

ESTUDIO LEGISLATIVO

Notas sobre el derecho de tanteo en la Ley de Arrendamientos Urbanos (con referencias al ordenamiento italiano)

LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ

SUMARIO: I. Supuestos y fundamentos.—II. Títulos traslativos que sirven de presupuesto para el ejercicio del derecho de tanteo.—III. Límites objetivos al ejercicio del derecho de tanteo.—IV. Momento hasta el que se podrá ejercitar el derecho de tanteo.—V. Introducción a la naturaleza jurídica del derecho de tanteo.—VI. Naturaleza del acto de comunicación del alienante: VI.1. Posibilidad del ejercicio del derecho de tanteo si se obtiene el conocimiento preciso por otra vía diversa de la notificación fehaciente del alienante. VI.2. Consecuencias jurídicas de la obtención del conocimiento pleno del proyecto de transmisión por medios distintos de la notificación fehaciente por parte del alienante. VI.3. Posibilidad del alienante de impedir los efectos de la notificación. VI.4. Otras consecuencias de la omisión de notificación del alienante. VI.5. Pérdida de eficacia de la notificación por transcurso del tiempo.—VII. Acto de ejercicio del derecho de tanteo. Modo de adquisición de la propiedad. VIII. Límites que la Ley impone al arrendatario que adquiere la propiedad y al arrendador que recobra el uso del local de negocio por el ejercicio del derecho de tanteo.—IX. Renuncia del derecho de tanteo.

I. SUPUESTOS Y FUNDAMENTOS

La Ley de Arrendamientos urbanos vigente, texto refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, reconoce en favor de una de las partes del contrato de arrendamiento tres tipos de derechos de tanteo (1):

(1) El ordenamiento italiano disciplina unos supuestos de derecho de tanteo en materia de arrendamientos urbanos que se separan en algunos puntos fundamentales de los establecidos en la LAU. Estos derechos de tanteo están regulados en la ley n. 392/1978, arts. 38, 40 y 69. El art. 38 concede un derecho de tanteo al arrendatario de

— «En los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros», podrá el inquilino utilizar el derecho de tanteo sobre el piso (art. 47.1 LAU).

— En los mismos casos señalados en el supuesto anterior, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de tanteo sobre el local de negocio que ocupare (art. 47.1 LAU).

— Se reconoce, además, al arrendador de local de negocio el derecho de tanteo cuando el arrendatario haya decidido traspasar el local de negocio (art. 35.1 LAU).

La doctrina española ha mostrado una gran uniformidad al explicar el fundamento de dichos derechos de tanteo. En este sentido, respecto al derecho de tanteo señalado en segundo lugar, se ha insistido en que con esta figura se pretende fomentar la unificación de propiedad y facultad de uso y disfrute, tan importante para el crecimiento y favorecimiento de cualquier actividad comercial (2). Algunos autores, partiendo de este fundamento, han pretendido observar igualmente una protección del trabajo (3) y de la continuidad de la empresa (4).

Es interesante notar que las normas no señalan ningún especial requisito que limite el grupo de los arrendatarios de locales de negocio que pueden valerse de este derecho. Es decir, no se contempla la necesidad, como sucede en el ordenamiento jurídico italiano, de que ejerciten una actividad comercial que implique un contacto directo con el público (5). Sólo se ha exigido reiteradamente por la jurisprudencia

un local de negocio en el que se desarrollen actividades comerciales que impliquen un contacto directo con el público, cuando el arrendador pretenda transmitir a título oneroso el inmueble arrendado. Y el art. 40 reconoce un derecho de tanteo al arrendatario de un local de negocio, que reúne las mismas características señaladas anteriormente, cuando el arrendador pretenda arrendar de nuevo el local. El art. 69 disciplina este último tipo de derecho de tanteo respecto de las relaciones arrendaticias en curso en el momento de la entrada en vigor de la presente ley.

(2) V. GARCÍA AMIGO, M., «Derechos reales de adquisición (Notas para una Teoría general)», en *RDP*, 1976, p. 112; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *El derecho de retrato en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1955, pp. 75 y ss.

(3) V. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 80-83.

(4) V. LLOMBART, M. D., «Los derechos de adquisición preferente de fincas rústicas a favor de los arrendatarios», en *RDP*, 1983, p. 345.

(5) Art. 35 de la ley n. 392/1978. En doctrina, v. BERNARDINI, M., *La prelazione urbana*, Padova 1988, p. 71; LAZZARO, F., «Unità di ratio nelle prelazioni urbane», en *Prelazione e retratto. Seminario coordinado por G. Benedetti y L. V. Moscarini*, Roma 1988, pp. 242-243; TROILA, R. *La prelazione urbana*, Milano 1990, pp. 21-24. La jurisprudencia también ha insistido en numerosas ocasiones en este requisito: v. Cass., 10-VII-1986, n. 4486, en *Foro it.* 1987, I, 1523; Cass., 22-VII-1987, n. 6410, en *Rass. equo canone* 1987, 273; Cass., 8-IX-1987, n. 7229, en *Rass. equo canone* 1987, 268; Cass. 23-VI-1989, n. 2982, en *Riv. giur. edilizia* 1989, I, 870; Cass., 23-VI-1989, n. 2993, en *Giust. civ.* 1989, I, 2301; Cass., 20-II-1990, n. 1261, en *Foro it.* 1990, I, 1520.

Sobre la interpretación del alcance de esta exigencia de contacto directo con el público, v. especialmente, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 181-189; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 21-37; Corte Costit., 5-V-1983, n. 128, en *Foro it.* 1983, I, 1497; Corte Costit., 22-XI-1985, n. 369, en *Riv. giur. edilizia* 1986, I, 501; Cass., 5-II-1986, n. 713, en *Nuova giur.*

que el arrendatario ocupe efectivamente el local (6) y que el contrato de arrendamiento sea uno de los que quedan regulados por la LAU (cfr. arts. 1, 4.2, 5.2 de dicho cuerpo legal). De ahí, quizás, que no se hayan desarrollado en España, como, sin embargo, ha sucedido en Italia, estudios destinados a conectar la protección del aviamiento con el derecho de tanteo (7). Si bien este aspecto del fundamento del Derecho de tanteo ha sido también puesto de manifiesto por la doctrina española, no ha sido considerado generalmente como la razón principal y destacada sobre las demás posibles.

El fundamento del derecho de tanteo que se concede al arrendador se encuadra, generalmente, también en el intento de proteger la unión de propiedad y facultad de goce, cambiando, no obstante, el titular del derecho, dado que varía igualmente el sujeto que pretende deshacerse, si bien onerosamente, de la facultad que ostenta sobre el bien (8).

Subyace a estas dos hipótesis la concepción de que la propiedad dividida es fuente de problemas y, sobre todo, produce una mayor dificultad para el crecimiento de una cierta actividad económica que, sin embargo, se verá fomentada por la estabilidad de la propiedad plena y la seguridad en la situación jurídica básica de su establecimiento.

Menos justificaciones ha observado la doctrina en orden al tipo de derecho de tanteo señalado en primer lugar. Se explica (9) generalmente por una tendencia a ofrecer una mayor estabilidad a la familia, al hogar familiar (10).

civ. 1986, I, 571 con nota de Giove; Cass., 5-III-1986, n. 1405, en *Arch. locazioni* 1986, 228, con nota de Barbieri; Cass., 22-VII-1987, n. 6410, en *Foro it.* 1988, I, 1177; Cass., 28-VII-1987, n. 6537, en *Arch. locazioni* 1987, 646; Cass., 14-X-1987, n. 7604, en *Mass. Foro it.*, 1987; Cass., 9-II-1988, n. 1390, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 29-III-1988, n. 2647, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 21-IX-1988, n. 5187, en *Foro it.* 1989, I, 3178; Cass., 10-VII-1989, n. 3264, en *Giust. civ. Mass.* 1989; Cass., 21-VII-1989, n. 3464, en *Giust. civ. Mass.* 1989.

(6) V. SANTOS BRIZ, J., «Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP* 1971, p. 356. Además, STS de 22-IV-1969 (RA 2201); 9-VI-1969 (RA 3351); 3-XII-1970 (RA 5356).

(7) V., especialmente, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 163-164 y TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 1-3. En jurisprudencia, Cass., 10-VII-1987, n. 4486, en *Foro it.* 1987, I, 1523; Cass., 8-IX-1987, n. 7229, en *Foro it.* 1988, I, 2636; Cass., 20-II-1990, n. 1261, en *Foro it.* 1990, I, 1520.

(8) V. GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, pp. 112-113; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 80-81.

(9) V. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 83-85.

(10) La ley italiana n. 392/1978, sobre arrendamientos urbanos no contempla un derecho de tanteo para los inquilinos de inmuebles destinados a vivienda. Algunas leyes sucesivas han ampliado el ámbito del derecho de tanteo hasta comprender hipótesis de transmisión de inmuebles destinados a vivienda. No obstante, estas normas son esporádicas. Entre ellas, podemos destacar la ley n. 219, de 14 de mayo de 1981, que forma parte de un grupo de intervenciones legislativas que han seguido a los eventos sísmicos de noviembre de 1980 y febrero del 81 y la ley n. 187, de 29 de abril de 1982. En este sentido, también destaca la ley n. 168, de 12 de abril de 1982 que introdujo una doble hipótesis de este tipo de tanteo, pero limitando el período de vigencia hasta el 31

A pesar de las diferencias existentes entre estas figuras, se observa una tendencia a facilitar el acceso a la propiedad por parte de inquilinos o arrendatarios y a considerar económica y socialmente favorable la protección y fomento de la propiedad plena lo que conlleva a una estabilidad del asentamiento urbano (11). En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han insistido en el carácter supraindividual de los intereses tutelados por los derechos de tanteo y retracto (12).

de diciembre de 1983. Este período fue prorrogado posteriormente hasta el 30 de junio de 1984. En el art. 1, párrafo 3 de esta ley se indicaba que los entes públicos de previsión, las empresas de seguros y las que tienen por objeto exclusivo o principal la adquisición, gestión y venta de inmuebles, en caso de transmisión de inmuebles alquilados, efectuada según las disposiciones dictadas por la misma ley, debían comunicar el precio y las condiciones de venta al arrendatario que ocupase el inmueble objeto de la compraventa. A este sujeto le correspondía un derecho de tanteo que debía ser ejercitado dentro de los 60 días desde la recepción de dicha comunicación. Y el párrafo 4 de dicho art. 1 concedía tal derecho de tanteo en caso de cesión o de transmisión, en la que los alienantes fuesen los mismos sujetos indicados anteriormente, de un inmueble dedicado a vivienda a un adquirente que pretendiese rescindir el contrato. En este caso, al inquilino se le concedía en arrendamiento, por parte de los sujetos ya propietarios del alojamiento cedido, otra vivienda en el mismo municipio donde se encontraba el inmueble objeto del contrato de arrendamiento que se había disuelto o en un municipio colindante.

Es la primera vez que, en la legislación italiana, de una forma general, la disciplina del tanteo se refiere a inmuebles destinados a viviendas. No obstante, dada la limitación que establece la ley respecto de los sujetos que deben ser alienantes, y a la vigencia temporal de esta normativa, la doctrina considera que esta ley no es indicativa de un cambio en la orientación del legislador (v. CERCEO, G., «Ecezionalità e temporaneità della prelazione nella disciplina degli immobili ad uso abitativo», en *Prelazione... cit.*, pp. 321 y ss.; CORBO, N., *La prelazione in caso di nuova locazione nel regime ordinario ed in quello transitorio*, p. 304; LAZZARO, F., *op. cit.*, pp. 249 y ss.).

De hecho, la doctrina italiana, ante supuestos en los que el inmueble arrendado se destina a actividades comerciales y a vivienda, establece como criterio, para determinar la posibilidad o no de ejercitar el tanteo, el uso prevalente que de este inmueble se haga. De tal manera que se podrá ejercitar si el destino primordial no es el de vivienda (v. TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 5-7).

(11) Además de la protección del aviamiento, la doctrina italiana se muestra muy cercana a la española al determinar el fundamento del derecho de tanteo que ambos ordenamientos conceden al arrendatario, en el caso de que el arrendador haya decidido vender el bien inmueble arrendado. En este sentido, esta doctrina ha subrayado la pretensión del legislador italiano de crear incentivos e instrumentos para reunificar en las mismas manos propiedad y goce, con el fin de hacer cada vez más rentable la utilización del inmueble, garantizando una cierta permanencia. Pretende ayudar a quien presente, respecto del inmueble, una iniciativa más dinámica, así como proteger la estabilidad del asentamiento urbano. V. AMICARELLI, G., «La prelazione nell'impresa familiare e nella locazione di immobili urbani ad uso non abitativo», en *Prelazione... cit.*, p. 331; BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 72-74, 156-157; LAZZARO, F., *op. cit.*, pp. 247-253.

(12) V. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2, 5.^a ed., Barcelona 1983, p. 365; BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el derecho español (tanteo, retracto, opción)*, Barcelona 1958, pp. 41, 189; COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia 1988, pp. 53, 65-68; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 114; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 75 y ss. Además: STS de 22-IV-1969 (RA 2201); 9-V-1969 (RA 2446); 9-XII-1970 (RA 5465); 8-VII-1974 (RA 3555); 5-I-1981 (RA 110).

En definitiva, el fundamento de la disciplina del derecho de tanteo, establecida por nuestro legislador se encuentra en una composición de intereses: entre el interés individual del alienante a la libertad de contratación y el interés social de facilitar la estabilidad del sujeto que disfruta del goce del bien, protegiendo así la finalidad a la que se dirige tal posesión, ya sea servir de sede del hogar o de una actividad comercial. Se fomenta, de esta manera, el acceso a la propiedad del que ya está obteniendo una utilidad y ha establecido en ese lugar la sede de sus relaciones económicas, comerciales o personales.

II. TITULOS TRASLATIVOS QUE SIRVEN DE PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO

El art. 35 de la LAU concede al arrendador el derecho de tanteo en caso de traspaso del local de negocio. El art. 29 de esta misma ley señala en qué consiste esta figura contractual (13).

El art. 47.1 de la LAU, sin embargo, reconoce el derecho de tanteo del arrendatario en caso de venta o cesión solutoria de la vivienda o local de negocio arrendado. La doctrina española se ha planteado si solamente cabe tanteo ante la decisión de celebrar un contrato de los específicamente señalados o cabe realizar una interpretación extensiva e incluir otros tipos de negocios jurídicos.

Esta ley recoge fundamentalmente la disciplina que al respecto ofrecía la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos de 1955, que, en este punto, seguía a la precedente de 1946. Estos cuerpos legales se referían a los casos de venta y de cesión solutoria. Y, a su vez, dicha normativa recogía los supuestos que regula el Cc. en los arts. 1521 y 1636 (retrato en general y retrato del enfiteuta, respectivamente), que se refieren a la venta y la dación en pago, aun existiendo un precedente en la Ley de Arrendamientos Rústicos, que concedía tal derecho «en todos los casos de transmisión a título oneroso de una finca arrendada...» (art. 16.1 de la Ley de 16 de julio de 1949).

Respecto de esta cuestión se puede observar una línea jurisprudencial bastante uniforme tendente a rechazar interpretaciones extensivas de la fórmula legal contenida en el art. 47.1, pues el derecho de tanteo supone siempre una limitación impuesta a la facultad de libre disposición del propietario. En este sentido, la jurisprudencia se orienta a admitir la posibilidad de tanteo únicamente en los casos de venta o cesión en pago (14). En esta línea, ha negado la posibilidad de ejercitar el de-

(13) V., ARECHEDERRA ARANZADI, L., «Tanteo convencional y traspaso de negocio», en *RCrDI* 1980, pp. 24-26.

(14) En esta línea, la STS de 2-IV-1985 (RA 1679) expresamente señala, respecto de las normas que regulan este derecho de adquisición preferente: «Por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de

recho de tanteo y el retracto en caso de contratos a título gratuito (15), de permuta (16), de renta vitalicia (17).

No obstante, la misma jurisprudencia pone de manifiesto la necesidad de realizar una interpretación que, aun sin reconocer este derecho en caso de celebración de otros tipos de contratos, sí admita el ejercicio del tanteo en supuestos en los que el negocio o contrato de transmisión sea fundamentalmente análogo a los citados, o, incluso, encubra uno de ellos, para evitar que se burle la disciplina de la LAU y la tutela, que con ésta, pretende ofrecer el legislador. En este sentido se ha admitido el ejercicio del derecho de tanteo y retracto en el caso de aportaciones de fincas arrendadas en pago de ampliaciones suscritas de capital de una sociedad anónima (18), o en caso de permutas que encubren verdaderas ventas (19).

Respecto del contrato de compraventa, la jurisprudencia admite el ejercicio del derecho de tanteo incluso en la venta en pública subasta (20). Hipótesis que no está prevista expresamente en el caso de venta forzosa de vivienda o local de negocio, a diferencia del caso de traspaso de local de negocio, en el que se admiten expresamente estos derechos, en caso de ejecución judicial o administrativa del traspaso (art. 35.1 de la LAU).

Si bien, en un principio, el TS pareció negar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en caso de venta de la nuda propiedad únicamente (21), posteriormente la jurisprudencia parece haber consolidado

ser aplicadas con criterio restrictivo». Por tanto, es necesario rechazar «todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas». En el mismo sentido, v. STS de 17-II-1954 (RA 336); 9-VII-1958 (RA 2539); 12-II-1959 (RA 474); 3-VII-1959 (RA 2953); 7-XI-1959 (RA 4437).

(15) V. STS de 26-V-1982 (RA 2602). (En este caso se trataba de una aparente venta pero, sin embargo, el negocio disimulado era una donación, por ello el TS rechaza la posibilidad de ejercitar el tanteo). V., además, STS de 22-II-1974 (RA 646); 22-II-1972 (RA 863).

(16) V. STS de 16-V-1960 (RA 2042), 23-V-1960 (RA 2052), 12-VI-1964 (RA 3261), 9-XI-1972 (RA 4564).

(17) V. STS de 9-XII-1964 (RA 5774), 2-IV-1985 (RA 1679), 22-XII-1989 (RA 8866).

(18) V. STS de 30-XI-1973 (RA 4542). Esta sentencia justifica su decisión en que, de otro modo, se burlarían por tales sociedades las disposiciones sobre el retracto. Además «lo verdaderamente transmitido fueron las acciones que es un signo que representa al dinero y se halla incluido en el art. 1445 del Código, pese a los otros derechos que en la vida de la sociedad represente por lo que el contrato podría calificarse de simple venta...». No obstante, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de tanteo y retracto en casos de aportación por un socio a la sociedad de una vivienda o inmueble en pago de acciones de la misma (v. STS de 12-VI-1964 (RA 3261)).

(19) V. STS de 22-IV-1969 (RA 2201).

(20) V. STS de 23-I-1971 (RA 289); 3-VII-1974 (RA 3471); 21-IV-1975 (RA 1820).

(21) V. STS de 12-II-1949 (RA 548).

la doctrina contraria. Es decir, la posibilidad de ejercitar tales derechos en estas hipótesis, si bien, se reconoce igualmente que el usufructo no es un derecho susceptible de ser retraído (22).

La cesión en pago igualmente dará lugar al derecho de tanteo, tanto si se trata de la judicial como de la extrajudicial (23).

La doctrina española ha seguido en esta cuestión muy de cerca a la jurisprudencia (24). Únicamente es interesante destacar una corriente doctrinal que considera conveniente distinguir, a efectos de admitir o no la posibilidad de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, en caso de transmisión realizada a través de una permuta, si ésta se realiza a cambio de cosa específica o de cosas genéricas (25).

En el ordenamiento jurídico italiano, el art. 38, párrafo 1, de la ley n. 392, sobre arrendamientos urbanos, concede el derecho de tanteo al arrendatario en caso de que el arrendador pretenda «transmitir a título oneroso el inmueble arrendado», si bien en los párrafos siguientes de este mismo artículo, el legislador hace referencia únicamente a la compraventa. Y el art. 40 de este mismo cuerpo legal disciplina el tanteo, que corresponde al arrendatario, en caso de estipulación de un nuevo contrato de arrendamiento.

Interesantes problemas interpretativos ha planteado la aplicación del citado art. 38. La jurisprudencia ha seguido una línea interpretativa bastante uniforme en el sentido de admitir el derecho de tanteo únicamente cuando el inmueble se pretende transmitir a través de un contrato de compraventa. Ha justificado esta interpretación restrictiva en la referencia que, especialmente, los párrafos 2.º y 4.º del citado artículo (26)

(22) V. STS de 12-VI-1958 (RA 2763); 7-III-1963 (RA 1394); 6-X-1972 (RA 3935). En este mismo sentido, v. Sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 15-junio-1985 (en *RGD*, 1986, p. 3538).

(23) V. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, p. 145 y STS de 30-XI-1973 (RA 4542); 24-V-1982 (RA 2591); 2-IV-1985 (RA 1679).

(24) V. AZPIAZU, J., «El retracto y el registro de la propiedad», en *RCr.DI* 1954, pp. 154 y ss.; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 4.ª ed., Madrid 1988, pp. 564, 570; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, pp. 126-127; HIJAS PALACIOS, J., «Los derechos de tanteo y de retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocio en la nueva ordenación legal», en *RGD* 1947, p. 537; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 137-153.

(25) Pues si se trata de cosas genéricas, es posible que el arrendatario adquiera la propiedad del inmueble en las mismas condiciones que un tercero, sin que resulte perjudicado el alienante. V. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 338-339; CASALS COLLDECA-RRERA, M., *El retracto en los arriendos de fincas rústicas*, Barcelona 1946, p. 108; GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XIX, pp. 593-594; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 151-152.

(26) «... En la comunicación deben indicarse la contraprestación, que debe valorarse en todo caso en dinero, las demás condiciones a las que la venta será concluida y la invitación a ejercitar o no el derecho de tanteo.

...
Cuando el derecho de tanteo se haya ejercitado, la entrega del precio de la adquisición, salvo que otra condición se haya indicado en la comunicación del arrendador,

realizan al contrato de compraventa y en la limitación a la facultad de libre disposición que sufre el propietario con este derecho de adquisición preferente. Todo lo cual, según la jurisprudencia de este país, no consiente que esta disciplina se aplique por analogía a otros supuestos (27). Sin embargo, la doctrina italiana no se muestra tan uniforme como la jurisprudencia. Se pueden observar autores que, en la misma línea indicada, no reconocen el derecho de tanteo en supuestos distintos de la compraventa (28). No obstante, numerosa doctrina, basándose precisamente en el párrafo 2.º de dicho artículo, que indica que la contraprestación se debe cuantificar, en todo caso, en dinero, considera que la ley permite una interpretación abierta. Y en esta línea, reconoce este derecho en hipótesis distintas de la compraventa, especialmente, en supuestos de permuta, en la que la contraprestación sea fungible, de «datio in solutum», transacción, y aportación a una sociedad (29).

debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes al sexagésimo día sucesivo a aquel en el que se realizó la notificación de la comunicación por parte del propietario, contextualmente a la estipulación del contrato de compraventa o del contrato preliminar.»

(27) V. Cass., 14-I-1988, n. 205, en *Giust. civ.* 1988, I, 1225; Cass., 14-I-1988, n. 206, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 14-I-1988, n. 207, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 1-II-1988, n. 913, en *Giur. it.* 1987, I, 1, 2666. En este sentido, no ha reconocido el derecho de tanteo a favor del arrendatario en casos de permuta (v. sentencias citadas en esta nota y además, T. Prato, 26-V-1987, en *Arch. locazioni* 1987, 519), ni de venta forzosa encuadrada en un procedimiento de quiebra (v. Cass., 30-V-1984, n. 3298, en *Mass. Foro it.* 1984; Cass., 13-I-1981, n. 295, en *Foro it.* 1981, I, 689; Cass., 1-II-1988, n. 913, en *Foro it.* 1989, I, 203. Sobre la venta llevada a cabo dentro del proceso concursal del «concordato preventivo», la jurisprudencia no es uniforme. En ocasiones niega tal derecho, v. Cass., 6-IV-1990, n. 2900, en *Giust. civ.* 1990, I, 2596, y, sin embargo, en otras decisiones se admite, ya que dicho procedimiento da lugar a una situación de origen convencional, v. Cass., 1-II-1988, n. 913, en *Giur. it.*, 1987, I, 1, 2666).

(28) V. TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 58-71.

(29) V. especialmente, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 206-211 (este autor reconoce este derecho en caso de permuta, transacción, «datio in solutum», cesión de bienes a los acreedores, «negotium cum donazione», cuando prevalece el carácter oneroso, la renta vitalicia y aportación a una sociedad a título de propiedad. No lo admite en los supuestos de ejecución forzosa), ALOISIO, R., en AAVV, *Equo canone*, en *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 1978, pp. 456 y ss. (reconoce el tanteo en supuestos de permuta, cuando la contraprestación es fungible, de transacción, y de «datio in solutum»), CAPUTO, E., *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, Padova 1988, pp. 77 y ss. (lo admite en caso de «datio in solutum», pero lo niega ante transmisiones a una sociedad a título de propiedad), GIARDINI, P. M., «Profili strutturali della prelazione locatizia», en *Prelazione... cit.*, pp. 280 y ss. (reconoce el tanteo en caso de permuta e, incluso, en todas las hipótesis en las que el inmueble se cambie por un bien infungible, por ejemplo, la transacción. En estos casos será el arrendador el que tendrá que cuantificar en dinero la prestación que le ofrece el tercero y señalarlo en la comunicación que haga al arrendatario. Este último sujeto podrá ejercitar el derecho de retracto si considera excesiva dicha valoración), NUZZO, M., «La prelazione successiva tra storia e dogma», en *Prelazione... cit.*, pp. 65 y ss. (podrá ejercitarse el derecho de tanteo, según este autor, en caso de permuta, cuando la prestación ofrecida por el tercero sea fungible, de «datio in solutum», cuando sea indiferente para el alienante ceder el propio bien al acreedor o entregarle la suma de dinero obtenida como contraprestación. No se concede tal derecho en caso de transacción, venta coactiva, o negocio gratuito).

En el marco de los negocios jurídicos que pueden dar lugar al ejercicio del derecho de tanteo y retracto, en la normativa española sobre arrendamientos urbanos, el art. 47.3 de la LAU contiene una interesante observación: «De igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947.

En la escritura deberá consignarse el precio asignado a cada vivienda».

La jurisprudencia ha considerado que se halla legalmente equiparada a la compra o dación en pago, a los efectos del tanteo y retracto arrendaticio, la adjudicación que de la vivienda arrendada, en el supuesto de que la misma pertenezca a varios copropietarios, se haga a uno de los condueños, como consecuencia de división de la cosa común (30).

Interesante es la sentencia de la Audiencia de La Coruña de 1-junio-1987 (31), que insiste en la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo y retracto sólo en caso de adjudicación de viviendas como consecuencia de la división. No puede extenderse tal facultad a los arrendatarios de locales de negocio, pues no están mencionados en el número 3 del art. 47. «El retracto legal, en cuanto implica una limitación al derecho de libre disposición del propietario... ha de quedar circunscrito a aquellos supuestos específicos en que legalmente se establezcan, no siendo susceptibles de interpretación extensiva o de analogías las normas que lo regulan».

Un gran debate ha suscitado una cuestión relacionada con esta hipótesis contenida en el art. 47.3 de la LAU: si una comunidad es propietaria de un inmueble y someten a tal edificio al régimen de propiedad horizontal, se produce una división de la cosa en una pluralidad de inmuebles menores, siendo el propietario de cada uno de ellos una comunidad compuesta por los mismos sujetos. Nos encontramos,

Como se puede observar, aunque la jurisprudencia no lo ha declarado, la mayoría de la doctrina admite el ejercicio del derecho de tanteo en caso de permuta, cuando la contraprestación esté constituida por bienes fungibles (v. además de los autores citados en nota, v. VARRONE, M., «Problemi della prelazione ed ipotesi di riforma», en *Rass. equo canone* 1989, pp. 203 y ss.).

(30) V. STS de 6-X-1989 (RA 6894). Y, en este sentido, v. igualmente STS de 24-III-1988 (RA 2424); 25-X-1988 (RA 7638), Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 28-VI-1983 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos. Diez años de jurisprudencia*, Madrid 1989, p. 1000), Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 17-X-1984 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1000); Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 17-IX-1986 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1001), S. de la Audiencia Territorial de Madrid de 2-X-1986 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1001).

(31) En RGD, 1988, p. 4033.

por tanto, con una pluralidad de comunidades de propietarios, si bien compuestas por las mismas personas. ¿El someter un edificio al régimen de propiedad horizontal produce una división de la cosa común incluida en el art. 47.3, de modo que el inquilino de un apartamento quedaría legitimado a ejercitar la acción de tanteo y retracto?

Una parte de la doctrina considera que, en primer lugar, basta la división de la cosa común, no es necesaria la formal disolución total de la comunidad, ya que, en realidad, la propia comunidad también se ha dividido, como consecuencia de la división de la cosa común, en cuanto que la inicial comunidad se ve sustituida por otras tantas comunidades parciales como pisos se mantienen en el proindiviso particular que se afirma para cada uno. El art. 47.3 procede tanto si la comunidad sobre la casa se resuelve en adjudicaciones concretas de pisos por separado a los diversos y particulares dueños, como si se resuelve en la adscripción separada de pisos en comunidad a los mismos condóminos que eran y en las mismas o distintas cuotas que tenían (32).

Esta corriente doctrinal encuentra base en algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que, sin referirse especialmente al régimen de propiedad horizontal de un edificio, conceden el derecho de retracto a un inquilino cuando el edificio por entero pertenece en proindiviso a una comunidad y un comunero vende a los demás su parte respecto de un único apartamento, pues considera el TS que se ha producido una división de la cosa común (33). Algunos autores que han sostenido esta posición han precisado que, de todas maneras, es necesario distinguir si previamente existía una comunidad romana sobre la finca (arts. 392 y ss. del Cc.) o no existía por haber ordenado su régimen los interesados, desde un principio, por las reglas del régimen de propiedad horizontal (34).

También puede observarse una corriente doctrinal, que igualmente se basa en algunas decisiones de nuestro Tribunal Supremo, que niega el que por el simple hecho de someter un edificio al régimen de propiedad horizontal se produzca una división y una adjudicación del tipo contemplado en el art. 47.3 de la LAU (35).

(32) V. FUENTES LOJO, J. V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona 1964, pp. 332 y ss.; MONET Y ANTON, F., «El retracto del Retornista», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Volumen I, Madrid 1988, pp. 386-387, 390-398; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo 3.º, Barcelona 1968, p. 624; VENTURA TRAVESSET, A., *Derecho de Propiedad Horizontal*, Barcelona 1961, pp. 47 y ss.

(33) V. STS de 19-V-1961 (RA 2328), 30-VI-1962 (RA 3181); 15-VI-1964 (RA 3882). V. MONET Y ANTON, F., *loc. cit.*, pp. 392-397.

(34) MONET Y ANTON, F., *op. cit.*, pp. 382 y ss. y «Adquisición de pisos y locales en edificios por construir», Publicación del Colegio Notarial de Valencia 1968, pp. 48 y ss.; CÁMARA ALVAREZ, M., «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Acta del I Simposio de Propiedad Horizontal*, Valencia 1971, p. 46.

(35) V. ALVAREZ, J. L., «Título constitutivo de la propiedad horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado*, pp. 443 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «La contratación sobre edificio futuro», en *RDN*, 1967, p. 277.

La jurisprudencia no ha seguido una línea constante, es posible encontrar decisiones que no consideran tal fenómeno como una división (36), y otras que consideran que el sometimiento de un edificio al régimen de propiedad horizontal podría ser «soporte del ejercicio del derecho de retracto» (37).

En el ordenamiento jurídico italiano no encontramos una norma expresa que contemple este supuesto y la doctrina lo ha tratado en función de que pueda considerarse o no una transmisión o alienación a título oneroso. En este sentido, la mayoría de la doctrina, al afrontar el problema de la indicación de los negocios susceptibles de constituir presupuesto del derecho de tanteo, han omitido el caso de adjudicación por división de la cosa común, considerándolo improponible o, si lo han analizado, han llegado a la conclusión negativa, siempre y cuando no estemos en presencia de la división de una cosa común que se produce para su venta (38).

III. LIMITES OBJETIVOS AL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO

La LAU, en su art. 35 concede el derecho de tanteo al arrendador en caso de traspaso del local de negocio arrendado.

Mayores problemas interpretativos ofrece el art. 47.1 en el que se reconoce el derecho de tanteo al arrendatario «en los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros». La jurisprudencia, no obstante ha ido configurando una doctrina bastante uniforme al respecto. En este sentido, reiteradamente ha exigido, para que proceda el derecho de tanteo, la coincidencia entre lo que se vende y lo que es objeto del contrato de arrendamiento con el tanteante (39).

No obstante, en los casos en los que se vende una parte de una finca o una finca, de la que el objeto del arrendamiento constituye sólo una parte, el criterio fundamental, en base al cual determina si cabe o no ejercicio del tanteo respecto de la parte arrendada, es el de la inde-

(36) V. STS de 28-III-1974 (RA 1203); 6-X-1989 (RA 6894).

(37) V. STS de 27-III-1989 (RA 2200).

(38) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 215; FURGIUELE, G., *Contributo allo studio della struttura delle prelezioni legali*, Milano 1984, pp. 22 y 23; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 66-67 (este último autor niega la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo por división de una cosa común y posterior adjudicación, pues, aun cuando se pudiera hablar de alienación o transmisión no puede considerarse realizada a título oneroso, no existiendo una contraprestación, un precio que a paridad de condiciones el arrendatario debería de corresponder.); VARRONE, M., *loc. cit.*, pp. 214-215. En este sentido, v. Cass., 24-X-1983, n. 6256, en *Giust. civ.* 1984, I, 787.

(39) V. STS de 17-II-1961 (RA 890); 9-X-1962 (RA 3632); 29-IX-1964 (RA 4095); 29-I-1966 (RA 228); 20-XII-1969 (RA 6197); 6-X-1972 (RA 3935); 24-V-1982 (RA 2591).

pendencia de las distintas partes. Es decir, solamente se admite en caso de que el objeto del arrendamiento sea una parte integrante de una unidad superior creada por agrupaciones de otras unidades perfectamente independientes y diferenciadas y, en este caso, el alienante deberá notificar el precio de cada una de las partes (40). En este sentido, la jurisprudencia no admite el ejercicio del derecho de tanteo aun cuando goce de una cierta independencia el inmueble arrendado, si las demás partes de esa unidad superior que se vende no gozan de tal independencia (41). De ahí que generalmente la jurisprudencia niegue la posibilidad de ejercitar tal derecho cuando lo que se vende es más amplio de lo arrendado (42), exceptuándose sólo la hipótesis de agrupación de unidades todas ellas independientes. Además, el Tribunal Supremo ha declarado que tal independencia debe deducirse de sus condiciones físicas, de su naturaleza, límites y destino y del contrato de arrendamiento, no pudiéndose negar tal unidad por el hecho de que se permita a cada una de las edificaciones o inmuebles una utilización independiente y por la asignación de una numeración concreta que puede deberse a efectos de identificación administrativa (43). En esta línea, reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, igualmente, que en el examen de la independencia del inmueble prevalecerá la realidad física sobre la registral (44).

La jurisprudencia también se ha pronunciado de forma uniforme y reiterada negando la admisibilidad del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en los casos de venta de un edificio entero por un precio (45).

La doctrina española también en esta materia ha seguido muy de cerca la doctrina jurisprudencial (46).

(40) V. STS de 25-III-1969 (RA 1588); 22-IV-1969 (RA 2201); 14-VI-1969 (RA 3430); 5-XII-1969 (RA 5950); 7-III-1970 (RA 1436); 9-XII-1970 (RA 5465); 8-V-1971 (RA 2007); 15-VI-1974 (RA 3256); 5-I-1981 (RA 110) y 26-III-1988 (RA 4341).

(41) V. STS de 12-III-1969 (RA 1232); 14-VI-1969 (RA 3430); Audiencia Territorial de Granada, 15-II-1985 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1008).

(42) V. STS de 11-XII-1970 (RA 5511); 27-III-1989 (RA 2200); Audiencia Territorial de Madrid de 21-IV-1982 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1007); Audiencia Territorial de Pamplona 4-VI-1984 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1007); Audiencia Territorial de Cáceres 13-II-1985 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1008); Audiencia Territorial de Madrid 13-X-1987 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 994).

(43) V. STS 26-V-1988 (RA 4341).

(44) V. STS de 20-II-1960 (RA 921); 26-III-1960 (RA 1656); 28-II-1961 (RA 912); 31-I-1963 (RA 882); 5-XII-1969 (RA 5950); 8-V-1971 (RA 2007); 5-I-1981 (RA 110); 26-III-1988 (RA 4341).

(45) V. STS de 3-XI-1959 (RA 4873); 20-II-1960 (RA 921); 12-XI-1960 (RA 3475); 30-VI-1962 (RA 3181); 8-V-1968 (RA 2431); 22-IV-1969 (RA 2201); 5-I-1981 (RA 110); 24-V-1982 (RA 2591); 30-IV-1985 (RA 1010); 17-I-1989 (RA 104).

(46) V. especialmente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 365-366; AZPIAZU, J., *loc. cit.*, pp. 155 y ss.; CARRETERO, T., «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la propiedad», en *RCrDJ* 1957, pp. 780 y ss.; Díez PICAZO, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 570; INFANTE LOPE, J., *Todo sobre derechos y deberes del inquilino*, Barcelona 1983, pp. 117-118; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 120-127; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, pp. 356-359.

Esta exigencia de coincidencia entre el objeto del derecho de tanteo y el objeto de la relación arrendaticia también ha sido observada por la jurisprudencia italiana (47). En cuanto a la venta de una pluralidad de inmuebles, la jurisprudencia italiana ha usado el criterio de la independencia de la que puedan gozar cada uno de estos inmuebles, para determinar si el arrendatario de uno de ellos puede ejercitar el tanteo respecto del bien arrendado (48). En ocasiones, la jurisprudencia ha extendido el derecho de tanteo a bienes que no eran objeto del contrato de arrendamiento, pero les unía, respecto al inmueble arrendado, una relación de pertenencia (49). La doctrina italiana ha seguido muy de cerca en estos puntos a la jurisprudencia (50).

Por lo que se refiere al ejercicio de tanteo en caso de venta de todo el edificio, la Casación italiana es constante y uniforme en negar esta posibilidad (51). No presenta la misma uniformidad la doctrina italia-

(47) V. Cass. 24-X-1983, n. 6256, en *Giust. civ.* 1984, I, 787; Cass., 27-III-1984, n. 2023, en *Foro it.* 1984, I, 2477; Cass., 16-XII-1985, n. 6382, en *Arch. locazioni* 1986, 261; Cass., 10-IV-1986, n. 2521, en *Giust. civ.*, 1986, I, 2839; Cass., 23-VII-1986, n. 4729, en *Nuova giur. civ.* 1987, I, 93; Cass., 24-II-1987, n. 1934, en *Arch. locazioni* 1987, 280; Cass., 28-VII-1987, n. 6528, en *Arch. locazioni* 1987, 649; Cass., 21-V-1988, n. 5550, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 23-VI-1989, n. 2992, en *Giust. civ. Mass.* 1989; Cass., 30-X-1990, n. 10484, en *Giust. civ. Mass.*, 1990.

(48) V. Cass., 9-V-1986, n. 3094, en *Giur. it.* 1987, I, 1, 1054; Cass., 23-VII-1986, n. 4729, en *Giust. civ.* 1987, I, 594; Cass., 24-II-1987, n. 1934, en *Arch. locazioni* 1987, 280; Cass., 23-VI-1989, n. 2992, en *Giur. it.* 1990, I, 1, 62; Cass., 19-V-1990, n. 4519, en *Riv. giur. edilizia*, 1990, I, 51; Cass., 30-X-1990, n. 10484, en *Giust. civ. Mass.* 1990.

(49) V. Cass., 23-VII-1986, n. 4729, en *Nuova giur. civ.* 1987, I, 93; Cass., 30-X-1990, n. 10484, en *Giust. civ. Mass.* 1990.

(50) V. CAPUTO, E., *op. cit.*, p. 68; MAJELLO, P., «La prelazione: il caso della c.d. vendita in blocco dell'edificio», en *Riv. notar.* 1984, p. 105; SPALLANZANI, D., «La vendita dell'intero stabile e la prelazione urbana», en *Riv. notar.* 1984, p. 203; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 43 y ss. (este último autor añade que la hipótesis de alienación conjunta del inmueble arrendado y de un local que podría desempeñar función de pertenencia, pero que actualmente no tiene tal destinación, se asimila a la venta de un conjunto de cosas. Será necesario valorar la posibilidad de tanteo según el criterio de la independencia), VARRONE, M., *loc. cit.*, p. 214. En cuanto a la posibilidad de ejercitar tal derecho en caso de venta de la nuda propiedad solamente, algunos autores no la reconocen (v. TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 49-50, App. Venezia, 7-IV-1989, en *Vita not.*, 1989, 167) y, sin embargo, otros se inclinan por la opinión afirmativa (v. CAPUTO, E., *op. cit.*, p. 69; TERZAGO, G., *Diritto di prelazione e riscatto*, Milano 1980, p. 14).

(51) V. Cass., 24-X-1983, n. 6256, en *Foro it.* 1983, I, 3004; Cass., 30-X-1984, n. 5561, en *Rass. equo canone* 1985, 56; Cass., 16-XII-1985, n. 6382, en *Arch. locazioni* 1986, 261; Cass., 23-VII-1986, n. 4729, en *Nuova giur. civ.* 1987, I, 93; Cass., 21-V-1988, n. 3550, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 23-VI-1989, n. 2992, en *Giust. civ.* 1989, I, 2571; Cass., 28-X-1989, n. 4519, en *Giust. civ. Mass.* 1989; Cass., 25-XI-1989, n. 5118, en *Giust. civ. Mass.* 1989; Cass., 25-XI-1989, n. 5119, en *Giust. civ. Mass.* 1989.

V., además, Cass., 16-VI-1986, n. 3993, en *Giust. civ. Mass.* 1986; Cass., 4-VII-1986, n. 4409, en *Giust. civ. Mass.*, 1986; Cass., 29-VII-1987, n. 6576, en *Arch. locazioni* 1987, 644. En estas últimas decisiones la Casación italiana reitera la exclusión del derecho de tanteo en caso de venta del edificio completo del que el inmueble arrendado forma parte, si bien advierte que se le reconoce al arrendatario la posibilidad de demos-

na, ni los tribunales de instancia. Las soluciones ofrecidas por estos últimos son esencialmente cuatro: exclusión del derecho de tanteo (52), reconocimiento de este derecho respecto del edificio en su totalidad (53), admisión del ejercicio del tanteo, pero objeto de ello será sólo y exclusivamente el bien arrendado (54), reconocimiento del derecho de tanteo que, en principio, debería ejercitarse únicamente sobre el bien arrendado, a no ser que, de esta forma, el valor del bien en su integridad se perdiera y, en cualquier modo, se derivase un daño para el propietario, pues en este caso se tendrá que ejercitar sobre todo el edificio (55).

IV. MOMENTO HASTA EL QUE SE PODRÁ EJERCITAR EL DERECHO DE TANTEO

Otra cuestión que ha suscitado un vivo debate en la doctrina española, a diferencia de la italiana, consiste en la determinación del momento a partir del cual no cabe un ejercicio del derecho de tanteo sino

trar que la cesión, en un único acto, de una pluralidad de bienes supone una simulación, así como la mala fe de los contratantes que hayan añadido a la venta del inmueble arrendado otros bienes con el fin de eludir la aplicación de la norma y hacer inútil el derecho del arrendatario.

(52) V. ALOISIO, R., *op. cit.*, pp. 444 y ss.; ALPA, G., «La prelazione legale nella vendita di un immobile che comprende, in compendio, quello locato», en *Giust. civ.* 1981, I, 2726; CERVELLI, F. M., «La prelazione nell'ipotesi di vendita dell'intero edificio», en *Giust. civ.* 1982, I, 2835; App. Milano 20-III-1981, en *Giust. civ.* 1981, I, 1758; A. Roma, 4-XI-1986, en *Temi rom.*, 1986, 676; T. Lucca, 9-V-1987, en *Arch. locazioni* 1987, 338.

BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 232-235, considera que, si bien parece razonable, en este supuesto, no conceder el derecho de tanteo, ello implica que, de alguna manera, tal derecho queda expropiado y es necesario dar una compensación o indemnización. En el momento de la venta en bloque, el arrendador originario debería de pagar lo mismo que establece la ley en caso de tener que indemnizar por la pérdida de aviamiento.

(53) V. BRAVI, D., «Vendita in blocco e prelazione locatizia», en *Arch. locazioni* 1980, p. 327; Trib. Torino, 30-I-1982, en *Arch. locazioni* 1982, 717; Pret. Varese, 22-2-1980, en *Giur. merito* 1980, I, 763.

(54) PEREGO, E., «La prelazione legale nella vendita in blocco di edifici», en *Giust. civ.* 1981, II, 1763; PREDEN, R., «Ammissibilità della prelazione parziaria del conduttore nel caso di vendita di intero edificio», en *Giust. civ.* 1980, II, 237; ZANCHI, D., «Sull'ammissibilità della prelazione parziale del conduttore in caso di vendita in blocco dell'immobile», en *Dir. giur.* 1981, 791; Trib. Milano, 30-IX-1982, en *Giur. it.* 1983, I, 2, 480; App. Venezia, 16-VII-1983, en *Foro it.* 1983, I, 3005; T. Rimini, 5-III-1982, en *Riv. Not.* 1983, 153; T. Padova, 6-II-1986, en *Giust. civ.* 1990, I, 831; App. Venezia, 28-VIII-1989, en *Arch. locazioni* 1990, 277.

(55) V., especialmente, LECCESE, E., «La prelazione del conduttore nella vendita in blocco dell'immobile», en *Prelazione... cit.*, pp. 298 y ss. Esta autora señala que una cierta orientación de la jurisprudencia hacia su tesis se puede observar en Cass., 24-X-1983, n. 6256, en *Foro it.* 1983, I, 3004 y ss., pues, aunque esta decisión se alinea en la tesis negativa, en la motivación de la sentencia se afirma que una correcta aplicación del citado art. 38 exigirá tener en cuenta caso por caso y resolverse en relación a cada concreta hipótesis, sobre todo, por la necesidad de verificar que la unidad del acto de venta no sea un medio para eludir las normas sobre el tanteo.

del derecho de retracto. Cuestión que se plantea dada la eficacia obligatoria del contrato de compraventa en nuestro ordenamiento (56). La compraventa no produce por sí misma efectos jurídicos reales. Es título válido para justificar una entrega, una «traditio» que, junto con dicho título, constituirá un procedimiento de transmisión de propiedad. Se plantea el problema de determinar si la celebración del contrato de compraventa, incluso, sin que contemporáneamente se produzca la «traditio» y, por tanto, la transmisión de la propiedad, es suficiente para legitimar la acción de retracto, o todavía, hasta que se produzca tal transmisión, podrá ejercitarse el derecho de tanteo.

El texto de los arts. 47 y 48 de la LAU no nos ofrece una respuesta unívoca. El art. 47.1 de la LAU establece como punto de referencia para el inicio del cómputo del plazo, para el ejercicio del derecho de tanteo, la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, dando lugar a una primera interpretación en el sentido de que se refiere a momentos anteriores a la perfección de la venta. Sin embargo, el art. 48.1 de la LAU se refiere en todo momento a la transmisión y el art. 48.2 señala, como inicio del cómputo para el ejercicio del derecho de retracto, la notificación que, en todo caso, exige realice «el adquirente al inquilino arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada». Este último texto normativo parece dar por hecho una adquisición de la propiedad.

Como hemos tenido ya ocasión de observar, la redacción del art. 47.1 de la LAU recoge fundamentalmente la dicción que ofrecían las anteriores LAU, las cuales se referían a la venta y la cesión solutoria. Y a su vez esta normativa recogía, esencialmente los supuestos que regula el Cc. en los arts. 1521 y siguientes. Será interesante analizar, por tanto, si el Código civil aclara la interpretación. Para ello pasaremos un rápido análisis a los antecedentes históricos de dicho art. 1521 del Cc.

El Proyecto de Código civil de 1836, en sus arts. 1152 y 1153 fijaba el momento de actuación del tanteo en la «celebración de la compraventa». No obstante, el art. 1175 del mismo proyecto afirmaba que el retracto actuaba una vez producida la transmisión. Sin embargo, el art. 1172 declaraba que el retracto producía el efecto de subrogación del retrayente en lugar del comprador, considerándose la venta primera como hecha a favor de aquél. En el Proyecto de Código civil de 1851 desaparece toda alusión al tanteo a pesar de mantener el retracto en la misma sede sistemática que su antecedente de 1836. Es decir, como apéndice al contrato de compraventa. No obstante, en este segundo

(56) En el ordenamiento jurídico italiano, la compraventa produce efectos reales (cfr. art. 1470 del «Codice civile»). Sólo en tres casos produce únicamente efectos obligatorios: cuando se trata de venta de cosa futura (cfr. art. 1472 «Codice civile»), de venta de cosa ajena (cfr. art. 1478 «Codice civile») y de venta de cosa determinada sólo por su pertenencia a un género (cfr. art. 1178 «Codice civile»). No obstante, estos últimos supuestos quedan fuera de las figuras jurídicas que, en este momento, analizamos.

proyecto la sistemática era diversa, pues contenía la disciplina del retracto en un capítulo que denominaba «De la resolución de la compraventa» en la que incluía una primera Sección, dedicada al «Retracto convencional», y una segunda al «Retracto legal», disciplinando en la primera, en realidad, el pacto de retro, provocando así una cierta confusión, que luego se reflejará en el Cc. actual, al aparecer el pacto de retro y el retracto como especies de un mismo género.

Algunos autores han explicado la falta de alusión del derecho de tanteo en el carácter del sistema de transmisión de los derechos reales, previsto en el Proyecto de 1851, que introduce un sistema «consensual» de transmisión, que prescindía de la tradición como requisito indispensable (art. 548). Estos autores consideran ejercitable el derecho de tanteo una vez que se ha perfeccionado el contrato, de ahí que, en este caso, les parezca inútil su disciplina (57).

No obstante, este Proyecto continua en su art. 1450 refiriéndose al retracto como derecho a subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago. Paradójico supuesto que produciría una subrogación en una situación jurídico real.

Esta oscuridad se desplaza, a través del anteproyecto de 1882-1888 hasta el Código civil, en el que destacan los siguientes aspectos: mantenimiento de la confusión sistemática; consideración, en el art. 1506 «in fine» del retracto como causa de resolución; descripción en el art. 1521 de la actuación de ese derecho como una «subrogación»; olvido del derecho de tanteo en esta sede. Olvido que no puede explicarse ni siquiera por las razones que algunos autores han señalado respecto del Proyecto de 1851, pues el art. 609 del Cc., en su párrafo segundo «in fine», establece un sistema transmisivo de corte romano (58).

Además incorpora un derecho de adquisición preferente inexistente en los antecedentes citados, el de colindantes. Genera una heterogeneidad en los puntos de referencia tenidos en cuenta por las diferentes hipótesis legales de los diversos retractos. Así la identificación de la figura jurídica en la que encuentra soporte el retracto en los arts. 1522 (referido al retracto de comuneros) y 1656. 6.º (retracto en los foros) se realiza desde una óptica real (art. 1522: ... «en el caso de enajenarse...», art. 1656. 6.º: «... en las enajenaciones...») Y, sin embargo, en los art. 1523 (retracto de colindantes) y 1636 (retracto enfiteúutico) esta figura es obligacional (art. 1523: «... cuando se trate de la venta...», art. 1636: «... siempre que vendan o den en pago...»). Por su parte el art. 1521 (referido al retracto en general), define el derecho de retracto como el derecho de subrogarse, lo cual hace pensar en una posición obligatoria aún existente y, sin embargo, añade que tal subrogación se realizará en lugar del «que adquiere», posición individualizada desde una óptica real. Por otra parte, el art. 1506 «in fine» del Cc. con-

(57) V. COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, pp. 46-48.

(58) V. COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, pp. 48-49.

sidera el retracto causa de resolución de la compraventa. No aporta el Código civil más datos para resolver esta cuestión que, al contemplar el retracto en general, se limita a ofrecer una breve regulación de los presupuestos y plazos de ejercicio de los retractos legales.

La doctrina y la jurisprudencia, conscientes de la impropiedad y brevedad con la que el Código civil aborda los derechos de tanteo y retracto y tomando en consideración los motivos históricos de la confusión y oscuridad, han intentado ofrecer una interpretación lógica y sistemática. En este sentido, se ha considerado que la Sección II del Capítulo VI, Título IV, libro IV del Código, si bien sólo menciona el retracto, va referida también al tanteo. Sin embargo, como es sabido y la doctrina lo ha destacado, el retracto convencional definido en el art. 1507 y el legal del art. 1521 no constituyen una misma institución diferenciada sólo por el origen, voluntario, el primero, y legal, el segundo. Con el mismo nombre de retracto se regulan figuras distintas que tienen en común el nombre y que comparten la aplicación de algunos preceptos (por la remisión del art. 1525 a los arts. 1511 y 1518 del Cc.).

En orden a la cuestión que analizamos, en doctrina y jurisprudencia, podemos observar las dos posturas, la que considera como límite para el ejercicio del derecho de tanteo la celebración del contrato y la que, sin embargo, permite su ejercicio hasta que se produce la transmisión de la propiedad.

La corriente doctrinal que considera que la celebración del contrato marca el límite temporal y funcional para el ejercicio del derecho de tanteo se apoya fundamentalmente en la literalidad de la ley, pues tanto la LAU, como el Código civil, cuando disciplinan el retracto en general, se refieren a venta o dación o cesión en pago y en la referencia que el Código civil realiza al derecho de retracto, al que califica como derecho a subrogarse, subrogación que sólo tendría sentido mientras exista todavía una posición jurídico-obligatoria (59). Algunos autores consideran que también avalan esta posición razones de conveniencia y utilidad jurídica, puesto que un derecho debe tenerse por nacido y poder ejercitarse desde el momento que se dan todas las condiciones para su existencia, sin necesidad de supeditarlo a posteriores efectos llevados a cabo por terceras personas. Además, encuentran confirmación de su tesis en la necesidad de procurar en lo posible la estabilidad en los negocios jurídicos del tráfico económico (60).

Asimismo es posible observar una corriente doctrinal, que podemos calificar como mayoritaria en la actualidad, que admite el ejercicio del derecho de tanteo hasta el momento que el tercero adquiere la propiedad, pues considera que es esta adquisición lo que realmente viola el derecho de tanteo. En este momento se producen los efectos

(59) V. CLEMENTE DE DIEGO, F., «Consulta», en *RDP*, 1929, pp. 335-344; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 100-101.

(60) V. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 100-101.

que el legislador pretende supeditar a la voluntad del arrendatario de no querer hacer prevalecer su preferencia. Además, esta doctrina ha criticado el uso de la terminología que presenta el Código civil al referirse a la subrogación en caso de retracto (61).

La jurisprudencia, en un principio, pudo considerarse vacilante. No obstante, cuando parece haberse inclinado por la teoría de la perfección, lo ha hecho sin pronunciarse expresamente sobre esta cuestión (62) y, cuando se ha inclinado por la otra teoría, lo ha hecho respondiendo expresamente a esta problemática. Además, si en un principio podía considerarse, como hemos señalado, que la jurisprudencia se había mostrado vacilante, posteriormente y en la actualidad, se ha manifestado decididamente por la segunda teoría (63).

El derecho de tanteo podrá ejercitarse hasta que la propiedad se transmita a un tercero. Esta conclusión se combina perfectamente con el sentido y finalidad propios del derecho de retracto que, en definitiva, es el poder de adquirir un bien incluso cuando ha salido del patrimonio del obligado, violándose el derecho de tanteo. El derecho de retracto es un mecanismo protector de la adquisición preferente a que tiene derecho el tanteante. Mecanismo que ofrece una posibilidad de satisfacer tal derecho, concediendo una protección que el ordenamiento no concede de otro modo. Al pasar el bien al patrimonio de un tercero, momento en que el derecho de tanteo, como poder de adquirir con preferencia la propiedad y excluir así la adquisición de un tercero, se vería violado definitivamente, el tanteante no tendría medios jurídicos para oponer su derecho, en caso, especialmente, de buena fe de este tercero y quedaría reducido el ejercicio del derecho de adquisición preferente al resarcimiento de daños y perjuicios, al contenido de una obligación. Sin embargo, el legislador pretende proteger tal adquisición con una tutela realmente efectiva, ya que, de otra forma, sería excesivamente fácil poder impedir la satisfacción del derecho de adquisición preferente. Para ello, concede a su titular, en caso de violación del derecho de tanteo, una protección particular que el ordenamiento no le concede de otro modo: la posibilidad de dirigirse frente a terceros ad-

(61) ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 331, 335, 345; ARECHEDERRA ARANZADI, L., «Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal», en *RDJ* 1980, p. 124; AZPIAZU, J., *loc. cit.*, p. 86; BADENES GASSET, R., *op. cit.*, p. 7; CARRETERO, T., *loc. cit.*, p. 789; COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, pp. 36-37, 54 y ss.; DíEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 563; FIGA FAURA, L., «El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado», en *RDJ* 1948, p. 881; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 106; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 585; HIJAS PALACIOS, J., *loc. cit.*, p. 539; PACANOWSKA GONZÁLEZ, I., «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia 1989, pp. 324 y ss.

(62) V. STS de 27-X-1933 (RA 416); 12-VI-1951 (RA 3029).

(63) V. STS de 19-XII-1935 (RA 2464); 20-V-1943 (RA 572); 6-II-1965 (RA 529); 19-XII-1968 (RA 5886); 28-III-1969 (RA 1653); 25-X-1969 (RA 4982); 30-X-1969 (RA 5057); 19-I-1971 (RA 217); 23-I-1971 (RA 289); 22-II-1974 (RA 646); 21-IV-1975 (RA 1820); 20-VI-1980 (RA 3079); 30-IV-1985 (RA 2004); 29-IV-1986 (RA 2066).

quirentes, terceros que pueden haber adquirido de buena fe y que, incluso, pueden haber inscrito su título en el Registro de la Propiedad.

De ahí que entendamos con la mayoría de la jurisprudencia y gran parte de la doctrina que el retracto podrá ejercitarse una vez adquirida por parte de un tercero la propiedad (64).

Se pueden observar, por tanto, supuestos en los que se ha celebrado un contrato de compraventa entre el propietario alienante y un tercero, contrato en virtud del cual el alienante está obligado a entregar el bien, y no haberse realizado todavía dicha entrega. Es posible, además, que, en un supuesto de este tipo, el titular del derecho de tanteo ejercite su derecho. Nos encontramos ante la presencia de dos esquemas de adquisición de la propiedad sobre un mismo bien. La solución que nuestro ordenamiento jurídico ofrece al posible conflicto entre tales esquemas adquisitivos está estrechamente unida a la naturaleza que se atribuya al mecanismo de adquisición de la propiedad que implica el ejercicio del derecho de tanteo. De ahí que dejemos la cuestión abierta y la abordaremos al explicar aquel procedimiento adquisitivo.

Y además, con la interpretación que admite el ejercicio del derecho de retracto al estipularse el contrato, aun cuando no haya habido «traditio», se llegaría a la paradoja de dirigir una acción de retracto, que fuerza una transmisión de la propiedad, frente a una persona que no ha adquirido todavía y, por tanto, no es propietario. Algunos autores han acudido para rechazar la posición que hemos apoyado a la alusión que el Código civil hace, en tema de retracto, al efecto subrogatorio que éste produce, lo cual sólo tiene sentido en caso de vigencia de una relación contractual no consumada. Sin embargo, consideramos, como observaremos más adelante, que, en ningún caso se puede reconocer una subrogación en el ejercicio del derecho de retracto.

De todas maneras, estimamos muy interesante la STS de 8-VII-1974 (65), en orden a la protección del titular de la adquisición preferente, más allá de las posibles complicaciones que el alienante o tercero puedan realizar, aprovechándose de esta posibilidad de celebrar un contrato sin transmisión de la propiedad, para burlar el derecho del tanteante o retrayente, ya que es posible que dicho sujeto tenga conocimiento de un contrato de venta en escritura privada y no de la posterior escritura pública, o no sepa realmente si ha habido o no «traditio» válida.

En esta sentencia se realiza una interpretación de los hechos, quizás, algo forzada, considerando realizada la «traditio» con el fin, funda-

(64) Es interesante observar, no obstante, que lo que en realidad se exige es la salida del inmueble del patrimonio del alienante y su adquisición por el tercero. Puede ser que este momento ni siquiera coincida con la total consumación del contrato de venta, pues es posible ejercitar el retracto aun cuando se ha aplazado el precio, si ya se ha transmitido la propiedad (V. FIGA FAURA, L., *loc. cit.*, pp. 880 y ss.; HILAS PALACIOS, J., *loc. cit.*, p. 540).

(65) RA 3555.

mentalmente, de reconocer el derecho de retracto ejercitado por el actor frente a la pretensión de los demandados, que intentan frustrar dicho ejercicio, negando la realización de la «traditio» y, por tanto, la existencia de los presupuestos del retracto. El Tribunal Supremo da por consumada la venta aunque sólo se ha presentado una escritura privada y el inmueble sigue ocupado por el arrendatario, basándose en una comunicación, hecha por la vendedora al arrendatario, de la venta y del nuevo propietario al que deberá dirigirse para el pago del alquiler. Deduce de tal comunicación que la posesión mediata se ha transmitido. Insiste esta sentencia en la necesidad de interpretar las normas que regulan el tanteo y el retracto en la LAU teniendo presente siempre la finalidad protectora del inquilino y arrendatario, que caracteriza tal ley. Interpretación que se orientará a evitar que puedan prevalecer maniobras o argucias encaminadas a crear situaciones que dificulten el derecho de un arrendatario, a facilitar el logro de un resultado contrario a la justicia, pues ello equivaldría a tutelar la mala fe y la posibilidad de burlar legítimos derechos establecidos por la ley en favor del arrendatario.

V. INTRODUCCIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE TANTEO

Tradicionalmente la doctrina española ha venido considerando el derecho de tanteo como un derecho real, derecho real de adquisición preferente. Inspirándose en la doctrina alemana, se ha considerado que este tipo de derecho constituye una categoría independiente de derecho real (66). Entre los derechos reales se han distinguido diversas categorías: derecho de propiedad y derechos limitativos de la propiedad, y, entre estos, se distinguen, a su vez, los que limitan el uso y disfrute y los que limitan la facultad de disposición. Entre estos últimos se pue-

(66) V. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 329-330; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», en *ADC* 1965, pp. 979-980; ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Los derechos... loc. cit.*, pp. 124, 130; BADENES GASSET, R., *op. cit.*, pp. 25-28; CASALS COLLECARRERA, M., *op. cit.*, p. 50; DE LA RICA, R., «El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», en *RCrDI* 1979, pp. 1037-1038; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 100; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, pp. 547, 587; GÓMEZ CALERO, J., «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español», en *RDP*, 1963, pp. 776-778; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 25 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDEZ, C., «Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente (Comentario a la Sentencia de 3 de abril de 1981)», en *ADC* 1983, p. 301; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, pp. 337-338, 355 (si bien este autor añade que quizás sea conveniente buscar una nueva concepción de estos derechos, distinguiendo sus aspectos obligacional y real). V., además, STS de 6-II-1947 (RA 142); 12-XI-1963 (en *ADC* 1965, pp. 955-956); 10-II-1966 (RA 447); 3-XII-1970 (RA 5356); 3-IV-1981 (en *ADC* 1983, pp. 299 y ss.).

den observar, por un lado, los de hipoteca y prenda y, por otro lado, los de adquisición preferente de la propiedad, incluyendo entre éstos el derecho de tanteo, el retracto y el derecho de opción (67).

La doctrina ha explicado tradicionalmente este encuadramiento y calificación a través de un estudio que se ha preocupado especialmente del derecho de retracto y de las notas que lo caracterizan. Entre éstas se han destacado, como reveladoras de su naturaleza real, en primer lugar, el objeto sobre el cual recae tal derecho, que se trata siempre de una cosa determinada y específica, su oponibilidad *erga omnes*, el poder de exclusión que conlleva y el poder de persecución del bien, incluso, frente a terceros (68).

Fundamentada la naturaleza real del derecho de retracto en estos argumentos, se ha interpretado que también pueden observarse en el derecho de tanteo pues se considera, generalmente, que participa de la misma naturaleza o esencia del retracto. Se tratarían de dos momentos de una figura de adquisición preferente (69).

En efecto, tanto el tanteo como el retracto recaen sobre un objeto determinado y específico. Y estos derechos se pueden ejercitar haciendo prevalecer la preferencia en la adquisición frente a cualquier persona que pretenda, desee, o haya ya adquirido. Otra cuestión es que esta constatación, especialmente referida a la tutela del derecho, de que participa de los caracteres de la tutela real nos lleve necesariamente a reconocer en estas figuras un derecho real, cuando, además, podemos observar otras características que se alejan de las que generalmente identifican a un derecho real.

En este sentido no es posible observar un poder directo e inmediato sobre la cosa, ni siquiera un poder jurídico (70). No depende del titular del derecho de tanteo el decidir cuándo ejercitarlo, incluso puede que no se encuentre en situación de ejercitarlo nunca, porque la transmisión, por ejemplo, se realice a través de esquemas contractuales que no son ni la venta, ni la cesión en pago. El bien puede circular, gravarse, sin que el titular del derecho de tanteo pueda oponer ningún poder sobre dicho bien inmueble. Tampoco puede ejercitarse, es decir, hacer valer este hipotético poder, en caso de que el inmueble arrendado for-

(67) V. GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 100.

(68) V., especialmente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 330; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, pp. 102-104; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 25 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *loc. cit.*, pp. 301 y ss.

(69) V. AMOROS GUARDIOLA, M., *loc. cit.*, p. 979; DE LA RICA, R., *loc. cit.*, 1038; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 15-16; LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 350; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, p. 337.

(70) En esta línea, v. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid 1986, p. 73 y ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Los derechos... loc. cit.*, p. 125. En contra expresamente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 330; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 30 y ss. y a este último autor se adhiere BADENES GASSET, R., *op. cit.*, pp. 27-28.

me parte de una unidad más amplia que se transmite como tal unidad. Se trata de un derecho instrumental, de un poder para adquirir la propiedad. Es decir, la facultad de adquirir la titularidad de un derecho real. Los derechos reales presentan en sí mismos su fundamento y, en las facultades que otorgan a su titular, encuentran su función, su finalidad. El derecho de tanteo es un derecho que otorga un poder de adquisición, un medio o instrumento para obtener un derecho real.

Es interesante, igualmente, notar que es un derecho destinado a no perdurar en el tiempo, en el sentido de que, si bien el arrendatario mientras siga siéndolo podrá ejercitarlo cuando se reúnan los presupuestos necesarios para ello, el ejercicio de tal derecho lo extingue. Esta observación se conecta con el carácter instrumental que señalábamos anteriormente. Al ser instrumento para adquirir un derecho real, al producirse su puesta en acción y facilitar tal adquisición, termina su función y con ella su vida.

El derecho de tanteo no concede un poder sobre la cosa, pues, al máximo, se podría hablar de un poder para adquirir un dominio sobre la cosa. Poder que, por los presupuestos necesarios para ser ejercitado, que quedan fuera del ámbito de la voluntad del titular, no puede realmente identificarse con el contenido de un derecho real sobre la cosa.

Mayor dificultad para ser encuadrado en una figura de ese género encuentra el derecho de tanteo y retracto que se reconoce al arrendador de un local de negocio en el caso de traspaso del local. En este supuesto, el arrendatario tiene intención de ceder por un precio el contrato de arrendamiento sobre un local de negocio. En esta hipótesis, el derecho de tanteo concede una preferencia en orden a la adquisición de una situación jurídico-contractual, cuyo contenido esencial, constituido por derechos y obligaciones, consiste en el derecho de usar la cosa arrendada con la obligación de destinarla al uso pactado y pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos. En este caso, la posibilidad de hacer recaer el poder que concede el derecho de tanteo sobre una cosa determinada y específica resulta todavía más difícil y artificioso (71). De hecho, algunos autores consideran este poder de naturaleza distinta a la de los ordinarios derechos de tanteo y retracto, como derechos de adquisición preferente de la propiedad (72). No obstante, todo ello demuestra que nos encontramos esencialmente ante una figura instrumental, un mecanismo dirigido a consolidar una situación jurídica nueva. Situación jurídica que podrá ser de naturaleza real u obligacional, lo que forzosamente hace que sean distintos los efectos

(71) No obstante, algunos autores españoles, igualmente, califican de derecho real esta figura, v., especialmente, ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Tanteo...*, loc. cit., pp. 27, 29.

(72) V. CORBO, N., *op. cit.*, pp. 303-304. Este autor se adhiere a la doctrina que, insistiendo en esta diferente naturaleza, consideran que sería más correcto usar, en este caso, el término de «preferencia» y distinguirlo de los derechos de adquisición preferente de la propiedad.

del uso de tal institución jurídica y, en la medida que tales efectos condicionen su naturaleza, será diferente también ésta. De todas maneras queda patente el carácter esencialmente instrumental de esta figura.

Consideramos, por tanto, que no puede catalogarse como derecho real, si bien no puede tampoco negarse que el legislador le atribuye una tutela que comparte aspectos esenciales con la tutela con la que protege a los derechos reales (73). De ahí que sea posible afirmar una tutela de efectos reales dispensada a un tipo de derecho que, sin embargo, se aleja sensiblemente, en cuanto a su naturaleza, de los derechos reales (74). No obstante, es importante tener en cuenta los debatidos y criticados límites de la figura del derecho real. En la actualidad, nos encontramos con ejemplos de derechos reales que ponen en tela de juicio ciertas cualidades consideradas tradicionalmente características de un derecho real. De ahí que todo intento de separación y distinción de un derecho subjetivo respecto del derecho real se vea afectado de esta afirmación relativa de contornos.

Algunos autores españoles, que reconocen los importantes puntos que alejan tal derecho de los derechos reales, califican el derecho de tanteo y de retracto como limitaciones legales de la propiedad (75). Más concretamente limitaciones a la facultad de disposición del titular de la propiedad, que ve vinculada su facultad de transmitir, en determinados casos, al sujeto que él considere, pues verá canalizada la dirección de su voluntad hacia el sujeto que la ley le impone preferir.

Efectivamente la existencia del derecho de tanteo supone una cierta limitación de la facultad de disponer del propietario o, en su caso, del arrendatario sobre la propia situación jurídica derivada del contrato de arrendamiento de local de negocio. Sin embargo, no consideramos esta calificación suficiente para explicar la naturaleza jurídica de esta figura. Supone analizarla sólo desde el punto de vista de los efectos que produce en la esfera de poder del propietario o arrendatario, es decir, del sujeto que aliena. Sin embargo, no queda claro la naturaleza del poder o facultad que se concede al titular del derecho de tanteo. Con su ejercicio se condiciona de alguna manera al alienante, pero constatar este efecto no agota la naturaleza de esta institución. Se limita el poder de alienante, pero a través de un instrumento particular que concede un determinado poder a otro sujeto, un poder concreto que producirá efectos inmediatos en la esfera jurídica del sujeto alienante, que podrán

(73) V. Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, pp. 42-46, 73.

(74) En Italia, la doctrina y la jurisprudencia admiten sin discusiones que no nos encontramos ante un derecho real, sino ante una figura instrumental para la adquisición, en su caso, de un derecho real. No obstante esta unanimidad, no se puede observar acuerdo en la naturaleza obligacional o potestativa de la facultad que la ley concede al tanteante (v. MOSCARINI, L. V., «Riflessioni conclusive: Categorie civilistiche della prelazione», en *Prelazione... cit.*, pp. 717-718; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 42, 179.

(75) LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, pp. 347 y ss. y ROCA SASTRE, R. M., *op. cit.*, p. 602. V. además, STS de 27-IX-1962 (RA 3786); 2-IV-1985 (RA 1679).

agruparse en su conjunto como una limitación del poder de disposición, pero que es necesario individualizar. Será preciso, por tanto, detenerse en el análisis de cada uno de los elementos y fases que intervienen en el nacimiento, ejercicio y eficacia de tal derecho, para poder determinar sus presupuestos, sus requisitos intrínsecos, los efectos que derivan de su ejercicio. Sólo así podremos poner de manifiesto la naturaleza de tal derecho (76).

En este análisis la atención se dirigirá especialmente a los aspectos de carácter estructural. El examen se centrará sustancialmente en los presupuestos para el nacimiento de este derecho, los actos a través de los cuales el derecho de tanteo se ejercita y los efectos que conlleva. Son en realidad los aspectos de su configuración en los que es posible encontrar mayores incertezas interpretativas.

VI. NATURALEZA DEL ACTO DE COMUNICACION DEL ALIENANTE

El primer acto al que se refiere el legislador en el procedimiento de ejercicio del derecho de tanteo es la notificación fehaciente, por parte del alienante, de la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado (art. 47.1 de la LAU) o, en su caso, de traspasar el local de negocio (art. 35.1 de la LAU). Es necesario, por tanto, plantearse la naturaleza de dicho acto, así como sus efectos. Ni la doctrina española, ni la jurisprudencia han sido muy explícitas en esta materia.

En Italia, sin embargo, este tema ha sido objeto de un interesante debate en la doctrina, avivado, además, por una serie de decisiones jurisprudenciales contrapuestas. Partiendo de presupuestos normativos, en este punto, análogos a los ofrecidos por la ley española de arrendamientos urbanos, es posible observar una pluralidad de interpretaciones. En términos generales se pueden agrupar las distintas explicaciones que doctrina y jurisprudencia italianas han ofrecido sobre la naturaleza del acto de comunicación, en varias líneas de pensamiento:

Algunos autores consideran que, en realidad, dicha comunicación encierra una oferta contractual que el alienante realiza al arrendatario (77).

(76) V. *infra* epígrafe VII.

(77) V. BUSONI, A., y SALSÌ, P., «Sulla natura giuridica della "denuntiatio" nella prelazione urbana», en *Corriere giuridico* 1990, p. 469; CAPUTO, E. *Natura giuridica della denuntiatio*, en *Giust. civ.* 1983, I, 1332; CASAROTTO, G. G., «I nuovi problemi della prelazione urbana», en *Riv. dir. civ.* 1978, II, pp. 633 y ss.; SCOGNAMIGLIO, C., «Osservazioni sulla natura della comunicazione del locatore "ex" art. 38.1, n. 392 del 1978», en *Giur. it.* 1986, I, 1, 1383-1384; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 101 y ss.; Cass., 24-X-1983, n. 6256, en *Foro it.* 1983, I, 3004; Cass., 16-VI-1988, n. 4103, en *Giust. civ.* 1988, I, 2585; T. Roma, 15-VI-1981 n. 5364, en *Temi rom.* 1981, II, 228; T. Rieti 17-IV-1987, en *Giust. civ.* 1987, I, 1543.

Otros autores consideran que se trata, sin embargo, de una comunicación que no tiene más finalidad que la de poner en conocimiento del arrendatario un evento. Evento que permite el ejercicio del derecho de tanteo. No nos encontraríamos ante una declaración negocial, ante una propuesta de contrato, sino ante una declaración de ciencia que participa al arrendatario de la existencia de los presupuestos de hecho necesarios para ejercitar su derecho (78).

Otros autores han considerado que, en esta comunicación, se manifiesta una invitación dirigida al arrendatario para que éste realice una oferta en las condiciones indicadas (79).

Cada una de estas concepciones implica una serie de consecuencias de gran relevancia. Y, sobre todo, partiendo de estas distintas concepciones de la naturaleza del acto de comunicación del arrendador, la doctrina y la jurisprudencia han ofrecido diferentes explicaciones del modo de adquisición de la propiedad por parte del arrendatario.

Sin embargo en España, la mayoría de la doctrina, sin definir la naturaleza de este acto, lo interpreta esencialmente como punto de referencia para el cómputo del plazo de ejercicio del derecho de tanteo, como parece deducirse de la literalidad de los arts. 35.1 y 47.1 de la LAU (80) y como acto tendente a poner en conocimiento del arrendatario todas las circunstancias concurrentes en la transmisión proyectada, para que el arrendatario pueda, a su vez, ejercitar el derecho de tanteo (81).

Algunos, si bien escasos, autores y el Tribunal Supremo, en ciertas ocasiones, han parecido indicar que tal notificación constituiría una oferta (82), si bien no puede observarse una afirmación clara de la identidad del contenido y efectos de ambos actos en general.

(78) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 264-265; FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 39-41; GIARDINI, P. M., *op. cit.*, pp. 263-264; PIERALLINI, L., «Contenuto della denuntiatio nella prelazione legale e volontaria», en *Riv. notar.* 1983, 1138-1140; MOSCARINI, L. V., *op. cit.*, p. 723; NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 74-75, 83-84. Cass., 9-V-1985, n. 2897, en *Foro it.* 1985, I, 3105; Cass., 26-X-1985, n. 5283, en *Rass. equo canone* 1985, 236; Cass., 10-IV-1986, n. 2521, en *Foro it.* 1986, I, 2162; Cass., 17-IV-1986, n. 2726, en *Rass. equo canone* 1986, 141; Cass., 29-VII-1987, n. 6576, en *Arch. locazioni* 1987, 644; Cass., 7-XI-1987, n. 8247, en *Foro it.* 1988, I, 1149; Cass., 4-XII-1989, n. 5359, en *Corriere giuridico* 1990, pp. 465 y ss.

(79) V. FERRONE, P. «Sulla natura della comunizazione del locatore nella prelazione ex art. 38 della l. n. 392 del 1978», en *Giur. it.* 1984, I, 2, pp. 195 y ss.; TONDO, S., «Configurazione della prelazione urbana», en *Riv. notar.*, 1981, pp. 14 y ss. y 30; Cass., 9-V-1985, n. 2897, en *Mass. Foro it.* 1985; Cass., 26-X-1985, n. 5283, en *Foro it.* 1985, I, 3105; Cass., 19-I-1988, n. 356, en *Foro it.* 1988, I, 1148; Cass., 10-VI-1988, n. 4103, en *Foro it.* 1989, I, 446.

(80) V. DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, pp. 570-571; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 106; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 159, 211-212; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, p. 365.

(81) V. LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 358.

(82) En este sentido v. BADENES GASSET, R., *op. cit.*, p. 184; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, 364 y LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 359. Esta última autora entiende que si la

La ley no resuelve el problema de forma definitiva pues si nos atenemos a la literalidad del art. 35 de la LAU sólo se refiere a la notificación de la decisión de traspasar y del precio que le ha sido ofrecido. Y el art. 47 hace referencia a la notificación en forma fehaciente de la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

Si tenemos en cuenta la literalidad de la descripción de otros derechos de tanteo concedidos en nuestro ordenamiento jurídico privado, podemos observar términos todavía más expresivos: para el ejercicio del derecho de tanteo reconocido en virtud de la enfiteusis al dueño directo y al útil (art. 1636 del Cc.) señala el art. 1637 Cc.: «el que trate de enajenar el dominio de una finca enfiteútica deberá *avisarlo* al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca, o en que pretenda enajenar su dominio».

Respecto del tanteo y retracto que la ley concede a los coherederos, el art. 1067 del Cc. señala la posibilidad de ejercitarlo «con tal que lo verifiquen en término de un mes a contar desde que esto *se les haga saber*». El art. 1656, 6 del Cc. concede el derecho de tanteo y retracto al cedente y al cesionario del derecho sobre las plantaciones «con la obligación de *darse el aviso* previo que se ordena en el art. 1637». El art. 87 de la LAR señala que «el transmitente *notificará de forma fehaciente* al arrendatario su propósito de enajenar». No obstante, es necesario tener en cuenta que el art. 90.3 de la LAR se refiere al «oferente» para referirse al sujeto que hace la notificación y el art. 36.1 de la LAU concede el derecho de retracto al arrendador en caso de que no le haya sido realizada «la preceptiva oferta o hubiere realizado el traspaso por precio inferior al que le notificó».

No resuelve definitivamente el problema, por tanto, el texto legal.

El considerar o no dicha comunicación una oferta no presenta escasas consecuencias jurídicas. Si tal notificación contiene una oferta significa que deberán exigirse los requisitos de forma, capacidad y legitimación necesarios para una oferta válida, a la cual, además, se aplicará la disciplina sobre la revocabilidad o irrevocabilidad de la oferta (83).

notificación del arrendatario es positiva, el negocio jurídico surtirá efectos a partir del momento en que el arrendador conozca la decisión del arrendatario, perfeccionándose el contrato, según el art. 1262 del Cc., al concurrir la oferta y la aceptación. No obstante, posteriormente afirma expresamente que la notificación en el tanteo no actúa como una verdadera oferta. V., en jurisprudencia, especialmente, STS de 30-X-1969 (RA 5057); 22-XII-1969 (RA 6201); 30-VI-1970 (RA 3286). En este sentido, también, Audiencia Territorial de La Coruña, 13-III-1984 (en FUENTES LOJO, J. V., *Suma de arrendamientos Urbanos*, Tomo III, Barcelona 1989, p. 65).

(83) En la doctrina italiana, sobre las diferentes consecuencias que se derivan de considerar esta comunicación como portadora o no de una oferta, v. NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 72-73 y 78.

Se trata de una calificación y una disciplina que la letra de la ley no permite suponer. El legislador pone el acento en un modo particular de transmisión de un acto, de una declaración. El contenido de tal comunicación lo constituyen todos los elementos esenciales de una proyectada enajenación con un tercero, entre los que se incluye, nombre, domicilio y circunstancias del comprador, circunstancias extrañas al contenido de una oferta y necesarias o, al menos, importantes en una comunicación de la intención de alienar y de la proyectada transmisión en la que se exterioriza tal intención (84).

En este mismo sentido, no es posible deducir de la norma positiva que dicha comunicación sea manifestación de una voluntad actual de vender al sujeto al que se le dirige. Voluntad que es elemento indispensable de una oferta (85).

No nos encontramos ante un esquema jurídico a través del cual una persona pone de manifiesto a otra su voluntad de celebrar un contrato, buscando el encuentro con una voluntad, por parte de dicho sujeto, dirigida en este mismo sentido, es decir, una adhesión. No se trata de un esquema que compone el interés de ambos sujetos a contratar, el uno con el otro.

Los intereses que ordena el esquema jurídico del tanteo son distintos. Nos encontramos en presencia de un procedimiento negocial del cual el arrendatario no forma parte. No obstante, la ley le concede el poder de hacer valer su preferencia. Tal procedimiento es presupuesto

(84) V. FURGUIELE, G., *op. cit.*, pp. 79-80.

(85) V., en doctrina italiana, sobre este mismo punto, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 256 y ss. y GIARDINI, P. M., *op. cit.*, p. 263. En contra, BUSANI, A., y SALSI, P., *loc. cit.*, p. 469, señalan que, aunque es verdad que esta comunicación no deriva de una libre determinación de la voluntad, también es cierto que el alienante está determinado a realizar una oferta. Consideramos que esta segunda afirmación, suponiendo como destinatario el arrendatario, no está implícita en este mecanismo que es el tanteo. La intención de vender es cierto que ha quedado manifestada a través del procedimiento prenegocial o negocial entablado con el tercero, con el cual habrá perfilado la voluntad de vender, las condiciones, etc... El simple hecho de comunicar tal estado de cosas al arrendatario, en cumplimiento de una obligación impuesta por la ley, de tal modo que asegure el conocimiento por parte del destinatario de su posibilidad de ejercitar el tanteo, que la misma ley concede, no implica necesariamente una voluntad del arrendador dirigida a concluir el contrato con el arrendatario a modo de propuesta contractual.

En contra de la opinión que hemos mantenido en el texto, también se ha pronunciado TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 88-89, el cual considera que no impide que dicha comunicación pueda calificarse de oferta el hecho de que se trate de un acto debido y no expresión de un poder de autonomía, pues el contrato no es siempre instrumento de autonomía, pudiendo ser también un modo de cumplimiento de una obligación precedente. No obstante, consideramos que, precisamente, como este mismo autor señala al criticar la opinión de la doctrina que se manifiesta contraria al esquema de adquisición de la propiedad por el tanteante como simple aceptación de una oferta (v. pp. 94-96), es necesario una afirmación normativa expresa para poder deducir una obligación legal de realizar una oferta, sin que se pueda afirmar tal excepción al dogma de la autonomía contractual de la literalidad de una disposición que textualmente sólo obliga a realizar la comunicación de unas condiciones pactadas con un tercero.

de la obligación de notificación. El derecho de tanteo no tutela y protege un interés abstracto del preferido a adquirir la propiedad, sino un particular interés de dicho sujeto de ser preferido, en caso de futura adquisición de un tercero, y poder excluir e impedir que este tercero realice tal adquisición. De tal manera que, en el caso de que el arrendador quiera vender el inmueble y haga una oferta al arrendatario, estaremos en presencia de una oferta que inicia un procedimiento negocial tendente a la posible conclusión de un contrato, pero no ante la notificación a la que se refieren los art. 35 y 47 de la LAU. No obstante, puede observarse igualmente la hipótesis en la que, iniciado aquel procedimiento negocial entre el propietario y el tercero, el alienante, en el acto a través del cual pone en conocimiento del arrendatario tal evento, puede acompañar una oferta dirigida en especial al arrendatario. Observamos como notificación y oferta no son dos figuras fungibles. Su naturaleza jurídica y su finalidad son diversas, lo cual condicionará decisivamente los requisitos de forma, capacidad, legitimación y revocabilidad de ambas figuras (86).

Consideramos, pues, que esta notificación es una comunicación de una situación de hecho que tiene el fin de facilitar el ejercicio del derecho de tanteo. El titular del derecho de tanteo se encuentra ajeno al procedimiento formativo del contrato entre el alienante y el tercero, por ello el legislador obliga al alienante a poner a aquel en conocimiento de que puede ejercitar su derecho y las condiciones para ello.

Por último, es interesante observar cómo en la realidad práctica española se realizan tales declaraciones, lo cual nos podrá proporcionar un indicio más de la interpretación que prácticos del derecho, notarios, abogados, jueces, consideran exacta. Un análisis de los formularios de mayor uso en la práctica española pone de manifiesto que cuando el alienante, ya sea arrendador o arrendatario, en sus respectivos casos, quiere realizar la notificación prevista en los art. 47 y 35 de la LAU usa el conducto notarial, si bien no se trata de una escritura pública como sería obligatorio en caso de tratarse de una oferta, al referirse a la venta de un inmueble. Como es fórmula consagrada por el uso, contiene una declaración que pone de manifiesto la voluntad de vender a un determinado sujeto en las condiciones señaladas y que pone «en su conocimiento a los efectos legales oportunos» (87).

(86) En la doctrina italiana, sobre la diferencia entre los esquemas de oferta y aceptación y comunicación del arrendador y respuesta del arrendatario, v. NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 82-85.

(87) *Formulario de Arrendamientos Urbanos*. Editorial Aranzadi, Madrid 1988, pp. 31-32.

VI.1. POSIBILIDAD DE EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO SI SE OBTIENE EL CONOCIMIENTO PRECISO POR OTRA VÍA DIVERSA DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE DEL ALIENANTE

Una vez afirmada esta naturaleza de la notificación, se plantea una cuestión que está estrechamente unida al análisis que hemos desarrollado hasta ahora: ¿Si se trata, dicha notificación, de una comunicación de un hecho para facilitar el ejercicio del derecho de tanteo, será requisito indispensable para poder realizar tal ejercicio? ¿Será posible ejercitar el derecho de tanteo cuando, aun sin haber realizado el alienante la notificación fehaciente, el tanteante ha tenido conocimiento de su voluntad de vender y del proyecto definitivo de contrato negociado con el tercero? La ley no presenta una afirmación definitiva de esta cuestión. Solamente obliga al arrendador o al arrendatario, en su caso, a realizar tal notificación y señala un plazo de ejercicio del derecho de tanteo que se inicia en el momento de tal notificación. Será necesario analizar los intereses que el legislador ha tutelado con la institución del derecho de tanteo y con el especial mecanismo que ha configurado para proteger a través de esta figura unas determinadas facultades de adquisición preferente.

El legislador ha pretendido tutelar a la parte contratante de un arrendamiento urbano frente a la alienación que de su derecho o de su posición contractual pudiera hacer el otro contratante, concediéndole el poder de hacer prevalecer su preferencia ante cualquier persona que pretenda adquirir. Y ha considerado importante tutelar tal interés desde el momento que el alienante ha decidido vender y ha exteriorizado dicha voluntad en un proyecto de transmisión definitivo, pues es, en este momento, en el que cobra pleno sentido la tutela que dispensa el derecho de tanteo. No obstante, el legislador ha establecido posteriormente una figura que tiene como finalidad procurar y posibilitar la adquisición del bien, de todas formas, por parte del tanteante, cuando se ha visto ignorado y violado su derecho a ser preferido en la adquisición.

En este marco se encuadra la obligación del alienante de notificar su decisión de vender y el proyecto contractual en el que dicha decisión se ha plasmado. Notificación que supone un acto de participación de un hecho. Hecho que constituye presupuesto para el ejercicio del derecho de tanteo. El legislador, al establecer dicha obligación, ha pretendido, como se puede deducir claramente de las normas, proteger al titular del derecho de tanteo. Pretende evitar que el tanteante pueda no ejercitar su derecho por desconocimiento de la presencia de los presupuestos necesarios para ello, para que no vea violado su derecho por ignorar su posibilidad de hacerlo valer. Es decir, el legislador no sólo atribuye un derecho al tanteante sino que, además, dada la posible dificultad de saber cuándo puede ejercitarse, ya que ello depende de un procedimiento negocial respecto del cual él es extraño, impone al alienante la obligación de hacerle conocer tal momento. Y, además, le obli-

ga a comunicárselo de una determinada forma, revestida de especial solemnidad y garantía, que aseguren su recepción al titular del derecho, así como la seriedad de su contenido.

Observamos, pues, que el interés a ser preferido en la adquisición de la cosa ha sido considerado prevalente por el legislador frente al interés del propietario de gozar de plena libertad de disposición, al instituir el derecho de tanteo. Además el legislador se ha preocupado no sólo de configurar dicha tutela, sino de realizarlo de forma que no resulte inútil, como sería si estableciese un mecanismo cuyo funcionamiento fuera demasiado fácil impedir. Y no sólo lo ha realizado instituyendo un derecho que podrá ejercitarse posteriormente en caso de violación del tanteo, sino además creando un vínculo para el sujeto que, en otro caso, podría tener en su mano la posibilidad de hacer ejercitable o no el tanteo. Limita la posibilidad de que tal sujeto haga vana la tutela del tanteante.

Desde el punto de vista de la tutela que el legislador concede al tanteante para que su derecho no quede inutilizado y violado por desconocimiento de la posibilidad de hacerlo valer, no parece imprescindible, para poder ejercitarlo, tal notificación. Si el titular ha tenido conocimiento del proyecto definitivo de transmisión del inmueble arrendado por él, el objetivo de esta notificación y las preocupaciones del legislador habrán encontrado respuesta por otra vía. Es importante, no obstante, tener presente que presupuesto del ejercicio del derecho de tanteo, de acuerdo con esta interpretación de los intereses que el legislador pretende proteger, es la existencia de un proyecto definitivo de transmisión de la propiedad. No bastará para que nazca el derecho de tanteo que existan contactos precontractuales, tratos preliminares entre el alienante y el tercero (88). Será necesario que exista un proyecto firme y definitivo de enajenación respecto del cual las partes se han comprometido, pues de otro modo se limitaría, incluso, la libertad del alienante de no vender si no se llega a pactar unas condiciones que considere convenientes y se ignoraría el interés del tercero a entablar o continuar unos tratos que vayan aproximando a los contratantes respecto a unas condiciones contractuales que podrán negociarse libremente. Limitación que no viene establecida por el legislador, ni puede deducirse de la composición de intereses que se realiza con esta institución del tanteo.

Negar la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo, cuando el tanteante ha tenido conocimiento de tal proyecto definitivo, sería ignorar la finalidad de tutela que el legislador pretende obtener con el derecho de tanteo, pues dejaría a la voluntad del alienante la decisión de si se podrá o no ejercitar el tanteo (89). A esta afirmación podría objetarse

(88) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 237-240 y FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

(89) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 39-41 y NUZZO, M., *op. cit.*, p. 78.

que, si bien se deja al alienante decidir esta cuestión, el tanteante podrá hacer valer su derecho a través del retracto. Sin embargo, consideramos que trasladar la real y efectiva tutela de la adquisición preferente al instrumento jurídico del retracto implica desconocer e ignorar los intereses que el legislador ha pretendido proteger con el mecanismo constituido por el derecho de tanteo, previo a la adquisición, seguido del derecho de retracto, posterior a tal evento (90). Una semejante interpretación produce perplejidad en el seno mismo del mecanismo de tutela de la preferencia adquisitiva diseñada por el legislador, pues, en realidad, utiliza un mecanismo compuesto de dos figuras: un derecho que satisface plenamente el interés tutelado, que deberá ejercitarse antes de la adquisición por el tercero, protegiendo así también a este tercero y que pone de manifiesto el contenido esencial del derecho de adquisición preferente y una figura que cobrará sentido en caso de violación de tal derecho, para hacer posible la adquisición del bien transmitido y que ha salido del patrimonio del obligado. No obstante, según esta teoría, el legislador ha diseñado un modelo en virtud del cual la satisfacción que al interés tutelado el legislador concede y la protección y tutela que dispensa al tercero, se dejan a la voluntad del sujeto cuyo interés en conflicto con el del tanteante se ha sacrificado, en cierta medida, y al cual el ordenamiento obliga a seguir un determinado comportamiento para consentir tal satisfacción. Y este mecanismo tendría sentido por el hecho de existir una sanción a la inobservancia del derecho de tanteo, mecanismo que interviene una vez violado tal derecho y frente a una situación jurídica y a unos intereses diversos por parte de todos los sujetos implicados, que, además, pueden verse perjudicados por el hecho de efectuarse la adquisición preferente después de que la adquisición por parte del tercero se haya realizado.

El legislador no ha elegido para la tutela del interés a la preferencia adquisitiva un mecanismo compuesto únicamente de retracto (91), sino que ha configurado un mecanismo a través de dos figuras o momentos lo cual revela un modo de tutela del preferido y del tercero y una composición de intereses diversos (92). A través de cada uno de

(90) V. NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 74-75.

(91) Como ha establecido el legislador en el caso de comuneros (cfr. 1522 Cc.) y colindantes (cfr. 1523 Cc.). Procedimiento de adquisición preferente que presenta un modo de proteger al titular del derecho y al tercero diferente, que muestra un modo de armonizar los intereses implicados diverso y que ha sido criticado en numerosas ocasiones por la doctrina. V., especialmente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 330-332.

(92) El esquema elegido por el legislador actual, compuesto de derecho de tanteo previo a la adquisición y derecho de retracto, posterior, para el caso de violación del anterior, también es diferente al establecido por el legislador de 1946. Este último había configurado un sistema de protección de la adquisición preferente a través de estos dos derechos cumulativamente. Podía ejercitarse el derecho de retracto, incluso, cuando voluntariamente no se había ejercitado el tanteo. Este sistema implicaba un modo de proteger las posiciones jurídicas implicadas y de armonizar los intereses presentes muy diverso del actual y ha sido criticado por numerosa doctrina. V., especialmente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 333-334, DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 563.

los pasos de dicho mecanismo se pretende evitar que la satisfacción del derecho del tutelado y de la situación del tercero se abandonen a la voluntad del alienante y pueda realizar la transmisión ignorando tal derecho. Sin embargo, con la interpretación que considera la notificación presupuesto indispensable para el ejercicio del derecho se llegaría a hacer depender de tal voluntad su ejercicio, en contra de lo perseguido por el legislador.

La jurisprudencia no se ha definido al respecto de forma clara. No se puede observar una doctrina jurisprudencial paralela a la que se ha desarrollado en materia de retracto, que admite el momento en que ha tenido conocimiento de la transmisión como punto de partida del plazo de ejercicio del derecho. Es lógico, por otra parte, como se observa en las decisiones del Tribunal Supremo, que los casos de violación del derecho de tanteo no se presenten como tales, sino ya en la fase de retracto pues, generalmente, cuando se viola el derecho de tanteo, la transmisión se ha producido y lo que se ejercita es el retracto. De la jurisprudencia puede deducirse únicamente que la notificación es obligatoria para el alienante y, a pesar del silencio sobre la posibilidad que ahora nos planteamos, es interesante tener en cuenta algunas decisiones que sin realizar afirmaciones generalizadoras parecen admitir dicha posibilidad.

En este sentido, destaca la STS de 21-IV-1975 (93). En esta sentencia, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre un supuesto de venta realizada en subasta judicial. No se reconocen efectos al conocimiento adquirido por la asistencia a la misma, porque hubiera sido necesario que se le concediera un espacio para el ejercicio del derecho, espacio temporal que no le fue concedido. El Tribunal Supremo admite que los efectos de la notificación podrían haber sido suplidos por el hipotético conocimiento de la mejor postura y del nombre del adquirente, si, después de conocer que aquella era la postura definitiva y aceptable, hubiera podido ejercitar el derecho de tanteo (94).

En sentido contrario, a primera vista podría alegarse la STS de 23 de enero de 1971 (95), que resuelve también una controversia sobre esta materia referida a una venta realizada en subasta judicial, puesto que parece que considera la notificación a la que se refiere el art. 47 de

De ahí que no pueda ignorarse la tutela jurídica que el legislador dispensa al establecer precisamente una determinada disciplina.

(93) RA 1820.

(94) En esta línea se pueden observar además: STS de 31-12-1970 (RA 5647), que expresamente señala: «... porque como la venta realizada, no se notificó a la arrendataria ni en el proceso existen elementos que permitan afirmar que tuvo el conocimiento requerido por el art. 47.1.º de la Ley, la acción no pudo ser ejercitada»; STS de 3-VII-1974 (RA 3471) y Audiencia Territorial de Granada de 12-VII-1984 (en *RGD* 1985, p. 2026).

(95) RA 289.

la LAU como imprescindible para el nacimiento del derecho de tanteo. No obstante, es necesario tener en cuenta que el Tribunal Supremo, al explicar la imposibilidad de ejercitar el derecho, pone el acento especialmente en el desconocimiento para todos los sujetos, incluido el propietario, de todos los datos concernientes a la venta hasta el mismo momento de la escritura, de ahí la imposibilidad de realizar la notificación, sobre todo, cuando no se prevé, como en el caso de venta de locales de negocio, una suspensión del remate o de la adjudicación para realizar tal notificación. Sin embargo, lo que sí parece claro en la sentencia es que la notificación exigida en el art. 48.2 de la LAU no puede ser suplida por un conocimiento *más o menos completo* de la transmisión como el que pudo obtener por haber estado presente en la subasta judicial en la que se adjudicó el piso. Si con ello el Tribunal Supremo entiende afirmar que no basta para servir de inicio del cómputo del plazo un conocimiento más o menos completo adquirido por esta vía, sería necesario analizar la plenitud del conocimiento que exige el Tribunal Supremo para considerarlo suficiente. No obstante, si con tal consideración, el Tribunal Supremo entiende que un conocimiento completo adquirido por cualquier otra vía no sule a la notificación, a los efectos de iniciar el plazo de ejercicio del retracto, nos situamos ante una decisión jurisprudencial que se separa de una clara doctrina configurada por el Tribunal Supremo en sentido contrario.

Consideramos, además, que la interpretación propuesta es coherente con la línea interpretativa que el Tribunal Supremo ha observado reiteradamente al aplicar esta disciplina del tanteo y del retracto urbanos. El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la necesidad de realizar, en esta materia, una interpretación restrictiva en orden a extender esta disciplina más allá de los supuestos de hecho contemplados en estas normas, pues son derechos que constituyen siempre una limitación de la libre disposición de la propiedad. Interpretación que se ha puesto de manifiesto, como hemos tenido ocasión de observar, en orden a la determinación de los contratos en los que podrá encontrar soporte el derecho de tanteo (96) y en orden a la exigencia constante de que coincida el inmueble que se pretende enajenar con el inmueble arrendado (97).

No obstante esta línea interpretativa y sin contraponerse a ella, ha confirmado igualmente la jurisprudencia la conveniencia de realizar una interpretación que tenga presente el espíritu social de la LAU, en el sentido de una interpretación que, sin olvidar las exigencias anteriormente puestas de manifiesto, tampoco ignore la finalidad social y protectora del inquilino o arrendatario que preside esta disciplina. De este modo, propugna una interpretación que, de acuerdo con esta finalidad, tenga el cuidado de evitar puedan tener éxito maniobras dirigidas a

(96) V. especialmente, STS de 2-IV-1985 (RA 1679).

(97) V. STS de 9-XII-1970 (RA 5465); 6-III-1971 (RA 1225).

burlar esta disciplina, apoyándose en la mera y estricta literalidad de las normas (98).

Consideramos, por tanto, que cabe una interpretación que aproxima la disciplina del derecho de tanteo a la tutela efectiva de los intereses que el legislador ha pretendido proteger, en el sentido de permitir el ejercicio del derecho de tanteo cuando el titular haya tenido conocimiento de la producción de los presupuestos necesarios para el ejercicio de su derecho, aun cuando este conocimiento lo haya obtenido por una vía diversa de la notificación fehaciente por parte del alienante.

La mayoría de los autores italianos que consideran que la comunicación debida por el arrendador al arrendatario no encierra una oferta opinan que tampoco es requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de tanteo. Un conocimiento completo del proyecto de transmisión posibilita tal ejercicio aun cuando dicha notificación no se hubiese producido. Razones de tutela efectiva del tanteante, del tercero, y la composición de intereses que el legislador ha manifestado, al disciplinar esta facultad, llevan a esta doctrina a tal afirmación (99).

¿Qué razones podrían, sin embargo, aun admitiendo que no se trate de una oferta, llevar a considerar la notificación, que debe realizar el alienante, requisito intrínseco para la eficacia del derecho de tanteo, sin el cual no puede ejercitarse tal derecho y sin que pueda ser sustituido por otra vía de conocimiento?

No serán razones intrínsecas a tal derecho, pues, hemos visto que el interés que el derecho protege, si se exige notificación, queda tutelado en vano, pues se deja a la voluntad del alienante. Tampoco serán razones de tutela de la finalidad principal del acto mismo, pues supone una comunicación de un hecho, lo cual puede producirse por otra vía. No podrá tampoco justificarse simplemente por el hecho de que siempre se podrá tutelar lo que quedó desprotegido a través del retracto, pues entonces se ignora la tutela y la composición de intereses que el legislador ha pretendido creando este doble mecanismo. Además el alienante quedaría en situación de provocar, con el incumplimiento de una obligación, complicaciones y perjuicios, tanto al titular del derecho de adquisición preferente, como al adquirente. Si el legislador considera que debe ser concedido un derecho de adquisición preferente para tutelar un determinado interés, incluso, frente al interés del titular de la propiedad y de su facultad de disponer libremente, no puede dejar en manos del titular de este interés que sacrifica, de alguna manera, un mecanismo que dificulta o hace más costoso el ejercicio del derecho que configura. Por tanto, no puede ignorarse que el sistema del derecho

(98) V., en este sentido, STS de 22-IV-1969 (RA 2201) (esta sentencia advierte la necesidad de realizar una interpretación dirigida a no dar protección a «confabulaciones dolosas ideadas por los propietarios y por los terceros adquirentes» que podrían encubrirse detrás de una mera interpretación literal de la ley.); 20-XII-1969 (RA 6197); 8-VII-1974 (RA 3555); 5-I-1981 (RA 110).

(99) V. FURGUELE, G., *op. cit.*, p. 48; NUZZO, M., *op. cit.*, p. 88.

de tanteo y de retracto contempla una distinta composición de intereses, que será necesario tener en cuenta al interpretar dichas normas, ya que el examen del texto no basta para resolver todos los problemas que los conflictos de intereses de las partes implicadas presentan.

De ahí que lleguemos a la conclusión que solamente podría explicarse la teoría de que la notificación del alienante es presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de tanteo acudiendo a los intereses a los cuales, además del principal de impedir que no se ejercite por desconocimiento, tal requisito puede servir. Es decir, su efecto probatorio. Servir de prueba, tanto para el alienante, como para el titular del tanteo, del comienzo del plazo de ejercicio de tal derecho (100).

Para comprobar si efectivamente la notificación supone el único instrumento idóneo para segurar la exigencia de certeza en el inicio del cómputo del plazo parece oportuno, ante todo, analizar la situación que se produciría cuando, en ausencia de dicha notificación, el titular del derecho de tanteo adquiere, por otro cauce distinto, el conocimiento de la transmisión proyectada. Si este conocimiento no fuese completo y, por tanto, suficiente para el ejercicio del tanteo, el tanteante podrá solicitar que le sea realizada tal notificación. Para ello tendrá que probar que la obligación se ha hecho exigible, es decir, que el alienante tiene intención de vender y que existe un proyecto definitivo de transmisión. Puede, asimismo, esperar la consumación de la transmisión y ejercitar posteriormente el retracto.

Si existe, por el contrario, pleno conocimiento del proyecto de transmisión, el titular del derecho de tanteo podrá notificar el acto de ejercicio del tanteo, y, en caso de desconocimiento por parte del alienante, recurrir a los tribunales ofreciendo la prueba del proyecto definitivo. Alternativamente, podrá pedir, también en este caso, una notificación, con análoga carga probatoria en caso de oposición, o, por el contrario, esperar la consumación de la transmisión y ejercitar el retracto.

En realidad, el problema decisivo, en cada una de las hipótesis descritas, es el de probar el proyecto definitivo de transmisión. La dificultad está no solamente en la prueba de la genérica voluntad de vender, sino, sobre todo, en la de la definitiva concreción de las condiciones de la transmisión pactadas con el tercero. Si bien es cierto que ello, generalmente, dificulta la posibilidad de ejercitar acciones jurisdiccionales por parte del titular del tanteo, dirigidas a obtener previamente los elementos necesarios para el ejercicio del derecho o el propio ejercicio, no nos puede llevar a negar esta posibilidad, que permite un ejercicio

(100) Por esta razón, algunos autores como BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 265-271, que no califican dicha comunicación de oferta, sino de comunicación de un hecho, consideran que su realización por parte del arrendador constituye requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de tanteo. En España, v., CARRETERO, T., *loc. cit.*, p. 798.

del tanteo más acorde con los intereses que han llevado al legislador a su configuración.

La posibilidad para el tanteante de ejercitar, en tal modo, su derecho consiente la satisfacción de todas las exigencias advertidas por la doctrina e, incluso, las armoniza de tal manera que ninguna de las posiciones merecedoras de tutela de los sujetos implicados resulte sacrificada.

En efecto, la exigencia de certeza que la citada doctrina considera debe satisfacerse en interés del alienante no consiste sino en la exigencia de que sea tutelado del riesgo de sufrir un tanteo sin que se haya madurado plenamente su voluntad de vender.

Tal exigencia, por otra parte, no puede sobrevalorarse y extenderse hasta negar que el titular del tanteo, cuando, por una vía distinta de la notificación, se encuentre en condiciones de probar la existencia de un proyecto de transmisión definitivo, pueda usar instrumentos jurisdiccionales para ejercitar su derecho. Al alienante le queda abierta siempre la posibilidad de defenderse. Podrá esperar la prueba del que se pretende tanteante de tal proyecto definitivo y probar el carácter no definitivo de tal negociación. Pero cuando no esté en condiciones de probar esto y contradecir, así, la prueba del tanteante, pierde sentido también la exigencia de tutela, puesto que, una vez cristalizada la decisión de vender, el ordenamiento hace prevalecer la tutela del tanteante.

El tercero, por su parte, puede obtener un mayor conocimiento de la situación jurídica del inmueble que pretende adquirir. Asimismo, podrá realizar la notificación del proyecto definitivo al titular del tanteo y permitirle, de esta manera, conocer, si aún no tenía una información completa, la transmisión proyectada, y ponerlo en condiciones de ejercitar su derecho, despejando más rápidamente la incógnita sobre la estabilidad de su futura adquisición.

Por otra parte, el tanteante, con el fin de proteger su derecho, podrá recurrir, incluso en vía preventiva, a instrumentos jurisdiccionales que tiendan a evitar que el incumplimiento de la obligación de notificación a cargo del arrendador, el transcurso del tiempo o el posible acuerdo entre éste último sujeto y un tercero puedan perjudicarlo. En este sentido, el titular del tanteo podrá solicitar las medidas cautelares que estime necesarias, como, en este caso, podría ser, por ejemplo, prohibir el traspaso de la posesión, para evitar la transmisión de la propiedad. Y podrá solicitarlo no sólo en el juicio, sino, incluso, antes de entablarse la demanda, si bien en todo caso tendrá que presentar un principio de prueba por escrito del que se deduzca la obligación del alienante y su posición de arrendatario (cfr. art. 1428 LEC). Por otra parte, en nuestro ordenamiento, otros instrumentos cautelares que se revelan particularmente importantes para la finalidad perseguida es la petición de anotación preventiva de la demanda de tanteo y el secuestro del inmueble, en su caso, que impiden, en el supuesto de existencia de un *fumus boni iuris* que la *traditio* se realice y se frustré, así, el interés tutelado por el

legislador con el tanteo. De esta forma se puede obtener una seguridad de su posición jurídica hasta que se decida el litigio sobre el posible ejercicio del derecho de tanteo (101).

Estas medidas cautelares conceden una importante posibilidad para asegurar la tutela autónoma y efectiva del derecho de tanteo, evitando que dificultades creadas por el alienante o el tercero fueren al arrendatario a acudir al derecho de retracto.

Estas consideraciones permiten plantearse desde perspectivas nuevas el problema del presunto carácter indispensable de la notificación, que la mayoría de la doctrina afirma (102), basándose especialmente en el tenor literal de la ley, que se refiere a la notificación como momento a partir del cual transcurre el plazo para el ejercicio del tanteo (103), y que, para tal fin, exige que se realice de forma fehaciente.

(101) En el ordenamiento jurídico italiano se observa, en este sentido, una medida cautelar, que anticipa, de alguna manera, los efectos de una posible futura sentencia para garantizar, en caso de que se pronunciase, la eficacia de la misma. Nos referimos al procedimiento de urgencia «ex» art. 700 del «Codice di procedura civile», que consiente la adopción de medidas jurisdiccionales provisionales de urgencia de carácter atípico, es decir, modeladas sobre las exigencias del caso concreto, según la valoración discrecional del juez. Se trata de un instrumento más dúctil del observado en nuestro ordenamiento, pues sólo exige para que proceda la existencia de un «fumus boni iuris» y la prueba del «periculum in mora».

(102) CARRETERO, T., *loc. cit.*, p. 798; LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 359; INFANTE LOPE, J., *Todo sobre derechos y deberes del inquilino*, Barcelona 1983, pp. 112-113. V. asimismo Audiencia Territorial de Madrid, 12-II-1985 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 993) y Audiencia Territorial de La Coruña, 14-IV-1987 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1004).

(103) Destaca por su importancia, al haberse planteado este problema en particular, como muy pocas veces se ha realizado en España, el análisis realizado por ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 344 y ss. Este autor considera que, respecto al derecho de tanteo, en general, el plazo para su ejercicio podría comenzar cuando el tanteante tuviese conocimiento cabal y completo del contrato celebrado (aunque la carga de probar esto recayese sobre el enajenante). Posteriormente pone de manifiesto que en las figuras de adquisición preferente legales se exige la tan repetida notificación y el plazo de ejercicio comienza a partir de ésta. Sin embargo, insiste en que habría que entender que inicia el plazo a partir de la obtención de dicho conocimiento, al menos cuando así se establece para el retracto. No obstante, al estudiar, en concreto, esta cuestión en la disciplina que sobre el tanteo y el retracto ofrece la LAU, señala que, a diferencia de lo que ocurre en otras materias, en ésta en particular, parece que la voluntad de la ley ha sido que el plazo sólo se iniciará desde el día siguiente a la notificación a la que se refiere dicha ley. A esta consideración ha llegado el legislador por razones de evitación de los litigios que se emprenderían con la confianza una parte de poder probar que la otra tuvo conocimiento adecuado, y ésta de que no le sea probado esta circunstancia. No obstante, consideramos que, con la interpretación propuesta en el texto, en algunos supuestos se complica el ejercicio del derecho de tanteo con procedimientos judiciales, pero consideramos que solamente anticipa procedimientos que seguramente se producirían en el marco del retracto, evitando transmisiones que implican más profundamente a terceros y que pueden producir mayores gastos, molestias y perjuicios.

Albaladejo entiende que la interpretación que indica, de la cual se apresura a señalar que no es que la considere preferible a la contraria, parece más acorde con el espíritu de las modificaciones que la LAU ha introducido, al ser reformada en 1955, en esta materia.

La exigencia de certeza garantizada por la notificación formal no impide que a falta de notificación el ordenamiento predisponga instrumentos para componer los distintos intereses implicados. Una interpretación sistemática y teleológica de la disciplina del tanteo nos lleva a rechazar la posibilidad de que, omitiendo la comunicación, el alienante pueda sacrificar el interés del titular del derecho e impedir, con ello, que comience a transcurrir el plazo de ejercicio del derecho de tanteo. Al mismo tiempo, el ordenamiento exige que, una vez realizada la notificación, el alienante vea protegida su exigencia de certeza y pueda lograr con el transcurso del tiempo y la inactividad del tanteante la estabilidad de la transmisión realizada.

Ninguna de estas exigencias resulta sacrificada por el uso preventivo de los instrumentos señalados que permitirán un aprovechamiento por parte del tanteante del eventual conocimiento que haya podido adquirir del proyecto de transmisión, a pesar del silencio del arrendador.

La interpretación que hemos mantenido nos reconduce a la idea de la que habíamos partido: No estamos en presencia de una oferta pues si ello fuera así, debería ser realizada forzosamente por el alienante, a falta de la cual no podría ponerse en acción el mecanismo adquisitivo del derecho de tanteo.

En este sentido, el Decreto del Ministerio de Justicia de 13 de abril de 1956, que aprueba el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (BOE 21-IV-1956) modificó la anterior ley de 1946 que señalaba, como punto de partida del plazo de ejercicio del derecho de retracto del arrendatario, la inscripción de la transmisión en el registro de la propiedad y, a falta de inscripción, el conocimiento de aquella (cfr. art. 64). Sin embargo, el art. 48.2 del texto articulado del 1956 observa que el derecho de retracto caducará a los 60 días «contados desde el siguiente a la notificación que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario...». Texto recogido posteriormente por la actual LAU.

No obstante, consideramos que la jurisprudencia más reciente se ha orientado por otro tipo de interpretación de la evolución normativa sufrida por la disciplina. Así lo demuestra la reiterada interpretación de que el conocimiento cabal y completo de la transmisión operada hace iniciar el plazo de ejercicio del derecho de retracto. Si durante un período puede observarse una línea interpretativa vacilante, en la actualidad, esta última interpretación se ha impuesto claramente (v. entre las sentencias que parecen exigir, en todo caso, notificación para posibilitar el ejercicio del derecho de adquisición preferente: STS de 26-VI-1962 (RA 3054), 21-V-1964 (RA 2731), 26-VI-1964 (RA 3699), 6-II-1965 (RA 529), 19-XII-1968 (RA 5886), 19-I-1971 (RA 217), 23-I-1971 (RA 289). Entre las sentencias que, sin embargo, admiten que el plazo de ejercicio de este derecho comienza igualmente desde el momento que el arrendatario ha obtenido un conocimiento cabal y completo de la transmisión, v. STS de 22-XI-1958 (RA 3799); 7-III-1963 (RA 1394); 8-IV-1964 (RA 1816); 30-X-1969 (RA 5057); 29-I-1970 (RA 365); 11-II-1972 (RA 628); 22-III-1973 (RA 1029); 4-XII-1974 (RA 4548); 21-IV-1975 (RA 1820); 30-X-1978 (RA 3289); 24-V-1982 (RA 2591); 26-V-1982 (RA 2602); 7-VII-1982 (RA 4218); 14-IX-1987 (RA 6047); 27-III-1989 (RA 2200); 23-I-1990 (RA 19).

VI.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA OBTENCIÓN DEL CONOCIMIENTO PLENO DEL PROYECTO DE TRANSMISIÓN POR MEDIOS DISTINTOS DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE POR PARTE DEL ALIENANTE

Ante la interpretación que proponemos surge una nueva cuestión: Si el legislador obliga al alienante a realizar la notificación fehaciente, pero el arrendatario puede ejercitar su derecho, incluso, si ha tenido conocimiento por otro cauce ¿podrá serle opuesto al titular del derecho de tanteo que pretende ejercitar el tanteo o el retracto, el transcurso de más de 30 (art. 38.1 LAU) o 60 días (art. 47.1 LAU) desde que tuvo conocimiento de la proyectada enajenación? ¿Podrá valerse el alienante de esta circunstancia a pesar de no haber realizado la notificación fehaciente?

En primer lugar, consideramos que la realización de la notificación fehaciente, que el legislador establece como deber de información del alienante, hace iniciar un período durante el cual el arrendatario debe, si así lo quiere, ejercitar su derecho bajo pena de caducidad. El legislador priva al propietario de la libertad de elegir la persona a la que alienar, pero a cambio restringe y limita el período durante el cual el titular del derecho de tanteo puede ejercitarlo y reduce a un determinado período el plazo de incertidumbre de lo que el propietario podrá o deberá realizar, en su caso, pasado el cual, sin haberse ejercitado el derecho de tanteo, el propietario recobra su plena libertad de disposición, en relación al proyecto de contrato notificado. A su vez, el plazo impuesto por el legislador permite que el alienante, ante un ejercicio intempestivo del derecho de tanteo, pueda oponer la caducidad.

En esta misma línea, si el alienante no cumple con este deber no podrá valerse, consideramos, de las consecuencias favorables que, para él, el legislador acompaña a su cumplimiento. Es decir, no verá comenzar el período de ejercicio del derecho de tanteo, el cual una vez transcurrido le permitirá oponer la caducidad del derecho. Además, tal incumplimiento, como tendremos ocasión de analizar más adelante, podrá dar lugar al resarcimiento del daño.

El legislador establece la obligación a cargo del alienante de notificación en beneficio y favor del titular del derecho de tanteo, luego no podrá constituir un requisito limitador de su derecho, requisito en manos del sujeto obligado. Podrá igualmente ejercitar su derecho cuando haya obtenido el conocimiento completo y exacto por otra vía. Sin embargo, tal conocimiento no podrá servir de inicio del plazo de ejercicio del derecho, con las ordinarias consecuencias previstas al transcurrir tal período, en favor del alienante que ha incumplido su obligación de notificación.

De otro modo el mismo alienante podría hacer llegar un determinado conocimiento al preferido sin los requisitos de forma exigidos por

la ley, haciendo totalmente inútil, sin embargo, una obligación que el legislador establece expresamente.

En el marco de esta interpretación, cobra gran interés la posición del tercero que pretende adquirir la propiedad. Una interpretación estricta de lo hasta ahora mantenido y de la literalidad de la norma nos llevaría a afirmar que ni siquiera podrá alegar este sujeto válidamente el transcurso del plazo de ejercicio del derecho de tanteo, comenzado desde que su titular tuvo pleno conocimiento del proyecto de transmisión. De otro modo se fomentarían los acuerdos entre alienante y tercero para hacer llegar al tanteante una comunicación privada de la garantía que el legislador exige que reúna la notificación del alienante y poder, así, celebrar, en realidad, tranquilamente el contrato, una vez transcurrido el término, con la posibilidad de que el tercero oponga, posteriormente, el transcurso del plazo.

No obstante, consideramos que, con esta interpretación, el tercero queda desprotegido. En manos del arrendador queda la facultad de realizar dicha notificación que será el único medio para que empiece a transcurrir el plazo de ejercicio del derecho de tanteo en su favor y en el del tercero, sin que este último sujeto pueda realizar ningún acto para procurarse una defensa. Y ello ocurre aun cuando el sujeto, al cual se dirigirá el arrendatario al haberse violado el derecho de tanteo, es este tercero que se ha hecho propietario. Por otra parte, si este sujeto, para consolidar su posición, pone en conocimiento del arrendatario la futura transmisión, para que éste, si lo considera conveniente, ejercite el tanteo y poder acabar así con la incertidumbre sobre la estabilidad de la propiedad que adquiere, quedará también en manos del arrendatario. Este, mientras no reciba una notificación por parte del arrendador no se verá constreñido a ejercitar el tanteo en un plazo determinado y podrá dejar pasar el tiempo sin renunciar a ningún derecho, pudiendo ejercitar, posteriormente, en su momento, el retracto. Interpretación que se opondría a la voluntad del legislador manifestada al modificar el sistema cumulativo de tanteo y retracto por un sistema en el que el retracto queda condicionado a una violación del derecho de tanteo. El anterior sistema fue criticado por dejar a la voluntad del arrendatario la estabilidad de la posición jurídica del alienante y del tercero sin encontrar con ello una justificación suficiente. En la situación que ahora nos planteamos también se dejaría a la voluntad del arrendatario la posición jurídica del tercero, cuando aquel tuviera conocimiento de la transmisión sin que este tercero tuviese ningún medio para impedirlo, ya que el único instrumento depende de otro sujeto, el enajenante. De ahí que consideremos, de acuerdo con la exigencia de composición de todos los intereses implicados, necesario reconocer al tercero algún medio de defensa. Sería, en este sentido, suficiente reconocer al tercero la facultad de realizar él mismo la notificación del proyecto de transmisión definitivo y obligatorio para el alienante, iniciándose, así, a su favor el plazo para el ejercicio del tanteo. Por otra parte, para evitar posibles acuerdos entre el alienante y el tercero que pudieran perjudi-

car al tanteante deberá exigirse que esta notificación presente los mismos requisitos que la ley impone a la notificación del alienante. Deberá, además, tratarse siempre de una notificación fehaciente de un proyecto definitivo de transmisión, de la que debe resultar la clara e inconfundible intención definitiva del alienante a vender, no obstante la notificación la realice el que pretende adquirir.

Por otra parte, no creemos que para rechazar la interpretación que proponemos, respecto de la posibilidad del alienante de alegar la caducidad del plazo cuando no ha realizado la notificación, sea suficiente afirmar que la sanción por la falta de notificación no será esta imposibilidad de oponer el transcurso del tiempo contra el tanteante, sino el nacimiento de la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios. A través de esta obligación, que, de todas formas, podrá hacer valer el tanteante, no podrá solicitarse el daño por la pérdida de lo que hubiera obtenido de ejercitar el derecho de tanteo, ya que éste se considera legítimamente caducado. Por tanto, podría llegarse a hacer inútil la obligación que impone el legislador y a la que concede una gran relevancia en la tutela del interés que a través de esta figura y del retracto pretende proteger.

Otro argumento mucho más interesante podría ser opuesto analizando la jurisprudencia española. En efecto, en sede de retracto, el legislador de nuevo establece un plazo para su ejercicio. Plazo que, en el caso del retracto del arrendador ante el traspaso de local de negocio a un tercero, comenzará desde que fuera notificado al arrendador la realización del traspaso o desde que tenga conocimiento de la transmisión y de sus condiciones esenciales (art. 36 de la LAU). Sin embargo, en el caso de retracto del arrendatario, ante la alienación de la propiedad del inmueble urbano, el plazo tiene como punto de partida la notificación que igualmente «en forma fehaciente, deberá realizar en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizado» (art. 48.2 LAU). No obstante, la jurisprudencia más reciente ha declarado de forma constante, uniforme y reiterada que para poder ejercitar el derecho de retracto basta el conocimiento completo por parte del retrayente de la alienación y de las condiciones en las que ha tenido lugar, aún cuando no se haya realizado dicha notificación por parte del adquirente. Y esa regla puede ser alegada tanto por el retrayente como por el retraído, es decir este último sujeto podrá oponer la caducidad del derecho de retracto si puede probar que su titular tuvo conocimiento de la alienación y de sus condiciones esenciales 60 días antes de su pretendido ejercicio, aún sin haber cumplido el deber de notificación que le incumbía (104).

(104) V. STS de 30-X-1969 (RA 5057); 29-I-1970 (RA 365); 11-II-1972 (RA 628); 22-III-1973 (RA 1029); 4-XII-1974 (RA 4548); 21-IV-1975 (RA 1820); 30-X-1978 (RA 3289); 24-V-1982 (RA 2591); 26-V-1982 (RA 2602) (en esta sentencia el Tribunal Supremo, después de comprobar que el retrayente hace mucho tiempo tuvo

En primer lugar, esta interpretación jurisprudencial, que considera presupuesto para el retracto el conocimiento pleno de la alienación, aun sin la notificación de este evento, nos confirma en la pretensión del legislador de impedir el abandono en manos del sujeto, frente al cual se pretende el ejercicio del derecho, la posibilidad de ejercitarlo o no, en presencia de la situación objetiva de hecho básica para su ejercicio.

Otra cuestión que, sin embargo, se abre con esta interpretación que, en sede de retracto, realiza la jurisprudencia es la referente a la consideración de los efectos del conocimiento adquirido por vía diversa de la notificación, en orden al inicio del período de ejercicio, también en perjuicio del tanteante. ¿No podría considerarse, igual que para el retracto entiende la jurisprudencia, que tal eficacia se despliegue en el marco del tanteo? Nosotros hemos negado esta posibilidad. Es cierto que la jurisprudencia que permite considerar que también el conocimiento tendría eficacia en orden al ejercicio del derecho de tanteo se ha pronunciado ante casos en los que el retraído pretendía hacer valer tal conocimiento y la falta de ejercicio del derecho de tanteo, en su favor, sin que la jurisprudencia haya negado tal posibilidad en sí misma, sino por razones distintas, como son la inmediatez con la que se han seguido conocimiento y alienación, sin espacio para el ejercicio del derecho de tanteo (105). No obstante, consideramos que la interpretación propuesta en materia de tanteo sería más acorde con los intereses y el modo de protección que hace prevalecer el legislador. Tampoco consideramos que esta interpretación sea contradictoria con la que realiza la jurisprudencia respecto del retracto, pues se trata de dos situaciones distintas en las que se encuadran dos notificaciones entre las que no pueden observarse una identidad en los intereses tutelados, ni en la finalidad perseguida. En el momento previo a la alienación, la notificación es una comunicación de un hecho con la finalidad de facilitar el ejercicio del derecho de tanteo ante una situación en la que la transmisión todavía no se ha realizado. Notificación a cargo del sujeto vinculado, del sujeto que voluntariamente ha decidido alienar el bien y que ha visto limitada, por la ley, la facultad de disponer libremente de su derecho de propiedad, al considerar el legislador que en el conflicto de intereses entre este interés y el del arrendatario a adquirir la propiedad plena, en función de la especial y determinada situación que ostenta en relación al inmueble, debe prevalecer éste último. Por tanto, el legislador encuentra un conflicto de intereses muy determinado, y, en la composición de intereses que realiza, tiene en cuenta también el interés del tercero que, a falta de tal derecho de tanteo anterior a la alienación, vería, en todo caso, inestable su adquisición.

conocimiento de la transmisión, incluso, le atribuye a él la carga de completar este conocimiento inicial e insuficiente, haciéndose con los datos indispensables para el ejercicio); 7-VII-1982 (RA 4218); 14-IX-1987 (RA 6047); 27-III-1989 (RA 2200); 23-I-1990 (RA 19).

(105) V. especialmente, STS de 21-IV-1975 (RA 1820) y 3-VII-1974 (RA 3471).

En el retracto, el conflicto de intereses es distinto. La alienación se ha producido, la transmisión ha tenido lugar, el adquirente en cualquier caso, es decir, se haya o no producido la notificación anterior por parte del alienante, deberá notificar que la alienación se ha llevado a cabo, así como las condiciones del contrato. Ello nos indica que realiza una función principal diversa de la primera notificación. Realiza una función de información del cambio de propiedad y, por tanto, también del titular de la posición contractual respecto del arrendamiento urbano del que el retrayente es parte. Además realizará la función de facilitar el ejercicio del derecho de retracto pues pone en conocimiento del posible retrayente uno de los presupuestos para su ejercicio. No obstante, éste será sólo un presupuesto, pues, además, deberá observarse una omisión o inexactitud en la notificación obligatoria del proyecto definitivo de transmisión. Por otra parte, los intereses ante los que el legislador concede el retracto son diversos. Por medio del retracto se tutela el interés a la adquisición preferente que con la alienación ha sido violado, interés que deberá hacer prevalecer no frente al alienante sino frente al tercero que ha adquirido a través de un contrato, en realidad, válido y eficaz e independientemente de la voluntad de este sujeto de alienar el bien. Nos encontramos, pues, ante una propiedad adquirida válidamente y el interés a ver respetado y satisfecho el derecho de adquisición preferente, interés que podrá exigir su satisfacción sólo si el alienante no cumplió su obligación de notificación o lo hizo inexactamente. Luego en este caso parece lógico pensar que, dado todo lo examinado, si bien el legislador hace prevalecer el derecho de retracto sobre tal propiedad, ésta merece, a su vez, ser protegida con un criterio diverso con el que se tuvo en cuenta el interés del alienante previo.

A ello, además, se acompaña el hecho de que, en este caso de retracto, nos encontramos ante un hecho objetivo, concluido, la transmisión de un inmueble, respecto del cual el conocimiento es más fácil, sobre todo por la posibilidad de intervención de medios registrales. Por último, razones de seguridad jurídica y de certeza en las relaciones aconsejan limitar el período de incerteza o inestabilidad de situaciones no transitorias o pasajeras, destinadas a desembocar en una definitiva, como podría ser la intención de transmitir en el tanteo, sino situaciones consolidadas, definitivas y que pueden ser fuente de infinidad de nuevas relaciones con sujetos cada vez más ajenos a la relación originaria (106).

(106) En el marco de la doctrina española, es interesante destacar, como hemos ya tenido ocasión de observar, las consideraciones que, sobre este punto, ha realizado ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 344 y ss. Respecto al tanteo y al retracto, en general, este autor admite que el conocimiento completo de la transmisión hace iniciar el plazo de ejercicio del correspondiente derecho, aun cuando el legislador, a efectos de conseguir que el tanteante o retrayente obtenga dicho conocimiento haya establecido respecto del enajenante la obligación de notificación y esta no se haya cumplido. En este caso, parece que el autor admite que pueda probar el enajenante que el arrendatario obtuvo tal conocimiento. No obstante, este autor señala posteriormente que en los supuestos de

La doctrina italiana que ha interpretado que el conocimiento completo y exacto de la proyectada transmisión hace iniciar el plazo de ejercicio del derecho de tanteo, deduce automáticamente de esta interpretación que tal información supone el comienzo de dicho plazo, tanto a favor, como en perjuicio del arrendador. Será posible, en consecuencia, oponer por parte del arrendador o del tercero el transcurso del plazo desde que obtuvo conocimiento, aunque no haya habido notificación fehaciente (107).

VI.3. POSIBILIDAD DEL ALIENANTE DE IMPEDIR LOS EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN

Desde estos presupuestos cobra nueva luz el problema de la revocabilidad o no de la declaración del alienante. No es posible hablar de revocabilidad de una declaración no negocial, de una declaración en virtud de la cual se participa de un hecho. A dicha declaración, la ley le atribuye una eficacia, iniciar un plazo de tiempo durante el cual, dado que se han realizado todos los presupuestos necesarios, se puede ejercitar el derecho de tanteo. Consideramos por ello que hasta el momento en el que el titular del derecho de tanteo ejercita su derecho, lo comunica al alienante y éste recibe dicha comunicación, el alienante puede notificar al titular del derecho de tanteo la interrupción del proceso formativo del contrato entablado con el tercero, que era presupuesto para la existencia del derecho de tanteo. En ese caso no se trata de revocación sino de la desaparición y ausencia de uno de los presupuestos para el ejercicio del derecho (108). No obstante, no puede olvidarse la dificultad, aunque no imposibilidad de esta hipótesis, pues la obligación de notificación surge cuando existe un proyecto de transmisión definitivo entre el alienante y el tercero. A pesar de ello, el alienante podrá, por ejemplo, notificar voluntariamente la intención de aceptar una oferta contractual definitiva realizada por un tercero y, res-

adquisición preferente, establecidos por la LAU, el plazo se cuenta desde el día siguiente a la notificación (p. 347).

Sin embargo, nos parece muy significativo una consideración realizada por el autor para el caso en el que se excluya que el conocimiento sirva de inicio del plazo de ejercicio del tal derecho. De todas formas, en este caso, entiende el autor que el arrendatario, si conoce, aun sin notificación, el contrato de enajenación estipulado, puede ejercitar el tanteo, sin esperar a que tal enajenación se deba consumir (p. 344). Parece, por tanto, que llega a la conclusión de que, aunque no pueda considerarse iniciado el plazo limitado de ejercicio del derecho de tanteo con las consecuencias que la ley acompaña, no puede negarse la posibilidad de ejercicio de tal derecho.

(107) V. FURGUIELE, G., *op. cit.*, pp. 4-52, especialmente, 51; NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 85 y ss.

(108) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 263, 284-287; FURGUIELE, G., *op. cit.*, pp. 34-35, 52-53; NUZZO, M., *op. cit.*, p. 88; VARRONE, M., *loc. cit.*, p. 211; Cass., 14-III-1988, n. 2427, en *Foro it.* 1988, I, 446; Cass., 10-IV-1986, n. 2521, en *Foro it.* 1986, I, 2162; Cass., 17-IV-1986, n. 2726, en *Foro it.* 1986, I, 2161.

pecto de la cual, no ha contraído ninguna obligación de aceptar, o ha podido notificar un contrato que, después, se ha revelado nulo.

No existe ninguna vinculación legislativa que nos haga pensar que dicha declaración de un evento obligue al alienante a soportar los efectos del ejercicio del derecho de tanteo aun cuando no existan ya los presupuestos. No obstante, ello no excluye que pueda solicitar el titular del derecho el resarcimiento de daños, si los ha sufrido a causa de un comportamiento negligente o en mala fe por parte del alienante.

En Italia, la doctrina mayoritaria, si bien partiendo de explicaciones de la naturaleza de dicha notificación muy diversas, considera que los efectos, que la comunicación del arrendador produce, son irrevocables (109). No obstante, no faltan autores que admiten la revocabilidad de dicha declaración hasta que el arrendatario ha notificado su voluntad de ejercitar el derecho de tanteo (110), y autores que, como hemos señalado en el texto, no consideran que pueda hablarse, en este caso de revocación, sino de desaparición de unos de los presupuestos esenciales para el ejercicio del tanteo (111).

VI.4. OTRAS CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE NOTIFICACIÓN DEL ALIENANTE

Además de la posibilidad de ejercitar, en caso de transmisión de la propiedad, el derecho de retracto (arts. 36 y 48 de la LAU) y de la no oponibilidad del conocimiento del proyecto definitivo de transmisión por parte del alienante o del tercero, destacan otras consecuencias de la falta de notificación fehaciente a que se refieren los arts. 35 y 47 de la LAU.

(109) En ocasiones, la jurisprudencia y algunos autores que han considerado que la notificación lo es de una oferta, consideran que ésta es irrevocable. Consideración criticada por otros autores pues para ser una oferta irrevocable debería establecerse así por la ley, ya que en caso contrario se debería considerar revocable de acuerdo con el art. 1328 del Cc.

También algunos autores, sin considerar que se trate de una oferta, consideran que dicha comunicación permanece definitiva durante todo el plazo durante el cual se puede ejercitar el derecho de tanteo (v. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 263, este autor considera que lo que se comunica es un proyecto de transmisión definitivo, de ahí que no pueda revocarse). V., en jurisprudencia, Cass., 4-XII-1989, n. 5359, en *Corriere giuridico* 1990, pp. 465 y ss.

(110) V., entre los autores que la consideran una oferta revocable, BUSANI, A., y SALSI, P., *loc. cit.*, p. 469; TRIOLA, R., *op. cit.*, p. 123. Y, entre los que consideran que no constituye una oferta, pero se trata de una declaración revocable, v. ZAMBRANO, V., *op. cit.*, p. 105; Cass., 14-III-1988, n. 2427, en *Foro it.* 1989, I, 446.

(111) V., *supra* nota 108. Para estos autores, la comunicación de la interrupción del procedimiento dirigido a la conclusión del contrato con el tercero será un acto debido en base al principio de buena fe. La falta de dicha advertencia puede dar lugar al resarcimiento del daño sufrido por el tanteante, por el hecho de haber dejado creer en la posibilidad actual de ejercitar el derecho de tanteo. V. FURGUELE, G., *op. cit.*, pp. 159-160 y NUZZO, M., *op. cit.*, p. 57.

De los citados artículos se deduce que todo transmitente de una finca arrendada, o el arrendatario que traspase el local de negocio, está obligado a notificar fehacientemente al arrendatario o arrendador, en su caso, este propósito. Nace para estos sujetos una obligación. El origen de esta obligación es la ley. Se regirá por lo preceptuado por la ley que los ha establecido, en este caso la LAU y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del Cc. y, en concreto, del libro IV (art. 1.090 del Cc.). De ahí que consideremos que se trata de una obligación cuyo cumplimiento podrá ser exigido por el que tiene el derecho, así como podrá solicitar una indemnización de daños y perjuicios, si los ha sufrido, por la no realización de la notificación en los términos y con el contenido establecido en la ley. No hemos encontrado en la jurisprudencia ninguna declaración que reconozca la indemnización, ni que la niegue. No obstante, consideramos que el hecho de la ley atribuya a la omisión o inexactitud de tal notificación, junto con otros presupuestos, el nacimiento del derecho de retracto, con objeto de no permitir una violación de los intereses que con el derecho de tanteo el legislador pretende tutelar, no significa que sustituya las consecuencias ordinarias del incumplimiento de una obligación legal con una particular, ya que, ante todo, no son incompatibles. La acción de retracto y la de indemnización responden, en caso de ejercicio contemporáneo, a intereses distintos, todos ellos dignos de tutela, y, además, los presupuestos para que se puedan ejercitar son también diferentes.

La doctrina española no se ha pronunciado claramente al respecto, si bien es posible observar una tendencia a considerar la obligación de notificar una obligación legal, a la que es aplicable el libro IV del Cc. (112) y, por tanto, deducimos, la disciplina que regula las consecuencias del incumplimiento.

Por último, entre las consecuencias que se derivan de la falta de realización de la notificación prevista en el art. 47 de la LAU, el art. 55.1 señala que deberá justificarse que se ha realizado tal notificación, para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de las fincas urbanas y la falta de dicha justificación constituirá defecto subsanable con suspensión de la inscripción. Se podrá, no obstante, tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si dentro de dicho plazo de vigencia se acredite haberse practicado las notificaciones en forma legal (notificación que será de una adquisición consumada y que, en todo caso, podrá dar lugar al ejercicio del derecho de retracto).

En Italia, no se encuentran decisiones específicas de la Corte de Casación sobre este punto: si el arrendatario, al que el arrendador no comunique la intención de vender, está tutelado exclusivamente por la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto o puede obtener el resarcimiento de daños. En materia de arrendamientos rústicos, la jurisprudencia

(112) V. LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 358.

dencia ha seguido la línea de excluir el derecho del arrendatario al resarcimiento del daño por inobservancia de tal norma, considerando que la ley le ha protegido de tal inobservancia concediéndole el derecho de retracto.

Sin embargo, respecto de los arrendamientos urbanos la doctrina parece que defiende la tesis contraria (113).

VI.5. PÉRDIDA DE EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN POR TRANSCURSO DEL TIEMPO

Por otra parte, para evitar que el alienante pueda realizar una notificación de su intención de enajenar y posteriormente realizar tal acto en el momento que quiera, incluso mucho después, pudiendo así dificultar el ejercicio del derecho de tanteo por parte de su titular, el art. 49 expresamente señala: «Los efectos de la notificación prevenida en el artículo 47 caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma. Pasado este plazo no podrá intentarse nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación del tanteo». El legislador quiere asegurar así la seriedad de la comunicación de la decisión de enajenar, e impedir maniobras dolosas que dificulten el ejercicio del derecho de tanteo (114).

Esta cuestión no ha sido abordada expresamente por el legislador italiano. La doctrina ha realizado esfuerzos orientados a establecer un límite más allá del cual el tanteante pueda reaccionar. En este sentido, se ha considerado que si la transmisión se realiza más tarde de los términos señalados en el contrato originario y comunicados al arrendatario, éste tendrá derecho a la renovación de tal comunicación, como en todo supuesto de cambio de las condiciones del contrato notificadas, o, en su caso, tendrá derecho de retracto. En caso de que no se haya señalado nada en el contrato, la doctrina ha acudido a los principios del art. 1183 del «Codice civile» y el tanteante puede pedir una integración de dicha comunicación, que incluya la indicación de un término para las distintas fases de conclusión y ejecución del contrato. A falta de todo

(113) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 264 (este autor señala en confirmación de su postura la sentencia de Cass., 28-VIII-1952, n. 2778, en *Foro it.* 1953, I, 1296, que admite el derecho al resarcimiento del daño, si bien no sobre la base únicamente del mero incumplimiento de la obligación de notificación, sino que exige también, además, que quede demostrado que el tanteante habría ejercitado el tanteo y, sobre todo, económicamente habría estado en situación de hacerlo), VARRONE, M., *loc. cit.*, pp. 219-221.

(114) Además, de otra forma, el arrendatario podrá ser inquietado y forzado a tener preparado el precio del piso, mediante notificaciones de proyectos de transmisión, sin que luego se cumpliera realmente la enajenación, advirtiéndole de ello antes de su correspondiente comunicación de ejercicio del derecho de tanteo (v. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 366, especialmente, nota 45).

ello, el hecho de que el arrendatario no haya ejercitado el tanteo no producirá automáticamente efectos liberatorios para el arrendador en relación al proyecto de transmisión comunicado, sino que deberá interpretarse como manifestación de voluntad del arrendatario emitida con la condición de perfeccionamiento de la transmisión en un plazo razonable. Una transmisión realizada más allá de dichos lazos normales supondría, por tanto, una modificación de lo originalmente comunicado y, además de anular los efectos de la precedente notificación, impondrá la obligación de renovarla con las consecuencias señaladas anteriormente. No obstante la propia doctrina pone de manifiesto que esta solución presenta un punto débil, inevitable, por otra parte, en ausencia de puntos de referencia normativos, en el posible aprovechamiento del arrendatario de tal retraso para «remediar» la falta de ejercicio del derecho de tanteo, en el término señalado por la ley, después de la notificación. De ahí que la doctrina concluya dejando a la prudente apreciación del juez valorar las opuestas razones de los sujetos implicados, a la luz de cuanto se haya realizado en la concreta situación, sobre la base de la equidad y la racionalidad (115).

VII. ACTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO. MODO DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

La LAU no nos aclara la naturaleza y efectos del acto de ejercicio del derecho de tanteo. La doctrina y la jurisprudencia tampoco han realizado un análisis en concreto de esta cuestión. Únicamente hay unanimidad en que el ejercicio del derecho de tanteo activa un mecanismo en base al cual se adquiere la propiedad del bien.

Al partir de la base de que la comunicación del alienante no se trata de una oferta, no se puede pensar que la respuesta del titular del derecho de tanteo sea una aceptación. Podríamos referir de nuevo los mismos argumentos esgrimidos anteriormente. Tampoco podría pensarse que el acto del arrendatario constituye una oferta, pues la ley no nos señala la necesidad de una aceptación por parte del arrendador, al contrario, induce a pensar en una situación de vinculación para el arrendador independientemente de su aceptación. Tampoco cabría observar una aceptación tácita en la comunicación de la decisión de transmitir, realizada por el arrendador, pues como hemos observado no se trata de una declaración de voluntad dirigida al tanteante, sino una simple comunicación de un evento. Comunicación, que, además, como hemos observado, no es imprescindible para el ejercicio del tanteo.

La doctrina no ha sido clara al respecto pues, sin entrar en el análisis pormenorizado de la naturaleza de tal acto, ha considerado generalmente que con este acto se perfeccionaba un determinado modo

(115) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 70-72.

adquisitivo. Y, otras veces, se ha considerado que con el acto de ejercicio del derecho de tanteo se vinculaba al alienante a vender al titular del derecho (116).

La jurisprudencia, sin embargo, presenta una línea de actuación bastante uniforme y constante. Ante una controversia sobre el ejercicio válido o no de un derecho de tanteo o de retracto, una vez que ha reconocido la existencia de tal derecho, ha condenado al propietario a otorgar escritura pública de transmisión de la propiedad. Por tanto no ha considerado que el mecanismo de adquisición de la propiedad se hubiese perfeccionado con el acto de ejercicio del derecho de tanteo o retracto. Ni siquiera ha considerado que la adquisición se hubiese realizado y faltase un título inscribible al que condena a otorgar, puesto que en este caso la sentencia firme que declarase válido el ejercicio del derecho de tanteo o retracto debería bastar como documento inscribible. Todo lo cual quiere decir que el Tribunal Supremo considera que falta todavía un requisito para que se perfeccione la adquisición, no sólo los aspectos registrales. Requisito al que unas veces se refiere la jurisprudencia como escritura pública de compraventa (117) y otras escritura pública de transmisión de la propiedad (118). Advierte, además, el Tribunal, que se otorgará de oficio si no se realiza voluntariamente (119). Escritura pública que, en todos los casos, en la práctica notarial, contiene un contrato de compraventa (120).

También es doctrina consolidada por nuestro Tribunal Supremo que el sujeto que ejercita el derecho de tanteo debe consignar en el momento que ejercita tal derecho las cantidades que señala el art. 1518 del Cc. expresamente para el retracto (121). Y es la propia jurisprudencia la que explica que tal requisito se exige por una finalidad de garantía para el alienante (122).

(116) V. SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, p. 364; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *loc. cit.*, p. 330 y LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 359. V., igualmente STS de 21-X-1961 (RA 3316); 30-I-1965 (RA 1803); 22-XII-1969 (RA 6201); 30-VI-1970 (RA 3286).

(117) V. STS de 30-VI-1970 (RA 3286); 23-I-1971 (RA 289); 11-IV-1973 (RA 1736); 26-V-1982 (RA 2602); 13-VII-1982 (RA 4233); 12-VI-1984 (RA 3232); 29-IV-1986 (RA 2066); 3-III-1990 (RA 1663).

(118) V. STS de 30-VI-1971 (RA 3348); 7-VII-1982 (RA 4218).

(119) V., especialmente, STS de 13-VII-1982 (RA 4233); 12-VI-1984 (RA 3232); 3-III-1990 (RA 1663).

(120) V. *Formulario de Arrendamientos Urbanos*. Editorial Aranzadi, Madrid 1988, pp. 15-17.

(121) V. STS de 12-III-1969 (RA 1232); 22-XII-1969 (RA 6201); 30-VI-1970 (RA 3286); 23-I-1971 (RA 289); 24-II-1974 (RA 539); Audiencia Territorial de Granada, 12-VII-1984 (en *RGD*, 1985, p. 2026).

(122) V., especialmente, STS de 22-XII-1969 (RA 6201). No obstante, se trata de una obligación que dificulta enormemente la posibilidad de ejercicio del tanteo, pues en un plazo relativamente breve, 60 días, el sujeto que pretenda ejercitar tal derecho deberá hacerse con sumas de dinero muy considerables. Y así como el tercero ha podido tener tiempo, durante la negociación contractual, para la que no hay límites

Ante este panorama generalmente se ha acudido a procedimientos contractuales para explicar la adquisición de la propiedad por parte del tanteante. La mayoría de los autores han considerado que con el acto de ejercicio del tanteo se realiza la aceptación de una oferta que habría contenido la comunicación del alienante (123). Desde ese momento nacerá para ambas partes la obligación de elevar la transmisión a escritura pública para su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Cualquier contratante, por tanto, podrá compeler al otro a otorgar escritura pública (art. 1279 del Cc.).

No obstante, al negar la calificación de oferta de la comunicación que debe realizar el arrendador y admitir la posibilidad de ejercicio del derecho de tanteo, incluso, cuando adquiera el tanteante conocimiento completo de la proyectada transmisión por un medio diferente de dicha notificación, el esquema de la oferta y la aceptación no resulta admisible.

Otros autores, manteniéndose en esquemas contractuales, y, admitiendo que la notificación realizada por el alienante no contiene una oferta, consideran que el acto de ejercicio del tanteo perfecciona una figura jurídica en virtud de la cual nacen para el arrendador y para el arrendatario, según algunos autores, un contrato definitivo y, según otros, una obligación de contratar (124).

No obstante, esta interpretación plantea algunos interrogantes: ¿Se puede considerar que con el acto de ejercicio del derecho de tanteo se ha perfeccionado un contrato preliminar, o un contrato definitivo? En estos casos observamos la falta de intercambio de consentimientos. ¿Nos encontramos ante una figura de contrato concluido unilateralmente? La doctrina últimamente ha escrito mucho sobre la creciente tendencia a la conclusión de contratos unilateralmente. Sin embargo, esta posibilidad todavía choca frontalmente con la figura de un contrato del que nacen obligaciones para ambas partes (125).

Desde una perspectiva más general, tradicionalmente la doctrina española y numerosa jurisprudencia han entendido, generalmente, que el acto de ejercicio del derecho de tanteo y de retracto provocan una subrogación en el procedimiento contractual entablado entre el alienante y el tercero. En este sentido, se ha observado que el arrendatario, al ejercitar el derecho de tanteo se subroga en la posición del tercero, y, por tanto, se concluye con él la transmisión, en lugar de con este tercero. En materia de retracto, se produce igualmente una subrogación y se resolverá el contrato respecto del tercero (126). No obstante, son ya

temporales, de procurarse préstamos u otros medios de financiación, mucho más difícil resultará obtenerlos al tanteante que dispone sólo de 60 días.

(123) V., *supra* nota 82.

(124) V. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 343.

(125) V. NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 90-91.

(126) V., especialmente, ALVAREZ MARTÍNEZ, C., «La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser», en *RGD* 1955, pp. 468 y ss.; ARECHE-

numerosos los autores españoles que, al menos, por lo que se refiere al retracto, han criticado la idea de subrogación. El tercero ya ha adquirido la propiedad, el contrato ha producido todos sus efectos. Nos encontramos pues, no con una situación contractual, sino real. Y nuestro ordenamiento no conoce la figura de la subrogación sino en relación a situaciones contractuales. Sin embargo, incluso la doctrina que se muestra crítica respecto a la idea de subrogación en el retracto, generalmente, la admite para el tanteo (127). No obstante, consideramos que sólo se puede usar este término de un modo genérico, porque su expresividad pone de manifiesto el poder de exclusión que tiene el titular del derecho de tanteo, pero no de una forma escrupulosamente técnica. Las posiciones jurídicas del tercero pueden ser muy variadas, puede haber realizado sólo una oferta, sin haber recibido todavía una aceptación por parte del alienante, puede haber estipulado un precontrato, un preliminar, un contrato definitivo, puede, incluso en base a este contrato definitivo haber entregado un anticipo del precio. La posición del tanteante, sin embargo, no queda afectada por la que ocupase el tercero. Una vez recibida la notificación por parte del arrendador, el tanteante siempre se encontrará en condiciones de depositar el precio en las condiciones pactadas entre el alienante y el tercero y de ejercitar el derecho de tanteo, pudiendo dirigirse a los tribunales para que condenen al propietario al otorgamiento de escritura pública de transmisión de la propiedad. Y se encontrará en esta posición, independientemente de que el tercero fuese sólo un oferente, o un contratante de cualquier tipo de negocio jurídico.

Tampoco es posible considerar que, en la comunicación del pacto definitivo, el alienante haya expresado una aceptación tácita que convertiría, en todo caso, al unirse con la comunicación del tanteante que constituiría una oferta, a este último sujeto en parte de un contrato definitivo, aun subrogándose en cualquier otro tipo de posición jurídica del tercero. Esta interpretación no es posible desde el momento que hemos considerado que la comunicación que realiza el arrendador no es una declaración de voluntad negocial, sino una comunicación de un evento que es obligatoria por imperativo legal. No obstante, aun suponiendo que implicase una voluntad tácita de aceptación de una oferta realizada por el tercero, por ejemplo, no se trataría de un acto o comportamiento dirigido a ese tercero, receptor de la voluntad de aceptación, luego no perfeccionaría el contrato preliminar o definitivo con este sujeto. Y en caso de considerarse que la declaración del tanteante

DERRA ARANZADI, L., *El tanteo...* loc. cit., p. 28; AZPIAZU, J., loc. cit., pp. 86, 88; FIGA FAURA, L., loc. cit., p. 881; GÓMEZ CALERO, J., loc. cit., p. 774; HIJAS PALACIOS, J., loc. cit., p. 540; DE LA RICA, R., loc. cit., pp. 1038 y ss.; SANTOS BRIZ, J., loc. cit., pp. 337 y ss. En jurisprudencia, v., STS de 28-III-1969 (RA 1653), 21-II-1970 (RA 640), 18-I-1974 (RA 197); 30-IV-1985 (RA 2004); 6-X-1989 (RA 6894).

(127) V., especialmente, ALBALADEJO, M., op. cit., pp. 342 y ss.; COCA PAYEBRAS, M., op. cit., pp. 41 y ss., 55 y ss.

contiene una oferta, ninguna norma se refiere a la necesidad de una aceptación dirigida a este sujeto, cuando, después de ejercitado el tanteo, se haya situado en la misma posición del tercero.

Por otra parte, en caso de admitir un esquema de oferta y aceptación en el intercambio de comunicaciones entre el alienante y el tanteante, nos encontramos con un nuevo proceso contractual que discurre paralelo y se contradice con el de la subrogación.

Toda esta hipotética construcción que ponemos en tela de juicio resulta aún más contradictoria en caso de ejercicio del derecho de tanteo sin que haya habido ningún tipo de comunicación por parte del alienante, con lo que no sería posible ni siquiera imaginar una voluntad negocial por parte del alienante que explicase la distinta posición jurídico obligatoria en la que se pueden encontrar tanteante y tercero.

Una cosa es que presupuesto del derecho de tanteo sea la existencia de un tercero con el que el arrendador haya convenido un proyecto definitivo de transmisión y que el tanteante deba adquirir en las mismas condiciones contractuales que el alienante había pactado con aquel tercero, y otra, que se deba situar en la misma fase o posición jurídico-negocial en que este tercero se encontraba.

Todo lo anterior nos lleva a considerar que nos encontramos con el ejercicio del derecho de tanteo que, incluso, cuando se trata de un ejercicio tempestivo y válido no es suficiente para adquirir la propiedad, como demuestra la jurisprudencia al condenar a otorgar escritura pública sin que ello se realice con el único fin de obtener un título inscribible, pues ya sería suficiente, como hemos dicho, la sentencia. No obstante, es posible igualmente deducir de la doctrina jurisprudencial ya consolidada en nuestro sistema jurídico que, si bien no es suficiente para producir la transmisión de la propiedad, el simple acto de ejercicio del derecho de tanteo produce efectos en la esfera jurídica del alienante. Es decir, una declaración unilateral de voluntad de un sujeto produce un cambio en la situación jurídica de otra que no puede sino sufrir tal efecto. Nos encontramos, por tanto, ante un derecho potestativo cuyo efecto no es como vemos, la adquisición de la propiedad, o, contemplado desde el punto de vista del sujeto que sufre el efecto de la declaración unilateral del titular del derecho de tanteo o retracto, la transmisión de la propiedad del patrimonio del alienante al suyo, sino el nacimiento para el alienante de la obligación de realizar los actos que conducen al perfeccionamiento del procedimiento adquisitivo con el titular del derecho de tanteo. Nace una obligación cuyo origen es el ejercicio de un derecho potestativo de origen legal (128). El alienante se encontrará en una situación de sujeción, pues se producirá una modificación en su situación jurídica independientemente de su adhesión voluntaria. Y no consideramos que sea obstáculo a esta afirmación el

(128) V., en este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 73 y COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, p. 157. En contra, expresamente IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 17-24.

hecho de que el alienante pueda realizar un comportamiento tendente a frustrar la satisfacción del derecho de tanteo, por ejemplo, transmitiendo de todas formas el bien al tercero, aunque el contrato en virtud del cual se realice esta transmisión sea válido (129). El ordenamiento establece un mecanismo complejo de protección del derecho de adquisición preferente por el que la situación de vinculación, que viene determinada por la propiedad del bien, no se extingue sino por un acto voluntario del titular del derecho de adquisición preferente, es decir, por la renuncia expresa o tácita al ejercicio del derecho. Existe sólo la posibilidad de cambio del sujeto directamente afectado, como es posible cambiar el titular de la situación jurídica tenida en cuenta por el legislador y a la que vincula la situación de sujeción, pero ello no significa que el sujeto obligado tenga el poder de frustrar la satisfacción del derecho de adquisición preferente.

Todo lo anterior nos lleva a concluir, por tanto, que nos encontramos ante un modo de adquisición que no se perfecciona con un solo acto sino que precisa de una serie de actos. Podemos, además, afirmar que se trata de un procedimiento o sucesión de actos que se inicia heterónomamente, es decir, no es la autonomía privada lo que pone en funcionamiento el mecanismo de adquisición que supone el derecho de tanteo. No se trata de un acuerdo de voluntades. Estamos ante una hipótesis formada de ciertos presupuestos de hecho: —voluntad de alienar, proyectada enajenación con un tercero, conocimiento cabal y completo de tal evento. A esta hipótesis la ley acompaña el nacimiento de un derecho a ser preferido, a adquirir con preferencia. Tal derecho producirá sus efectos sólo si el sujeto titular quiere ejercitarlo. Y una vez ejercitado continua el proceso adquisitivo con el nacimiento, por imperativo legal, de una obligación jurídica, para el alienante (130). Observamos, pues, que se trata de un modo de adquisición de la propiedad cuyo origen no se encuentra en un intercambio de consentimientos, en la autonomía de la voluntad. Nos situamos ante un modo de adquisición de la propiedad que inicia heterónomamente por la relación que establece la ley entre el inicio de dicho procedimiento adquisitivo y el ejercicio de un derecho concedido legalmente.

Nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de constitución legal de derechos reales y de forzosa transmisión de la propiedad. Entre estos casos, hay supuestos en los que la ley los crea directamente y otros en los que la ley concede el derecho a una persona a exigir la constitución o transmisión y el deber a otra persona de llevarla a cabo. Generalmente este derecho se encauza a través de un procedimiento

(129) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 87-89, el cual se basa en este punto para criticar la calificación de sujeción de la situación del alienante, después de haberse ejercitado el derecho de tanteo.

(130) Nacerá también una obligación para el titular del derecho de tanteo, a la que no hacemos referencia pues nace por el ejercicio voluntario de un derecho propio.

que puede ser administrativo o judicial (131). Consideramos que, en el modo de adquisición activado por el tanteo, nos situamos ante una forzosa transmisión de la propiedad que se aproxima, si bien no se identifica, a la hipótesis de venta forzosa. Con el ejercicio del derecho de tanteo se crea «ex lege» un vínculo obligatorio que obliga a transmitir la propiedad a una persona determinada, al tanteante. Se inicia un procedimiento adquisitivo de origen legal. Sin embargo, la transmisión forzosa de la propiedad adviene mediante la inserción de una fase previa jurídico-obligatoria. En la explicación ofrecida por algunos autores, en virtud de la cual el acto de ejercicio del derecho de tanteo perfeccionaba un contrato, ya fuese preliminar o definitivo, el título para la adquisición, la causa jurídico-obligatoria es producto de una voluntad negocial, cuya existencia hemos puesto en entredicho. En la presente interpretación el título para la adquisición es una obligación nacida de la ley. Lo forzoso, de modo inmediato, es la obligación. Obligación de transmitir al tanteante. Obligación cuyo contenido y satisfacción se plasman en la realización del esquema jurídico de transmisión, de intercambio de cosa por precio. Esquema que se aproxima a una venta forzosa, en el que el transmitente está obligado a transferir la propiedad y en el que las condiciones de dicho intercambio están prefijadas, todo ello por imperativo legal. Pero para que se produzca el efecto jurídico-real es necesario cumplir el esquema general, realizando el traspaso de la posesión a título de dueño. Traspaso que, si no se ha realizado de otro modo, se obtendrá mediante la *traditio brevi manu* a la que hace referencia el art. 1462 del Cc., a través del otorgamiento de escritura pública. En todo caso, dicha escritura cumplirá la exigencia de publicidad frente a terceros, que cualquiera de las partes de la relación obligatoria puede compeler a la otra para que venga satisfecha. De ahí que, en todo caso, se exija por el Tribunal Supremo, al reconocer un ejercicio tempestivo y oportuno del derecho de tanteo.

En el supuesto, sin embargo, del ejercicio del derecho de tanteo del arrendador en caso de traspaso, igualmente se produce la transmisión de una situación jurídico-obligatoria a través de un procedimiento de origen heterónimo. Con el ejercicio del derecho se crea el vínculo obligatorio que obliga a suscribir el traspaso y a otorgarse por escritura pública (art. 32 de la LAU). Se trata de un procedimiento de origen heterónimo en cuyo esquema se observa la constitución legal de un vínculo y, por tanto, de una obligación cuyo cumplimiento perfeccionará el procedimiento de traspaso.

En Italia, es posible observar igualmente una pluralidad de explicaciones que interpretan el procedimiento de adquisición de la propiedad que se activa con el ejercicio del derecho de tanteo.

(131) DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pp. 683-684.

La ley de 27 de julio 1978, n. 392, concretamente el art. 38.4, se refiere, a diferencia de la normativa española de arrendamientos urbanos, más concretamente a dicho procedimiento. El párrafo 3.º de este mismo artículo se refiere al plazo dentro del cual, el arrendatario, si quiere, puede ejercitar el tanteo «ofreciendo condiciones iguales a las comunicadas». Y el párrafo 4.º, que es el que plantea mayores problemas de interpretación en esta materia, señala que, cuando el derecho de tanteo se haya ejercitado, la entrega del precio deberá realizarse, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del sexagésimo día desde la notificación, y, salvo que en tal comunicación se indique otra cosa, simultáneamente a la estipulación del contrato de compraventa o del contrato preliminar.

Diferentes explicaciones ha sufrido esta referencia a la estipulación de un contrato definitivo o preliminar posterior al ejercicio del tanteo, que constituye una novedad respecto a cualquier otra figura de tanteo legal de este ordenamiento.

Tradicionalmente se ha considerado que la comunicación realizada por el arrendador fuese una verdadera y propia oferta de contrato y el acto de ejercicio del tanteo supondría una aceptación. Se perfecciona así un contrato de compraventa o un preliminar de compraventa (132).

Además de las críticas que ha recibido la consideración de que la comunicación debida por el arrendador constituye una oferta, esta interpretación produce cierta perplejidad al intentar armonizarla con el párrafo 4.º del art. 38. La previsión de la estipulación de un contrato, que, incluso, puede ser una preliminar, resulta anómala y paradójica si ya se ha concluido, con el acto de ejercicio del tanteo, un contrato.

Algunos comentaristas han propuesto superar esta paradoja entendiendo el término «estipulación» no como sinónimo de formación del contrato, sino como reproducción documental del mismo (133). De todas formas, siempre permanece la anomalía de que esta norma prevé, en el caso de que se estipule un contrato preliminar, la obligación de entregar simultáneamente el precio. Se ha intentado explicar a través de una figura de preliminar con efectos legalmente anticipados respecto de una sola parte, o, como una imperfección técnica de una norma cuya pretensión era tomar posición sobre la cuestión, objeto de debate en tema de tanteo rústico, sobre si la aceptación del tanteante diese lugar a la formación de un preliminar o de un definitivo (134).

Otros comentaristas, en base a que la norma no hace referencia específica a la realización de un acto que reúna los requisitos necesarios

(132) V. ALOISIO, R., *op. cit.*, p. 499; CAPUTO, E., «Natura giuridica della denuntiatio», en *Giust. civ.* 1983, I, 1332; CASAROTTO, G. G., *loc. cit.*, pp. 633 y ss.; Cass., 16-VI-1988, n. 4103, en *Giust. civ.* 1988, I, 2585; T. Roma, 10-VI-1981, en *Giur. merito* 1983, I, 651; T. Roma, 15-VI-1981, en *Temi rom.* 1981, II, 228; T. Rieti, 17-IV-1987, en *Giust. civ.*, I, 1543.

(133) V. TERZAGO, G., *op. cit.*, p. 51.

(134) V. ALOISIO, R., *op. cit.*, p. 1154.

para la transcripción y admitida la imposibilidad de que los contratos previstos desarrollen una función causal respecto de la transmisión de la propiedad del inmueble, asignan a tal contrato la naturaleza de contrato de mera comprobación, cuyo único efecto sería el de hacer exigible el precio. Explican la «ratio» de la norma por la exigencia de subordinar el pago del precio a una situación en la que la adquisición del tanteante no sea contestada (135).

Estas últimas teorías han sido criticadas pues las comunicaciones que tienen que hacerse las partes deben realizarse por acto notificado por medio de oficial judicial. No parece, por tanto, posible compartir la tesis, según la cual el legislador incurriendo en defectos técnicos e imperfecciones terminológicas, habría querido referirse a una nueva reproducción documental. La previsión, por otra parte, de la formación del acto de venta con los requisitos necesarios para la transcripción, podría haber tenido sentido, pero el texto del art. 38.4 no hace referencia expresa. También ha recibido críticas la teoría del negocio de comprobación pues el verdadero contrato se habría perfeccionado por manifestaciones de voluntad notificadas fehacientemente, lo cual hace inútil el segundo negocio. Tampoco sería necesario estipular un contrato para exigir el precio pues la misma norma señala un plazo (136).

Según otra parte de la doctrina, con el acto de ejercicio del derecho de tanteo sólo se impide que el arrendador se libere de la obligación de preferir, en caso de conclusión del contrato, al tanteante, pero no obliga a concluir ningún contrato, no surge ningún vínculo contractual, definitivo o preliminar entre las partes de la relación de tanteo (137).

Otros comentaristas han interpretado el citado art. 38 en el sentido de que con el acto de ejercicio del derecho de tanteo se perfecciona un contrato preliminar que obliga a la estipulación de un contrato sucesivo que tendrá eficacia traslativa, salvo que ésta se quiera suspender. El art. 38.4, cuando se refiere a la celebración de un preliminar posterior a dicho ejercicio del derecho de tanteo, lo está haciendo a «un preliminar impropio o a un compromiso» (si bien, siempre definitivo) cuando las partes, de acuerdo, lo hayan así elegido, decidiendo no pro-

(135) V. CASAROTTO, G. G., *loc. cit.*, pp. 639-642.

(136) V. GIARDINI, P. M., *op. cit.*, pp. 260-261.

(137) GIARDINI, P. M., *op. cit.*, pp. 262-267 (este autor mantiene esta tesis, si bien añade que este es el mecanismo de adquisición de la propiedad a través del ejercicio del tanteo, independientemente de la posible responsabilidad precontractual en que podría incurrir el arrendador. Podría aproximarse este caso al art. 1328 Cc. en virtud del cual incurre en responsabilidad del proponente que haya revocado la propuesta frente al aceptante que, en buena fe, ha comenzado la ejecución antes de conocer la revocación, v. pp. 272-273); MOSCARINI, L. V., *op. cit.*, p. 723 (si bien este autor, en caso de tanteo por estipulación de un nuevo contrato de arrendamiento considera que la notificación realizada por el arrendador constituye una oferta contractual); ZAMBRAÑO, V., *loc. cit.*, pp. 107-108.

ceder por el momento, por sus razones, a la elevación de escritura pública (138).

Para otros autores, el ejercicio del derecho de tanteo, de acuerdo con el art. 38.4 de la ley n. 392, provoca el nacimiento de una obligación de contratar (139).

En relación al derecho de tanteo en otras materias, se ha desarrollado la interpretación del derecho de tanteo como derecho potestativo cuyo ejercicio produce la adquisición de la propiedad sin necesidad de ninguna adhesión o intervención del alienante (140). Y posteriormente esta consideración, algunos autores y cierta jurisprudencia,

(138) CIANI, G., «Le prelazioni a favore del conduttore nella locazione ad uso non abitativo», en *Le locazioni per uso non abitativo – Atti del Convegno di Milano 5-luglio-1979*, Padova 1979, p. 109.

(139) Esta tesis la sostienen autores que parten de presupuestos muy diversos. En este sentido, FURGIUELE, G., *op. cit.*, p. 125, considera que la comunicación realizada por el arrendador constituye una declaración no negocial, cuya única finalidad es poner en conocimiento del arrendatario un evento. El ejercicio del derecho de tanteo provoca el nacimiento de una obligación de estipular un contrato. Efecto que no comparten todos los esquemas de tanteo legal en Italia, pero que no puede negarse en el caso de arrendamientos urbanos, a pesar de que ello implique una cierta artificiosidad, pues así se deduce del párrafo 4.º del citado art. 38.

Sin embargo, TRIOLA, R., *op. cit.*, que considera que el acto de comunicación debido por el arrendador constituye una oferta, interpreta el art. 38.4 (l. n. 392) en el sentido de que con el ejercicio del derecho de tanteo nace sólo la obligación de contratar que se actualizará sucesivamente en la estipulación de un contrato definitivo o preliminar. Constituye un supuesto en el que se deroga el principio de que la aceptación, cuando llega a conocimiento del oferente, concluye el contrato. En esta hipótesis, el «iter» de formación del contrato es más largo.

Partiendo del presupuesto de que dicha comunicación no constituye una oferta, se muestran en la línea de interpretar que el ejercicio del tanteo hace surgir una obligación de contratar: Cass., 9-V-1985, n. 2897, en *Foro it.* 1985, I, 3105; Cass., 26-X-1985, n. 5283, en *Rass. equo canone* 1985, 236; Cass., 19-I-1988, n. 356, en *Foro it.* 1988, I, 1148; Cass., 4-XII-1989, n. 5357, en *Giust. civ.* 1990, I, 1307; Cass., 4-XII-1989, n. 5338, en *Giust. civ. Mass.* 1990; Cass., 4-XII-1989, n. 5359, en *Corriere giuridico* 1990, pp. 465 y ss.

(140) No obstante, a pesar de la consideración común del tanteo como derecho potestativo, no todos los autores consideran que su ejercicio produce los mismos efectos. V., en materia de tanteo rústico, BENEDETTI, G., «Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici», en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Milano 1978, pp. 898 y ss. (si bien este autor está de acuerdo con la naturaleza potestativa del tanteo, excluye que el acto de ejercicio de tal derecho realice la transmisión, en cuanto que no sería idóneo para representar por sí mismo la causa inmediata que justifica la transmisión. Con ese acto el tanteante pondría de manifiesto la existencia actual y concreta de su interés en la adquisición del bien. La transmisión derivaría de una sentencia constitutiva); GERMANO, A., «La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali», en *Giur. agr.* 1973, pp. 96 y ss. (no obstante, este autor considera que el efecto inmediato del ejercicio del tanteo será una modificación subjetiva en el procedimiento negocial en curso. El acto de ejercicio del derecho de tanteo concluirá el contrato con la consiguiente transmisión de la propiedad); CIANCIO, M., *Prelazione e acquisto di fondi rustici*, Padova 1978, pp. 39 y ss. En materia de tanteo sucesorio, v. NUZZO, M., *op. cit.* pp. 96 y ss. (estos últimos autores citados afirman que el tanteo supone un derecho potestativo que se ejercitaría mediante un negocio unilateral recepticio idóneo por sí mismo para realizar la transmisión del bien en favor del tanteante).

la han extendido también al ámbito del tanteo en los arrendamientos urbanos (141).

Una vez analizado el modo de adquirir la propiedad por el ejercicio del derecho de tanteo, cobra sentido plantearnos una cuestión que, en su momento, quedó abierta.

Observamos que el derecho de tanteo puede ser ejercitado, incluso, cuando se ha celebrado un contrato de compraventa, pero todavía no se ha transmitido la posesión. En este caso, nos encontramos ante dos procedimientos que llevan a la adquisición de la propiedad, iniciados con dos personas distintas, uno de origen convencional y otro legal. Entendemos que por su origen legal, imperativo, deberá prevalecer este último, si bien ello no impide que el tercero, con el que el alienante había celebrado el contrato, pueda exigir responsabilidad civil a éste.

VIII. LÍMITES QUE LA LEY IMPONE AL ARRENDATARIO QUE ADQUIERE LA PROPIEDAD Y AL ARRENDADOR QUE RECOBRA EL USO DEL LOCAL DE NEGOCIO POR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO

El arrendador, si ejercita el derecho de tanteo y se consuma el traspaso, debe permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de otro año, y destinarlo durante este tiempo, por lo menos, a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario (art. 32.2.^a). No obstante, el art. 38 de la LAU establece que el propietario que adquiera sin existencias el local de negocio, en virtud de los derechos de tanteo o retracto, no vendrá obligado a continuar ejerciendo industria o comercio en dicho local.

El arrendatario que adquiera a través del ejercicio del derecho de tanteo, así como su heredero o legatario, no podrá transmitir por actos «inter vivos» el piso adquirido hasta que transcurran dos años desde la adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna (art. 51.1 de la LAU) (142).

En caso de que la norma anterior sea infringida y se transmitiera la vivienda antes del plazo de los dos años, podrá el perjudicado interponer demanda judicial, solicitando que se resuelva el anterior contrato

(141) V. especialmente, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 277-279. Este autor interpreta que el sucesivo contrato a que se refiere el art. 38.44 tendrá el limitado valor de una consagración documental (v. pp. 256-257, 275); Cass., 10-IV-1986, n. 2521, en *Foro it.* 1986, I, 2162; Cass., 17-IV-1986, n. 2726, en *Foro it.* 1986, I, 2161; Cass., 29-VII-1987, n. 6576, en *Arch. locazioni* 1987, 644; Cass., 8-IX-1987, n. 7229, en *Foro it.* 1988, I, 2636; Cass., 7-XI-1987, n. 8247, en *Foro it.* 1988, I, 1149; Cass. 14-III-1988, n. 2427, en *Giust. civ.* 1988, I, 1707.

(142) Respecto a la interpretación de la expresión «venir a peor fortuna», v. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 183-192.

de compraventa entre el antiguo propietario y el entonces inquilino y el celebrado entre éste y el nuevo adquirente (art. 51.2 de la LAU).

El que adquiere por actos «inter vivos» una finca urbana compuesta de pisos o departamentos no podrá enajenar como fincas independientes los que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendados hasta transcurridos cuatro años desde dicha adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna (art. 52 de la LAU).

Se pretende así proteger la finalidad social de la disciplina del derecho de tanteo y retracto contenida en la LAU, impidiendo que los arrendatarios puedan valerse de este privilegio, concedido por la ley, únicamente con fines especulativos.

La jurisprudencia italiana, en ocasiones, ha sancionado con nulidad ambas ventas, la del alienante con el tanteante y la del tanteante con el tercero. Se ha justificado por ilicitud de la causa que afectaría al negocio (143); o en la falta de legitimación subjetiva para el ejercicio del tanteo por parte del sujeto que lo ha ejercitado (144), y a menudo también se observa una hipótesis de fraude de ley «ex» art. 1344 del Cc. (145). No obstante, también se pueden observar decisiones en las que la jurisprudencia italiana declara que, en base a que estamos ante un supuesto no previsto expresamente en la ley n. 392 del 1978, y que no puede considerarse regulado por una norma jurídica que pueda deducirse de los principios generales, no es nulo el acto de adquisición del tanteante (146).

La doctrina, en su mayoría, sólo sanciona los casos en los que no sólo se produce una reventa inmediata, sino que, además, se observa un acuerdo dirigido a hacer de este mecanismo de adquisición un instrumento para defraudar los derechos del tercero (147), o sanciona con nulidad exclusivamente el segundo negocio (148). Algunos autores han señalado que no puede hablarse de ilicitud de causa, al máximo de motivo ilícito que tendrá relevancia para el ordenamiento cuando exista acuerdo entre los contratantes. Podrá, entonces, sancionarse el se-

(143) V. App. Torino 24-IX-1971, en *Giur. it.* 1974, I-2, 291.

(144) V. Cass., 21-VI-1979, n. 3446, en *Giust. civ.* 1979, I, 2103; Cass., 28-IV-1981, n. 2591, en *Giust. civ.* 1981, I, 1561.

(145) V. Cass., 22-VII-1981, n. 4709, en *Giust. civ.* 1982, I, 156. En materia de arrendamientos rústicos, la Corte de Casación se ha orientado en el sentido de declarar la nulidad del contrato entre alienante y tanteante y entre éste último y el tercero, en cuanto celebrados en fraude de ley (v. Cass., n. 4923/1988). Uno de los argumentos con el cual se ha sostenido esta orientación se basa en el segundo párrafo del art. 28 de la ley n. 590 del 1965 sobre arrendamientos rústicos según el cual: «... la venta del fondo adquirido con los beneficios de la presente ley no puede tener lugar antes de que transcurran 10 años de la adquisición». En la ley que regula los arrendamientos urbanos no se observa una disposición similar.

(146) Cass., 23-XI-1990, n. 11325, en *Mass. Giust. civ.* 1990; App. Napoli, 28-I-1985, en *Vita not.* 1985, 1300.

(147) V. CASAROTTO, G. G., *op. cit.*, pp. 401-402.

(148) V. TRIOLA, R., en nota a Cass., 21-VI-1979, n. 3446, en *Giust. civ.* 1979, I, 2103.

gundo negocio con nulidad (149). Por tanto, legitimado a alegarla está cualquier sujeto interesado, y, en consecuencia, también el alienante vinculado por el tanteo. Por último, también se pueden observar algunos comentaristas que consideran más apropiado reconducir esta cuestión al concepto de abuso de derecho. Sería, en consecuencia, el resarcimiento del daño el único instrumento que se reconoce al tercero para salvaguardar los intereses sacrificados por el abuso de derecho así realizado (150).

La doctrina, en definitiva, muestra la necesidad de una solución normativa de esta cuestión, estableciendo legislativamente un período de inalienabilidad del inmueble bajo pena de nulidad, o legitimando al sujeto que pretendía adquirir la propiedad y vio frustrado su intento por el ejercicio del derecho de tanteo para ejercitar el retracto contra el tercero, que ha adquirido del arrendatario dentro de ese lapso de tiempo (151).

IX. RENUNCIA DEL DERECHO DE TANTEO

El artículo 6 de la LAU establece como principio general la irrenunciabilidad de los beneficios que otorga la Ley de Arrendamientos Urbanos por parte de los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y los subarrendatarios de las mismas, considerando nulo y sin valor alguno cualquier acuerdo que lo contradiga.

Sin embargo, permite la renuncia a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio.

Esta prohibición no rige para el arrendador, sea de viviendas o de locales de negocio. No obstante, los arrendatarios de viviendas calificadas legalmente como «suntuarias» pueden también renunciar a los beneficios legales. Estas viviendas son aquellas que, ocupadas, por primera vez en las fechas que el citado artículo 6 determina, devengasen mensualmente en la respectiva fecha tope, también fijada por esta norma, una cantidad por renta no inferior a la que se señala en el precepto citado. Pero queda intangible el derecho a la prórroga del contrato, que es irrenunciable siempre, salvo que sea de los concertados al amparo del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, pues en él se permite que las partes lo desvinculen de la LAU en cuanto al régimen de prórroga legal.

La renuncia que se prohíbe es la renuncia en el contrato de arrendamiento. La Ley no permite pactos por los cuales el arrendatario deje de adquirir los derechos que, como contenido de la relación jurídica, se deberían de incorporar a su patrimonio. Pero no prohíbe que se renun-

(149) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 149 y ss.

(150) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 152-153 y TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 131-133.

(151) V. VARRONE, M., *loc. cit.*, pp. 216-217.

cie al ejercicio de los mismos, una vez que se dan los presupuestos para ello.

Por tanto se deduce que el arrendatario de vivienda no podrá renunciar al derecho de tanteo en el contrato de arrendamiento. Sólo será válida su renuncia una vez perfeccionados los presupuestos para su ejercicio (152). La jurisprudencia admite incluso la renuncia tácita «cuando la conducta observada públicamente por el arrendatario revele, no sólo el pleno conocimiento de la relación jurídica creada por la venta a tercera persona del lugar que ocupaba en arrendamiento sino además el asentimiento por su parte... por implicar semejante forma de proceder un abandono consciente del derecho mencionado que, por su significación y eficacias jurídicas, entraña su renuncia implícita sobre todo si su titular se dio por notificado y renunció expresamente o tácitamente a su derecho...» (153).

El propietario arrendador puede, sin embargo, renunciar al derecho de tanteo y retracto en caso de traspaso del local de negocio (154), así como los arrendatarios de locales de negocio y los de viviendas «suntuarias» en caso de venta o cesión en pago del inmueble que ocupan, incluso en el contrato de arrendamiento. En estos casos, el sujeto alienante no tendrá obligación de comunicar el traspaso, la venta o cesión.

En el ordenamiento jurídico italiano, también, es nula la renuncia previa al derecho de tanteo. Incluso, la doctrina considera que una condición de este tipo hará nulo el contrato de arrendamiento si resulta que sin ella no se hubiese estipulado. Después del inicio del plazo de ejercicio del derecho de tanteo, sí se puede renunciar (155). Estas consideraciones se basan también en el «favor conductoris» que caracteriza la disciplina italiana de esta materia y, en concreto, la ley n. 392 de 1978. En particular, en los arrendamientos de inmuebles urbanos, el art. 79 de la citada ley declara la nulidad de «todo pacto dirigido» además de a limitar la duración del contrato o a atribuir al arrendador un canon superior al legal, también a «atribuirle otra ventaja en contraste con las disposiciones de la presente ley» (156).

(152) ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 384, en relación al derecho de retracto, señala que si el arrendatario conoce antes de la notificación, la transmisión, puede renunciar a su derecho sin tener que esperar a que se le notifique.

(153) STS de 11-II-1972 (RA 628). V. igualmente: STS de 9-V-1969 (RA 2446) en la cual el TS admite la renuncia tácita del derecho de retracto cuando se podía ejercitar y el arrendatario «realizó actos conscientes de significación contraria a la acción retractual que implican una renuncia clara de sus derechos colaborando personal y directamente a las indicadas transmisiones y siendo el promotor de la operación».

(154) V. STS de 22-XII-1969 (RA 6203).

(155) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 284, CAPUTO, E., *op. cit.*, pp. 7, 10 y 122; TRIFONE, F., *op. cit.*, p. 629; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 118-119.

(156) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 285.

