tradición jurídica. De hecho actualmente tanto en el Derecho italiano como en el francés se sigue utilizando el término retracto para referirse al retracto legal (22).

Del análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo resultan los siguientes conceptos de tanteo y retracto:

1. El tanteo se ejercita a consecuencia del ofrecimiento previo del propietario de adquirir el bien objeto de la preferencia en las mismas condiciones que tiene convenidas con un tercero (23).
2. Por el contrario, el retracto puede proceder cuando el propietario transmite el bien sin notificación previa. La cuestión es: ¿Qué sucede cuando, en ausencia de notificación, el titular de la preferencia conoce, por sus propios medios, la venta meramente perfeccionada? En ese caso es procedente el retracto, pero con una particularidad: el plazo de caducidad no comienza hasta que no tenga lugar la transmisión y el retrayente

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

(20) *Las Siete Partidas*, glosadas por Gregorio López, Tomo II, Madrid, 1789.

(21) La Ley VI emplea por primera vez el término retracto cuando dice: «[m]as si antes que la heredad fuese vendida, no viniere el mas propincuo a retraer, y después que fuese vendida hasta nueve dias viniere, si diese el precio por que es vendida la heredad, háyala».

(22) En Francia es la doctrina la que emplea el término retracto, pues este vocablo fue abandonado por el Code de Napoleón y desde entonces lo desconocen los textos legales. De este hecho deja constancia GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Los derechos de adquisición en Francia», en *RDN*, 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 esparcido en distintos textos legales.

(23) 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), 18 de enero de 1964 (*RJA* 207) y la STS de 24 de septiembre de 1997 (*RJA* 6860).

tenga conocimiento de la misma. El retrayente, en este caso, puede elegir entre ejercitar el retracto o esperar a que tenga lugar la transmisión (24).

3. Esto quiere decir:
 - A) Una vez que el retrayente conoce la transmisión consumada se inicia el plazo para retraer con independencia de cuál sea el origen del conocimiento: la notificación de comprador o cualquier otro medio (25).
 - B) Cuando se trata de una venta meramente perfeccionada, solamente la notificación del propietario tiene la virtualidad de poner en marcha el plazo de caducidad para ejercitar el tanteo (26).
4. Esto significa que tanteo y retracto no se diferencian por el momento en que operan, sino por la función que desempeñan. En efecto, como se deduce de la STS de 24 de septiembre de 1997 (*RJA* 6860), el tanteo se configura como un «retracto anticipado», que permite llegar a los mismos resultados antes de la transmisión de la propiedad. Y si su titular no lo ejercita, produce la extinción del derecho de adquisición preferente una vez transcurrido el plazo de caducidad.
5. Por último de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se deduce la inherencia esencial tanteo-retracto, por lo que respecta a las relaciones entre ambos derechos. Esto es, la mención legal de cualquiera de ellos supone la concesión del otro; o lo que es lo mismo: el tanteo implica el retracto y a la inversa (27).
6. Esto quiere decir que, aunque en el Derecho vigente tanteo y retracto tienen un significado propio o específico, siguen siendo términos ambivalentes, al igual que ocurría en nuestro Derecho histórico. De hecho, su sentido etimológico es perfectamente conforme con esta ambivalencia: retracto significa deshacer lo acordado, y tanteo significa adquirir o sacar por el mismo tanto, ambos términos son aptos para denominar el derecho de adquisición preferente en todas sus manifestaciones. De ahí se deducen dos consecuencias:

(24) 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).

(25) STS de 13 de noviembre de 1945 (*RJA* 1342) y 24 de septiembre de 1997 (*RJA* 6860).

(26) SSTS de 13 de noviembre de 1945 (*RJA* 1342) y 24 de septiembre de 1997 (*RJA* 6860).

(27) SSTS de 22 de noviembre de 1901 (Col. Leg., núm. 121), 13 de noviembre de 1945 (*RJA* 1342), 5 de diciembre de 1950 (*RJA* 1698), 9 de marzo de 1961 (*RJA* 947), 21 y 17 de junio de 1960, 21 de enero de 1961 (*RJA* 114), y de 12 de abril de 1962 (*RJA* 2022), 22 de septiembre de 1993 (*RJA* 6654) y 24 de noviembre de 1997 (*RJA* 6860).

- a) Es un acierto, por parte de nuestros textos legales, el empleo de los términos tanteo-retracto, a pesar de que esta diversidad terminológica haya sido rechazada por parte de nuestra doctrina.
- b) Aunque el artículo 1521 del Código Civil hace referencia solo al retracto, lo hace en sentido amplio, y por tanto en él deben entenderse incluidos ambos derechos, tanteo y retracto. Esto es, el derecho de adquisición preferente con todas sus posibilidades.

Además la posibilidad de ejercitar el retracto con venta perfecta se ve apuntalada por los siguientes argumentos:

- 1.º A consecuencia de la vigencia de la teoría del título y modo en el Derecho español. Si en nuestro Derecho el proceso de transmisión del dominio se puede descomponer en dos momentos: venta perfecta y venta consumada mediante la *traditio* no hay ningún argumento para negar la posibilidad para ejercitar el retracto con venta perfecta. En ambos casos es perfectamente posible la subrogación del retrayente en el lugar del comprador, según lo dispuesto en el artículo 1521 del Código Civil, que le permitirá convertirse en propietario del bien objeto de retracto (28).
- 2.º Nuestros textos legales tan solo contemplan expresamente el ejercicio del retracto, una vez consumada la transmisión a favor del comprador. Sin embargo, ningún texto legal prohíbe la actuación del retracto con venta perfecta. Probablemente lo que sucede es que el legislador se ha ocupado únicamente del caso más frecuente de ejercicio del retracto: cuando el propietario transmite el bien sin notificación previa (29). Por tanto, no hay motivo para imponer un límite a un derecho subjetivo cuando no está previsto legalmente.
- 3.º Desde un punto de vista práctico, lo más conveniente es que el retracto puede ser ejercitado tan pronto como tiene lugar la perfección de la venta principalmente por dos motivos: no solo es más beneficioso para el retrayente que no tendrá que hacer frente a los gastos previstos en el artículo 1518 del Código Civil. Sobre todo porque se evitan los peligros que para el tráfico jurídico supone el ejercicio del retracto una

(28) 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.

(29) Díez Soto, Carlos Manuel, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 34.

vez consumada la transmisión, ya que a tenor del artículo 37 LH, el retracto legal prevalece incluso contra el tercero hipotecario.

III. LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO

Una vez formulado el concepto de tanteo y retracto, estamos en condiciones de abordar el estudio de los derechos de tanteo y retracto a favor del arrendatario rústico. Para ello me parece oportuno retornar al supuesto práctico que he planteado al inicio. En relación con el mismo cabe realizar las siguientes observaciones:

- 1.^a Normalmente el derecho de adquisición preferente del arrendatario rústico se ejercita como retracto y no como tanteo. Buena prueba de ello es que desde que el derecho de tanteo fue introducido por la LAR de 1980, tan solo hemos encontrado una sentencia que enjuicie un supuesto de ejercicio del tanteo arrendaticio rústico: la STS de 22 de septiembre de 1993 (*RJA* 6654).
- 2.^a Aun cuando el artículo 22.2 LAR de 2003 concede los derechos de tanteo y retracto en todo caso de enajenación *inter vivos* de la finca rústica arrendada, lo cierto es que el supuesto típico de ejercicio del retracto arrendaticio rústico tiene lugar en caso de compraventa de la finca arrendada. Prueba de ello es que no hemos encontrado más de dos sentencias en las que el retracto se ejercita respecto a enajenaciones *inter vivos* distintas a la compraventa (30).
- 3.^a Como ya dijimos, lo normal es que el retracto se ejercite cuando el arrendatario conozca la transmisión «por cualquier medio», supuesto previsto en el artículo 22.2 LAR de 2003. Rara vez el comprador notifica fehacientemente al arrendatario la escritura pública de transmisión.

A continuación voy a tratar de abordar los principales problemas que se plantean en relación el supuesto paradigmático de ejercicio de los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico.

(30) Las SSTS de 18 de enero de 1996 (*RJA* 246) y de 7 de octubre de 1997 (*RJA* 7102).

1. ¿POR QUÉ EL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE SE EJERCITA NORMALMENTE COMO RETRACTO Y NO COMO TANTEO?

El porqué de la escasa virtualidad práctica del tanteo cuando el propósito del legislador es justamente el contrario: el artículo 22.2 LAR de 2003 concede el tanteo y, subsidiariamente, el retracto para el caso de que el arrendatario no haya podido ejercitar el tanteo. El propósito de la LAR es que la forma normal de ejercicio del derecho de adquisición preferente sea el tanteo y no el retracto.

Para ello articula el ejercicio del tanteo a través de la notificación. En efecto, de conformidad con el artículo 22.2 LAR de 2003, el propietario notificará de forma fehaciente al arrendatario las condiciones esenciales del contrato, y el arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles para ejercitar su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones.

Para que sea ejercitado el tanteo es necesario que el propietario notifique su proyecto de enajenación. Esto exige abordar la cuestión de la naturaleza jurídica de la notificación para el tanteo:

- a) La notificación para el tanteo no es una oferta de contrato: si el tanteo presupone que el *dominus* tiene concertada la venta de la finca con un tercero, esto pone de manifiesto que realmente la voluntad del propietario es transmitir al tercero y no al arrendatario (31).
- b) Tampoco es una obligación:
 1. Si la notificación fuera obligatoria, su omisión debería dar lugar a la nulidad de la transmisión (32). Sin embargo la venta es inatacable y

(31) Lo cierto es que las sentencias que defienden la tesis de la oferta de contrato lo hacen en *obiter dictum* cuando se trata de resaltar que la actuación del tanteo produce la perfección del contrato. Así cabe citar las SSTs de 30 de enero de 1965 (*RJA* 1803) y de 9 de mayo de 1968 (*RJA* 3479), y la STS de 22 de septiembre de 1993 (*RJA* 6654). Por otro lado, existe un grupo significativo de sentencias, todas ellas referidas a supuestos del tanteo arrendaticio urbano de la LAU de 1964, cuya *ratio decidendi* es la de diferenciar entre la oferta de contrato como acto generador de la libre contratación y la notificación para el tanteo. Este es el caso de las SSTs de 13 de abril de 1957 (*RJA* 1591), de 3 de enero de 1957 (*RJA* 364), de 9 de junio de 1958 (*RJA* 2141), 17 de marzo de 1962 (*RJA* 1748) y 30 de octubre de 1963 (*RJA* 4258).

(32) Véase RIAZA, Narciso, *Los retractos. Errores dominantes acerca de la materia*, Reus, Madrid, 1919, pág. 195. Para BARBER CARCARAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 58, 60, 63, 338 y 339, la realización de la notificación no es obligatoria ya que su omisión no está sometida a sanción alguna; AMÉRIGO CRUZ, José, «Actuación notarial en la LAU», en *Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (dirigido por Alfonso VENTOSO ESCRIBANO), Civitas, Madrid, 1996, pág. 340, señala que la notificación no es imprescindible porque la Ley no prevé la nulidad del acto.

lo que sucede en ese caso, a tenor del artículo 22.2 LAR de 2003, es que el arrendatario podrá ejercitar el retracto (33).

2. Además la consecuencia lógica sería que el arrendatario que no pudo ejercitar el tanteo no tendría porque hacerse cargo de los gastos previstos en el artículo 1.518 del CC (singularmente los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida por el nuevo propietario) (34).

La notificación es un acto de estructura compleja. Para comprender la naturaleza de la notificación hay que distinguir dos fases en su vida:

- 1.^a La notificación es un acto potestativo del *dominus*: el propietario de la finca arrendada es libre de notificar o no.
- 2.^a Sin embargo, una vez realizada la notificación, produce los efectos determinados *ex lege* al margen de la voluntad de su autor. El efecto principal, según el artículo 22.2 LAR, es el nacimiento del derecho de tanteo, que permite al arrendatario adquirir la finca en el precio y condiciones notificadas, y el nacimiento del plazo de caducidad para su ejercicio.

Por tanto, se puede concluir que la notificación para el tanteo es un acto jurídico no negocial: en la medida que, aunque su realización es voluntaria, produce los efectos previstos por la Ley. Asimismo, la notificación es una carga para el *dominus*: debe realizar la notificación si desea liberarse de la amenaza que para la venta que ha proyectado implica el retracto.

Dicho esto retornamos a la cuestión inicialmente planteada: ¿Por qué carece de eficacia el tanteo? Sencillamente porque el propietario no notifica. En su lugar la conducta habitual del propietario es transmitir la finca al tercero sin notificarlo previamente al arrendatario. En la práctica no se cumple la premisa de la que parte la LAR de 2003: que al vendedor le es indiferente la persona del comprador mientras consiga el resultado económico previsto en el contrato. Dicho de otro modo: en numerosas ocasiones existen móviles subjetivos, que a pesar de que no han sido incorporados al contrato de compraventa, suponen que al propietario no le sea indiferente sea quien sea el adquirente. Por ello en uso de su libertad de disposición vende al tercero y no al arrendatario (35).

(33) Igualmente esta es la solución acogida por el artículo 25 LAU 1994 y por los artículos 1638 y 1639 del Código Civil para la prelación enfiteútica.

(34) De hecho ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004, pág. 803, en coherencia con la posición que defiende sobre el carácter obligatorio de la notificación para el tanteo, insinúa la injusticia de la imposición de los gastos del artículo 1518 cuando el propietario haya incumplido su obligación de notificar la venta al arrendatario.

(35) PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1993», en *CCJC*, 1993, núm. 33, pág. 1031.

Por ello se plantea otro interrogante: ¿Debería configurarse la notificación para el tanteo como una obligación legal, tal y como ha apuntado un sector de la doctrina teniendo en cuenta que lo deseable es que la preferencia se haga efectiva antes de la transmisión? Si la notificación fuera obligatoria implicaría los siguientes pasos: su omisión debería implicar la nulidad de la transmisión realizada y a continuación el propietario tendría que vender la finca al arrendatario. Además, ambas actuaciones deberían acceder al Registro de la Propiedad mediante las correspondientes operaciones de cancelación e inscripción (art. 38 LH). El retracto tiene como ventaja de la economía de medios el conseguir idéntico resultado en un solo acto. De modo que se podría concluir que el retracto constituye la alternativa del legislador al carácter obligatorio de la notificación para el tanteo. Esto es, que la notificación sea una carga y no una obligación responde a una meditada opción legislativa (36).

2. ENAJENACIONES QUE DAN LUGAR AL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: EL RETRACTO Y LA COMPRAVENTA *INTUITU PERSONAE*

Según el artículo 22.2 LAR de 2003, los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico se conceden en toda enajenación *inter vivos* de la finca rústica arrendada. El artículo 22.2 distingue entre la compraventa y las demás transmisiones a la hora de fijar la contraprestación que corresponde al arrendatario retrayente.

En el caso habitual de que la enajenación tenga lugar mediante compraventa el retrayente deberá abonar el precio de la venta. La cuestión es ¿cuál es el fundamento de esta obligación? La respuesta depende de quién sea el sujeto pasivo del retracto:

- a) Si el retracto se ejercita respecto de una venta meramente perfeccionada, se trata de asegurar al propietario vendedor la consecución del mismo resultado práctico que pretendía con la venta que ha concertado con el tercero.
- b) Si se ejercita respecto de una venta consumada, dado que el adquirente no pretende desprenderse de la propiedad de la finca, tan solo es posible asegurar su indemnidad patrimonial *ex ante*, evitando que su patrimonio

(36) BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *La propiedad de casas por pisos*, 3.ª ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1956, pág. 136, lo explica con suma claridad: «[r]eferirse a la doctrina de la anulabilidad, cuando su motivo es una preferencia para adquirir y su declaración la base de esa adquisición preferente, es sencillamente hablar del derecho de retracto, descomponiendo su esencia y refiriendo a dos momentos y dos actos lo que puede ser contenido en un solo proceso de tramitación mucho más rápida y sencilla que la del juicio declarativo en que habría de ventilarse la nulidad».

quede en peor situación que en la que estaba antes de su adquisición. Pero en ningún caso tiene derecho a que le sean compensados el lucro cesante: los beneficios que ha dejado de obtener por la pérdida de la propiedad de la finca (37).

En el caso de transmisiones distintas a la venta, según el artículo 22.2 LAR de 2003, el arrendatario deberá abonar el valor de tasación de la finca arrendada: el precio justo de la finca determinado en vía civil de acuerdo con las normas que establece la legislación de expropiación forzosa. Sin embargo, como hemos visto, este supuesto en la práctica es poco frecuente.

Un supuesto problemático es el de las compraventas *intuitu personae*. Esto es, en aquellas en que no existe una causa objetiva porque se han incorporado a las mismas condiciones subjetivas o personalísimas que hacen que la identidad del adquirente sea determinante. De modo que el cambio de la identidad del adquirente supone la frustración de la causa del contrato.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo destacan dos supuestos: cuando se ha pactado un precio especialmente ventajoso para el comprador en virtud de la relación de parentesco que le vincula con el comprador [STS de 21 de enero de 1993 (*RJA* 6651)]. Otro ejemplo recurrente en la jurisprudencia es el de venta de nuda propiedad con reserva de usufructo cuando la relación personal entre comprador y vendedor es parte esencial de la causa del contrato. Este supuesto resulta especialmente problemático cuando el retracto se ejercita después de consolidado el dominio a favor del nudo propietario como consecuencia de la extinción del usufructo. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha optado por dar a estos supuestos el mismo tratamiento que a una compraventa ordinaria, de modo que al retrayente le basta con abonar el precio de la nuda propiedad para adquirir la propiedad del bien (38).

Sin embargo, al tratarse de ventas *intuitu personae* podría considerarse que estos casos merecen el mismo tratamiento que el artículo 22.2 de la Ley de 2003 da a las restantes enajenaciones *inter vivos* distintas a la compraventa, de modo que el retrayente deberá abonar el valor de tasación de la finca y no el precio ventajoso establecido en atención a la identidad del comprador. Justamente esta fue la solución acogida por el Tribunal Supremo bajo la vigencia

(37) BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *La propiedad de casas por pisos*, 3.^a ed., Editorial Marfil, Alcoy, 1956, pág. 136, lo explica con suma claridad: «[r]eferirse a la doctrina de la anulabilidad, cuando su motivo es una preferencia para adquirir y su declaración la base de esa adquisición preferente, es sencillamente hablar del derecho de retracto, descomponiendo su esencia y refiriendo a dos momentos y dos actos lo que puede ser contenido en un solo proceso de tramitación mucho más rápida y sencilla que la del juicio declarativo en que habría de ventilarse la nulidad».

(38) SSTS de 6 de febrero de 1992 (*RJA* 834) y la de 3 de marzo de 1992 (*RJA* 1837).

de la LAR de 1935 en los casos de venta de nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo (39).

Que esta es la solución más adecuada queda evidenciado si procedemos a la calificación técnica del supuesto:

- En una primera fase se transmite la nuda propiedad. Además se puede decir que el nudo propietario tiene la expectativa de adquirir la plena propiedad del bien cuando muera el usufructuario. Realmente existe algo más que una expectativa de derecho. Es seguro que el usufructuario va a morir, aunque no sepamos cuándo. Por tanto junto a la nuda propiedad, el tercero adquiere un derecho subjetivo aplazado de usufructo. Si ejerce el retracto en ese momento, su contraprestación debería comprender además del valor de la nuda propiedad, el valor del derecho subjetivo aplazado de usufructo (40).
- Una vez consolidado el dominio por la extinción del usufructo si se ejerce el retracto el arrendatario debería abonar el valor de tasación de la finca, según está previsto en el artículo 22.2 LAR de 2003 para las enajenaciones *inter vivos* distintas a la compraventa (41).

(39) SSTs de 26 de enero de 1954 (RJA 68) y de 15 de octubre de 1958 (RJA 2969).

(40) El profesor DE CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, tomo I (edición facsímil), Civitas, Madrid, 1991, págs. 608 y 609, cuando se ocupa del estudio de los diversos tipos de situaciones interinas, defiende la tesis de que en los supuestos en los que existe «la firmeza de la existencia del derecho» es preferible desechar el término expectativa de derecho y hablar de «titularidades temporalmente limitadas», que están integradas por la categoría de los derechos subjetivos aplazados. Este autor describe sencillamente cuál es la estructura de los derechos aplazados: nos encontramos ante un derecho subjetivo que transitoriamente ostenta dos titulares, uno actual y otro futuro, «cuya titularidad respectiva resulta determinada por la llegada del término». El caso de transmisión de nuda propiedad con reserva del usufructo vitalicio encaja perfectamente en esta definición. En efecto, se produce una situación jurídica interina respecto al derecho de usufructo: provisionalmente su titular es el vendedor de nuda propiedad y primitivo propietario del bien, pero cuando este fallezca pasará a ser titular definitivo del usufructo el nudo propietario y, por ende, tendrá lugar la consolidación del pleno dominio. De momento el derecho de usufructo corresponde al transmitente de la nuda propiedad, pero el nudo propietario es titular de un derecho de usufructo aplazado o sometido a término inicial. En este caso es la muerte del usufructuario que ciertamente se va producir aunque no sepamos cuando. Es, por ende, un término *certus an incertus cuando*. Además constituye una transmisión del derecho de usufructo a título gratuito y *mortis causa*, ya que produce sus efectos con ocasión del fallecimiento de quien es titular provisional del derecho de usufructo.

(41) Una cuestión trascendental que se plantea respecto a los «derechos subjetivos aplazados» es el momento en que tienen lugar el nacimiento de los mismos. CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, tomo I (edición facsímil), Civitas, Madrid, 1991, pág. 610, repudia las tesis que distinguen entre la existencia del derecho y la posibilidad de su ejercicio, y afirma que el derecho aplazado existe y se transmite desde que se enajena a término, lo que ocurre es que en los derechos transmitidos a término los sujetos tienen «una titularidad *pro rata temporis*» sobre el derecho subjetivo, que en esta medida pertenece a

Como hemos visto *supra* el caso típico de ejercicio del retracto cuando la venta de la finca arrendada no ha sido notificada al arrendatario y este conoce por cualquier otro medio la transmisión. El artículo 22.2 LAR de 2003 dispone que en defecto de notificación, el arrendatario tendrá un plazo de sesenta días hábiles a partir de la fecha en que por cualquier medio haya tenido conocimiento de la transmisión.

Así frecuentemente el comprador se ampara en la incertidumbre del conocimiento obtenido sin notificación fehaciente para alegar que el retracto fue ejercitado fuera de plazo. Ahora bien, estas pretensiones de burlar el retracto se han encontrado con un obstáculo: la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual para que el conocimiento pueda poner en marcha el plazo para retraer ha de ser «completo, exacto, cumplido y cabal, abarcando una noticia exacta de todos los extremos esenciales y no esenciales». En este sentido cabe citar numerosas sentencias, la más reciente de STS de 17 de enero de 2007 (*RJA* 670) (42).

Esta jurisprudencia parece entrar en contradicción con otras sentencias que se conforman con que el arrendatario conozca las condiciones esenciales de la venta y con la propia LAR de 2003 que en el artículo 22.2, cuando precisa el contenido de la notificación para el tanteo, se refiere a los «elementos esenciales del contrato». A modo de ejemplo cabe citar las SSTS de 13 de diciembre de 1940 (*RJA* 459), 2 de diciembre de 1941 (*RJA* 1402), 12 de mayo de 1942 (*RJA* 716), 9 de noviembre de 1945 (*RJA* 1341) y 29 de enero de 1973 (*RJA* 180). Por otro lado, carece de toda lógica exigir que el arrendatario conozca todos los detalles de la transmisión aún cuando sean insignificantes.

La aparente contradicción se disuelve si atendemos a la finalidad del artículo 22.2 LAR de 2003, cuando exige que el arrendatario conozca la transmisión para que comience el plazo de caducidad para retraer: el plazo no debe comenzar hasta que tenga un conocimiento suficiente de la transmisión para decidir si le interesa adquirir la propiedad de la finca arrendada mediante el retracto.

Por tanto, la clave está en el artículo 1521 del Código Civil, que dispone que el retrayente tiene derecho a adquirir la finca subrogándose en las mismas condiciones pactadas con el adquirente. Esto quiere decir que se trata de que el arrendatario conozca del derecho que va a adquirir y cuanto le va a costar:

1. Debe conocer aquellas condiciones que modulan (o perfilan) la extensión del derecho de propiedad: sus cargas y limitaciones, si la adqui-

cada uno de sus patrimonios, y hay una «coexistencia interna de titularidades» del derecho aplazado y del derecho puro que tienen un contenido distinto.

(42) SSTS de 21 de marzo de 1969 (*RJA* 3662), 30 de octubre de 1972 (*RJA* 4672), 8 de octubre de 1975 (*RJA* 3483), 6 de febrero de 1979 (*RJA* 437), 12 de diciembre de 1986 (*RJA* 7436), 6 de junio de 1988 (*RJA* 4820), 14 de noviembre de 1991 (*RJA* 8114), 6 de febrero de 1992 (*RJA* 834), 14 de noviembre de 1991 (*RJA* 8114), 2 de diciembre de 1994 (*RJA* 7850), 25 de mayo de 2001 (*RJA* 3382), 14 de noviembre de 2002 (*RJA* 9919) y 13 de noviembre de 2006 (*RJA* 9025).

sición está sometida a término o condición y cualquier otra condición que perfile los contornos del derecho de propiedad.

2. Debe conocer el precio que debe reembolsar al comprador y en su caso las modalidades de pago (43).

Tampoco el Tribunal Supremo ha permitido que el arrendatario se ampare en la dificultad que implica la prueba del hecho del conocimiento para demorar injustificadamente el ejercicio del derecho de retracto. Las SSTS de 19 de noviembre de 1955 (*RJA* 2943), 26 de abril de 1965 (*RJA* 2028), 15 de febrero de 1971 (*RJA* 1335), 29 de enero de 1973 (*RJA* 180), 15 de diciembre de 1975 (*RJA* 5087), 30 de abril de 1990 (*RJA* 2812), 3 de abril de 2001 (*RJA* 3992) y 21 de octubre de 2009 (*RJA* 5699), parten de la equivalencia entre la posibilidad de conocimiento y el conocimiento efectivo para computar el plazo para retraer. Por tanto, el plazo para retraer debe computarse desde el mismo momento en que se notifica al arrendatario o este conoce por cualquier medio los datos necesarios para conseguir un conocimiento exacto de las circunstancias de la transmisión. Estos datos son: la fecha de otorgamiento de escritura pública y el notario autorizante, así como los datos indicadores de la inscripción en el Registro Inmobiliario. En estos supuestos, el Tribunal Supremo ha declarado que no cabe esperar al momento en que el arrendatario se decida a desarrollar la actividad necesaria que le permita obtener conocimiento completo de la venta. Esto sería tanto como dejar al arrendatario decidir cuándo ha de comenzar el plazo para retraer con la perturbación que acarrea para la seguridad del tráfico jurídico.

4. EFECTOS QUE PRODUCE EL EJERCICIO DEL RETRACTO ARRENDATICIO RÚSTICO

Una vez ejercitado el retracto, el arrendatario se convierte en propietario de la finca. La cuestión es cómo jurídicamente se consigue este efecto último de la adquisición de la propiedad por el arrendatario. La respuesta no está en la LAR de 2003, sino en el artículo 1521 del Código Civil, cuando dispone que el retrayente se subroga en el lugar del adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión.

La cuestión es determinar en qué consiste la subrogación del artículo 1521 del Código Civil. La clave está de nuevo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se deduce que (44):

(43) RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 155, y 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. 696.

(44) SSTS de 9 de marzo de 1999 (*RJA* 1994) y 14 de junio de 2004 (*RJA* 5055).

- a) El retracto arrendaticio rústico constituye un supuesto de *adquisición derivativa* de la finca: el retrayente adquiere idéntico derecho de propiedad que le correspondía al comprador, y en consecuencia con las mismas cargas y limitaciones que afectan al derecho de propiedad del comprador (45), (46).
- b) Se trata de una *subrogación retroactiva con efectos ex tunc*: deriva la ineficacia de los actos de disposición, modificación y limitación del derecho de propiedad que realice el comprador retraído con posterioridad a la compra.

5. SENTIDO DE LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A FAVOR DEL ARRENDATARIO RÚSTICO

Por último, quisiera concluir haciendo referencia al sentido de la subsistencia de los derechos de tanteo y retracto a favor del arrendatario rústico. La LAR de 2003 suprime estos derechos por diversos motivos. Una de las principales preocupaciones de la nueva LAR es el incremento del tamaño de las explotaciones agrarias con el fin de mejorar la productividad de las mismas. Para ello

(45) En el mismo sentido, CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, «Derecho de retracto. Momento inicial de su ejercicio», en *Dictámenes jurídicos*, tomo II, Obligaciones y contratos, Bosch, Barcelona, 1919, págs. 361 a 376; BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP*, tomo XL, 1956, pág. 292; GARCÍA AMIGO, Manuel, «Derechos reales de adquisición (Notas para una teoría general)», en *RDP*, 1976, núm. LX, pág. 130; LINARES NOCI, Rafael, «La prelación enfiteútica», en *RDP*, 1986, tomo III, pág. 759; COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo, Retracto, Función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Gran Colegio de España, Bolonia, 1988, pág. 56; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Profesor Juan Roca*, Universidad de Murcia, 1988, págs. 331 y 332; BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 467; 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. 483; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Comentario del artículo 1506 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 989; 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. 674, y ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, págs. 811 y 812.

(46) A falta de determinación específica, la adquisición del retrayente se somete a las reglas generales del título y el modo vigentes en nuestro ordenamiento, *ex* artículo 609 del Código Civil. Véase BALLARÍN MARCIAL, Alberto, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», en *RDP*, 1956, tomo XL, pág. 294; RUBIO TORRANO, Enrique, *El pacto de retroventa*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 116, y GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario a la STS de 5 de julio de 1980», en *ADC*, 1980, fascículo IV, pág. 183; 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. 700.

la LAR entiende que es vital favorecer la movilidad de la tierra. Sin duda el tanteo y el retracto constituyen un freno para lograr esta movilidad. Es un obstáculo para arrendar o vender una finca que el arrendatario goce de los derechos de tanteo y retracto. Paradójicamente la Ley 26/2005, que reforma la LAR de 2003, reintroduce estos derechos apoyándose precisamente en la necesidad de favorecer la movilidad de la tierra.

En suma, la razón de existir de estos derechos suscita numerosas dudas (47). Aunque su eliminación podría resultar demasiado radical dado que estos derechos han estado tradicionalmente unidos a la condición de agricultor en propiedad ajena, de hecho nacen con la LAR de 1935. Quizá hubiera sido una medida acertada restringir su ámbito de aplicación como consecuencia de la pérdida de importancia de estos derechos en el seno de la política agraria y porque constituyen una figura polémica fuente de abundantes litigios.

Por ello, parece que lo más acertado hubiera sido limitar el ámbito de los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico a través de dos medidas:

1. Que estos derechos hubieran quedado limitados a los casos de compraventa y dación en pago, excluyéndolos respecto de las demás transmisiones *inter vivos*.
2. Asimismo hubiera sido deseable que implicasen una relación de permanencia del arrendatario con la finca: así, cuando las partes hubieran pactado una duración del contrato de arrendamiento muy superior al plazo mínimo legal, por ejemplo diez años, o que se hubiera rebasado el plazo legal mediante la acumulación de un las prórrogas legales tácitas previstas en el artículo 12 LAR de 2003.

(47) De hecho la desaparición de estos derechos fue uno de los temas más debatidos en la tramitación parlamentaria de la Ley. En el Congreso se presentaron tres enmiendas a la totalidad y cuatro enmiendas parciales que propugnaban el reconocimiento de los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario por entender que tales derechos eran connaturales al arrendamiento rústico: [enmiendas núms. 1, 2 y 3, y 25, 53 y 85 111 BOCG (Congreso de los Diputados, A, núm. 164.4, de 11 de septiembre de 2003)]. Estas enmiendas se reiteraron con parecidos términos y justificaciones en el Senado [propuesta de veto núm. 1 y 2 y enmiendas núms. 19, 57 y 89 —BOGC, Senado, II, núm. 161 c) y d), de 20 de octubre de 2003—]. Ninguna de ellas prosperó gracias a la mayoría absoluta del Gobierno en el poder.

RESUMEN

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS
DERECHO DE ADQUISICIÓN
PREFERENTE

Los derechos de adquisición preferente, a favor del arrendatario rústico, se configuran como una figura problemática en su ejercicio al ser fuente de numerosos litigios, con la consiguiente perturbación que conlleva para el tráfico jurídico. Además en los últimos tiempos, tras los vaivenes legislativos que ha sufrido esta figura, no está claro ni siquiera el sentido de su propia existencia. El presente trabajo se propone suministrar una visión panorámica de los principales problemas que suscitan los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico, al mismo tiempo que se proponen soluciones a cada uno de los problemas enunciados.

ABSTRACT

RURAL LEASES
RIGHT OF FIRST REFUSAL

The rural lessee's right of first refusal is a problematic thing to exercise, leading to a great deal of litigation and eddying the smooth flow of business as a result. In addition, because the pertinent legislation has changed back and forth repeatedly, the very reason why such a right even exists is no longer clear of late. This article proposes to give a panoramic view of the main problems, while proposing solutions for each.

(Trabajo recibido el 18-8-2011 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)