

LOS DERECHOS PÚBLICOS DE PREFERENCIA ADQUISITIVA EN MATERIA FORESTAL (*)

Por
VÍCTOR MENDOZA OLIVÁN
Doctor en Derecho
Abogado del Estado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL AUGE DE LOS TANTEOS Y RETRACTOS PÚBLICOS.—
II. LOS DERECHOS PÚBLICOS DE PREFERENTE ADQUISICIÓN EN MATERIA FORESTAL: I. *Legislación aplicable*. 2. *Fundamento*. 3. *Naturaleza jurídica*. 4. *Régimen*: A) Elementos subjetivos. B) Bienes afectados. C) Actos dispositivos. D) Tanteo y retracto: procedencia y plazos. E) Efectos. F) Ejercicio. 5. *Concurrencia con otros derechos de preferencia adquisitiva*.—
III. CONSIDERACIONES FINALES: EL ANACRONISMO Y LA DUDOSA JUSTIFICACIÓN DE ESTOS DERECHOS.

«La venta de tierras de la Corona de cualquiera de las grandes monarquías europeas produciría una gran cantidad de dinero que, si se aplicara al pago de la deuda pública, liberaría a la Corona de la hipoteca de una renta mayor que cualquiera de las generadas por aquellas tierras... Cuando las tierras reales se hubieran privatizado, al cabo de unos años estarían mejoradas y bien cultivadas.»

Adam SMITH, *La riqueza de las Naciones*, 1776,
libro V. Capítulo II, parte I.

I. PLANTEAMIENTO: EL AUGE DE LOS TANTEOS Y RETRACTOS PÚBLICOS

En la reciente legislación administrativa española llama poderosamente la atención la frecuencia con que se establecen, en favor del Estado y de las demás Entidades públicas, como medio para el cumplimiento de los fines de interés general a los que trata de servir en cada caso la ordenación correspondiente, derechos de preferencia adquisitiva sobre bienes privados, en su doble modalidad de tanteo y de retracto. Es el caso, por citar los supuestos más conocidos, de la Ley 16/1985, de 29 de junio, reguladora del Patrimonio Histórico Español; de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y la Fauna Silvestres, y,

(*) Este trabajo ha sido escrito para su publicación en el *Libro Homenaje* al Profesor José Luis LACRUZ BERDEJO, maestro eminente y amigo entrañable desde mis primeros años escolares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

finalmente, de la Ley 8/1990, de 21 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (1).

Bien puede decirse, por ello, que la técnica de los tanteos y retractos públicos, empleando el adjetivo público en el sentido subjetivo de derechos de adquisición preferente de bienes privados que se otorgan a una Administración pública, estatal o no (en alguna ocasión, como en el caso de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico, a dos simultáneamente), está de moda en el Derecho administrativo español de nuestros días.

Es cierto que este fenómeno del renacimiento de los derechos reales de adquisición de origen legal no constituye hoy una novedad ni fuera de España ni en nuestro Derecho —y así lo ha subrayado oportunamente la doctrina (2)—, pero hasta ahora se trataba de derechos de tanteo y/o de retracto establecidos casi siempre en favor de los particulares (el ejemplo prototípico es el de los arrendatarios de fincas rústicas y urbanas), incluso respecto de bienes públicos (3), aunque siempre por innegables motivaciones de interés público (en nuestro ejemplo, el acceso a la propiedad de inquilinos y colonos, en la línea de una política social encaminada a la redistribución de la riqueza).

Lo nuevo, respecto de este planteamiento tradicional, y en contraste con el mismo, es la utilización de las figuras jurídicas del tanteo y del retracto como instrumento no para redistribuir la propiedad privada, e incluso la pública, entre particulares, sino para aumentar, a costa de estos últimos, el patrimonio del Estado y de las demás personas jurídico-públicas, es decir, como medida al servicio

(1) Los artículos 33 y 38 de la primera (cuya constitucionalidad ha sido declarada por la sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero) reconocen sendos derechos de tanteo, y de tanteo y retracto, en favor, respectivamente, del Estado, y de éste y de las Comunidades Autónomas, en los casos de exportación y de enajenación de bienes declarados de interés general o incluidos en el Inventario General de dicho Patrimonio. El artículo 10.3 de la segunda atribuye a la «Administración competente... el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, en las transmisiones onerosas intervivos de terrenos situados en el interior» de un espacio declarado protegido. Finalmente, la Ley 8/1990 establece en sus artículos 90 a 97 un sistema de delimitación de áreas en las que se reconoce a los Ayuntamientos los derechos de tanteo y de retracto en caso de enajenación de terrenos sin edificar, de terrenos con edificación que no agote el aprovechamiento permitido por el Plan, con edificación en construcción, ruinoso o disconforme con la ordenación, e incluso de fincas edificadas conforme a la ordenación aplicable y de viviendas en construcción o construidas y de las sujetas a cualquier régimen de protección pública, en ciertas condiciones.

(2) G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XIX, 1980, págs. 452, 466 y, con referencia a España, 481 y ss.; F. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. segundo, 2.ª ed., 1991, pág. 436.

(3) Como es el caso de los propietarios colindantes de determinados solares o fincas rústicas del Estado, a que se refiere el artículo 67 de la Ley del Patrimonio del Estado, o el de los antiguos concesionarios de bienes incorporados a dicho Patrimonio, según el artículo 128 de la misma Ley, si se enajenan unos y otros.

de una cierta nacionalización de la propiedad (4). Un giro radical que, con independencia de su mayor o menor fundamentación y coherencia (y a ambos aspectos se dedican más adelante algunas consideraciones), no debe pasar inadvertido.

Las páginas que siguen tratan precisamente de ofrecer el análisis de un supuesto normativo tempranamente precursor de esta corriente nacionalizadora: el derecho de tanteo y de retracto reconocido originariamente en favor del Patrimonio Forestal del Estado (y hoy ejercitable por las distintas Comunidades Autónomas), en caso de venta a particulares de fincas forestales de extensión superior a 250 hectáreas (art. 17 de la Ley de 10 de marzo de 1941, sobre el antiguo Patrimonio Forestal del Estado), extendido más tarde al de transmisión a título oneroso de los montes situados en zonas declaradas protectoras, sujetos a convenio, consorcio o contrato con el Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (art. 29 de la Ley 5/1977, de 4 de enero, de fomento de la producción forestal) (5).

II. LOS DERECHOS PÚBLICOS DE PREFERENTE ADQUISICIÓN EN MATERIA FORESTAL

1. *Legislación aplicable*

Está constituida fundamentalmente por los dos preceptos citados en las Leyes mencionadas, complementados, respectivamente, por los artículos 63 a 68 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941, y por el artículo 80 del de 2 de mayo de 1978, para la aplicación de la Ley de fomento de la producción forestal. Sin embargo, de estos dos pares normativos, es el primero —al que el artículo 29 de la Ley 5/1977 expresamente se remite— el relevante a la hora de determinar el régimen jurídico de estos derechos de tanteo y de retracto, que son objeto de una minuciosa regulación —no exenta de problemas, por

(4) De los tres ejemplos legales recientes antes citados, tan sólo en la Ley 8/1990 se prevé (art. 97) la «devolución» al sector privado de las «viviendas [hay que entender las sujetas a protección pública] adquiridas en el ejercicio del tanteo y retracto por los Ayuntamientos», las cuales «serán adjudicadas mediante concurso entre quienes, no poseyendo otra vivienda, reúnan los demás requisitos establecidos por el régimen de protección pública».

(5) Este trabajo versa exclusivamente sobre los derechos públicos de preferencia adquisitiva establecidos en las leyes forestales citadas en el texto, y no se extiende, por tanto, a otros derechos de la misma naturaleza que, en virtud de títulos legales distintos, puedan recaer también sobre terrenos forestales, como, por ejemplo, los que reconoce la citada Ley 4/1989 —objeto de un copioso desarrollo normativo autonómico— cuando afecten a montes incluidos en el espacio natural que haya sido declarado protegido.

lo demás, desde la perspectiva del principio de jerarquía normativa (6)— en el citado Reglamento de 1941. Además, en virtud de la supletoriedad general del Código civil «en las materias regidas por otras leyes» (art. 4.3 de dicho Código), se aplicarán con tal carácter sus disposiciones sobre el «retracto legal», contenidas en los artículos 1521 a 1525.

Esta legislación debe completarse, dado el carácter compuesto del Estado que diseña nuestra Constitución, con la que eventualmente hayan podido dictar las Comunidades Autónomas que tengan competencia legislativa en la materia. A este respecto, los Estatutos de Autonomía para el País Vasco (art. 10.8), Cataluña (art. 9.º.10), Galicia (art. 27.10), Andalucía (art. 13.7), Valencia (art. 31.10), Aragón (art. 35.10) y Baleares (art. 10.7) atribuyen a las respectivas Comunidades Autónomas «competencia exclusiva» en materia de montes, «sin perjuicio de» (o «de acuerdo con» o «en el marco de») «lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la Constitución», precepto éste que declara que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «legislación básica sobre montes». «Nos encontramos, pues —ha dicho el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 71/1983, de 29 de julio—, ante un bien conocido esquema de distribución de competencias: *competencia exclusiva (de la Comunidad Autónoma) en una materia con sujeción a la legislación básica que sobre ella emita el Estado.*» Hasta la fecha, el único fruto normativo de estas competencias autonómicas ha sido la Ley 6/1988, de 13 de marzo, forestal de Cataluña, cuyo artículo 24, apartados 2 a 6, regula los derechos de tanteo y de retracto que estamos considerando en términos sustancialmente análogos a los del artículo 17 de la Ley de 1941 —que contendría, junto con el artículo 29 de la Ley de 1977, completados en lo menester por el Código civil, las «bases» de ordenación de esta materia—, aunque con algunas peculiaridades en tema de plazos de ejercicio de los mencionados derechos (7).

(6) El artículo 17 de la Ley de 1941 fue redactado de nuevo por el artículo 1.º del Decreto-ley de 1 de mayo de 1952 («BOE» del 23), en cuyo artículo 2.º «se autoriza al Ministro de Agricultura para modificar el artículo 63 del Reglamento aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941 para la aplicación de la Ley de 10 de marzo del mismo año, acomodando su redacción a lo que se dispone en el presente Decreto-ley». En uso de tan peculiar «autorización», la Orden de dicho Ministerio de 23 de febrero de 1954 («BOE» del 18 de marzo) dio nueva redacción al citado artículo 63, si bien, por infringir el principio de jerarquía normativa (ya entonces vigente, según el artículo 17 del Fuero de los Españoles y reiterada doctrina jurisprudencial), después formulado por el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, hay que considerar nula la mencionada Orden ministerial, y también, consecuentemente, la «nueva» versión que ofrece de este precepto reglamentario.

Los artículos 65 y 66 del mismo Reglamento fueron redactados nuevamente por Decreto de 16 de junio de 1950 («BOE» del 13 de julio).

(7) La Ley catalana de que se trata ha «desarrollado» adecuadamente las «bases» estatales en la materia, en un proceso de concurrencia normativa que el Tribunal

En Navarra, la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento de su Régimen Foral le atribuye (art. 50.1.e) competencia exclusiva sobre los «montes cuya titularidad pertenezca a la Comunidad Foral o a los Municipios, Concejos y demás entidades administrativas de Navarra» y (apartado 2 del mismo precepto) «el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de montes de propiedad de particulares». En ejercicio de ambas competencias, la Ley Foral 13/1990, de 31 de diciembre, de protección y desarrollo del Patrimonio Forestal de Navarra, establece dos modalidades de estos derechos públicos de adquisición preferente: en favor de «las Administraciones Públicas titulares de montes» catalogados, respecto de «todas las transmisiones onerosas de los enclaves... que se realicen en favor de personas distintas» de las mismas (art. 15); y, en favor de la Comunidad Foral, «en todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos relativos a montes catalogados como protectores que se realicen en favor de personas distintas de las Administraciones públicas» (art. 19), versión esta última notablemente ampliada y mucho más restrictiva para el derecho de propiedad privada —y, por incurrir en extralimitación competencial, de constitucionalidad más que dudosa (8)— de los derechos de tanteo y retracto que nos son conocidos.

Constitucional (sentencias, entre otras, 13/1989, de 26 de enero, 248/1988, de 20 de diciembre, y 69/1988, de 19 de abril) ha descrito en los siguientes términos: «... el Estado debe garantizar, a través de las normas básicas, un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales, a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto». El *común denominador normativo* estaría justificado en este caso (como en otras ocasiones ha reconocido el Tribunal Constitucional) con base en el principio de igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho constitucional (art. 149.1.1 de la Constitución) de propiedad privada.

El título competencial del Estado es el que se indica en el texto («legislación básica sobre montes», competencia definida como exclusiva del mismo según el artículo 149.1.23 de la Constitución), y no el que le otorga el número 8 del mismo precepto y apartado («legislación civil»), como se desprende de la sentencia constitucional 170/1989, de 19 de octubre: «no hay pues aquí [se refiere a la creación por la Ley 1/1985, de la Comunidad de Madrid, de un derecho de tanteo y de retracto en el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares] invasión competencial del título del artículo 149.1.8 CE, por la simple constitución de un derecho de tanteo y retracto, lo que no supone modificación o derogación alguna de la legislación civil en materia de retracto, ya que el precepto impugnado se ha limitado únicamente a crear en favor de la Administración autonómica un derecho de tanteo y de retracto, dentro del conjunto de actuaciones en materia de protección del medio ambiente, pero sin establecer, en modo alguno, una regulación del régimen jurídico de tales derechos. Por tanto, el título competencial estatal invocable al respecto es el del artículo 149.1.23 CE, lo que supone también la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma respetando la legislación básica del Estado».

(8) El artículo 19 de la Ley navarra no ha respetado el «común denominador normativo» que en esta materia establecen los artículos 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado y 29 de la de fomento de la producción forestal, los cuales constituyen.

Por último, los Estatutos de Autonomía de Asturias (art. 11.b), Cantabria (art. 23.1), La Rioja (art. 9.4), Murcia (art. 11.b), Castilla-La Mancha (art. 32.2), Canarias (art. 32.4), Extremadura (art. 8.º.2), Madrid (art. 27.2) y Castilla-León (art. 27.6) reconocen a estas Comunidades Autónomas competencia para «el desarrollo legislativo y la ejecución» en materia de montes, «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca», lo que significa que corresponderá a dichas Comunidades (y, por supuesto, también a las anteriores, que ostentan, como se ha dicho, competencia exclusiva en este ámbito) el ejercicio, en su territorio, con sujeción a la legislación básica estatal y a la autonómica que la desarrolle, de los derechos de adquisición preferente de que se trata. Así resulta, por otra parte, de los Decretos de traspaso de funciones y servicios del Estado a cada una de ellas en materia de conservación de la naturaleza (9).

como se ha dicho, la «legislación básica» cuyo «desarrollo legislativo» (y nada más que eso) corresponde a la Comunidad Foral. La sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989, ya citada, distingue precisamente el supuesto general de competencia del Estado para dictar la legislación básica en una materia («la legislación básica sobre montes», artículo 149.1.23, *in fine*, en nuestro caso) del específico recogido en el párrafo inicial del mismo precepto, apartado y número: «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección». «Aquí —declara la sentencia— la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten "normas adicionales" o un plus de protección. Es decir, la legislación básica del Estado no cumple en este caso una *función de uniformidad relativa* sino más bien de *ordenación mediante mínimos* que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezca niveles de protección más altos que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del Estado».

En cuanto al artículo 15 de la Ley Foral 13/1990, instaurador de un derecho de tanteo y retracto respecto de los enclaves existentes en los montes catalogados pertenecientes a las «entidades administrativas de Navarra», la cuestión puede ser distinta ya que la competencia exclusiva de Navarra sobre los montes de dichas entidades se reconoce «en virtud de su régimen foral», referencia ésta que nos conduciría a una investigación histórica —que no es de este lugar— con el fin de determinar el contenido de dicho derecho histórico y si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo los derechos de adquisición preferente de que se trata.

Sobre el régimen jurídico-forestal de Navarra y las amplias facultades, heredadas del pasado, de su Diputación Foral, *vid.*, con carácter general, A. GUAITA, *Derecho administrativo (aguas, montes, minas)*, 2.ª ed., 1986, págs. 306 a 310. La Ley Foral 8/1991, de 16 de marzo, redistribuye entre la Comunidad Foral y las Entidades locales correspondientes la propiedad de nueve montes del Estado radicados en Navarra, que éste había transferido previamente a aquélla, en virtud de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, y cuya gestión y administración correspondía, en virtud de este peculiar régimen jurídico-forestal, a la Diputación Foral.

(9) Aunque en Cantabria y Castilla-La Mancha se han dictado sendas Leyes relacionadas con la materia forestal (Ley 6/1984, de 29 de octubre, de protección y fomento de las especies forestales autóctonas, y Ley 2/1988, de 31 de mayo, de conservación de suelo y protección de cubiertas vegetales naturales, respectivamente), nada se dice en ellas sobre los derechos de preferencia adquisitiva que se consideran, cuyo ejercicio se acomodará (y lo mismo en las demás Comunidades Autónomas), mientras éstas no hagan uso de sus competencias normativas, a la legislación estatal *in toto*, de acuerdo

2. Fundamento

El artículo 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado (LPFE) declara textualmente que la obligación de «participar [a este último] todo proyecto de venta, a comprador distinto del Estado, de predios forestales de extensión superior a 250 hectáreas, así como su precio», se establece «para facilitar el cumplimiento de esta Ley», la cual (art. 1.º) declara que constituye su objeto «restaurar, conservar e incrementar el Patrimonio Forestal del Estado, de modo que plenamente llene sus fines nacionales, económicos y sociales».

Sin embargo, además de esa obvia finalidad última (el incremento del patrimonio forestal público), late en la Ley un cierto recelo hacia la propiedad forestal privada de tamaño grande y mediano, de la que no se espera un ejercicio del derecho compatible con la conservación y restauración de la masa forestal, sino más bien todo lo contrario: «se viene notando en la práctica la necesidad de una disposición de rango legal, que obligue a los particulares a facilitar al Estado... la adquisición de los predios forestales de importancia que se hallen en venta, acudiendo al mismo tiempo a la *defensa de aquellos montes que se adquieran con la finalidad de aprovechar inmoderadamente su vuelo de un modo fraudulento*» (Exposición de Motivos).

Idéntica finalidad restauradora y conservacionista, esta vez respecto de los predios situados en «zona protectora», cualquiera que sea su extensión, unida a la consolidación del dominio del monte, concebida por el legislador como un *desideratum* económico y jurídico, explican la extensión de los derechos de tanteo y de retracto que efectúa el artículo 29 de la Ley de 4 de enero de 1977, expresivamente denominada de fomento de la producción forestal, a los casos de transmisión a título oneroso de los predios forestales sujetos a convenio, consorcio o contrato con el Instituto Nacional

con la supletoriedad del Derecho estatal respecto del de las Comunidades Autónomas que declara el artículo 149.3 de la Constitución.

En todos los Decretos de traspaso de funciones y servicios del Estado a las Comunidades Autónomas en materia de conservación de la naturaleza, se transfieren a la Comunidad respectiva (en los términos que siguen o en otros análogos) «las funciones actualmente atribuidas al ICONA relativas a montes de propiedad privada» (entre otras, por las Leyes de 10 de marzo de 1941 y 5/1977, de 4 de enero). *Vid.* los Reales Decretos 1950/1980, de 31 de julio (Cataluña); 2761/1980, de 26 de septiembre (País Vasco); 1350/1984, de 8 de febrero (Cantabria); 1357/1984, de 8 de febrero (Asturias); 1410/1984, de 8 de febrero (Aragón); 1504/1984, de 8 de febrero (Castilla y León); 1594/1984, de 8 de febrero (Extremadura); 1676/1984, de 8 de febrero (Castilla-La Mancha); 2365/1984, de 8 de febrero (Valencia); 1096/1984, de 4 de abril (Andalucía); 1535/1984, de 20 de junio (Galicia); 1703/1984, de 1 de agosto (Madrid); 1678/1984, de 1 de agosto (Balears); 2102/1984, de 10 de octubre (Murcia); 848/1985, de 30 de abril (La Rioja); 2614/1985, de 18 de diciembre (Canarias); y 234/1987, de 27 de febrero (Navarra).

para la Conservación de la Naturaleza, de cuyos instrumentos suele nacer en favor de este Organismo un «derecho real de vuelo» que le faculta, mientras aquéllos duren, para poseer el monte, repoblarlo y aprovechar su arbolado, reservando al propietario una participación en el valor neto de los productos que se obtengan.

Las Leyes autonómicas insisten en el mismo fundamento. En este sentido, la Ley catalana 6/1988 establece en su artículo 24.1 (incluido en el título III, *De la conservación y mejora de los terrenos forestales*) que la adquisición de terrenos forestales de propiedad privada —mediante compraventa, permuta, expropiación y ejercicio del derecho de tanteo y de retracto— por el Departamento autonómico correspondiente tiene como fin «contribuir al cumplimiento de los objetivos de la presente Ley», que su artículo 1.º sintetiza en los de «asegurar su conservación [de los terrenos forestales de Cataluña] y garantizar la producción de materias primas, aprovechar adecuadamente los recursos naturales renovables y mantener las condiciones que permitan un uso recreativo y cultural de dichos terrenos».

Estas declaraciones y proposiciones (10) suponen una velada

(10) La Ley navarra responde a las mismas finalidades de conservación y mejora del medio natural y las condiciones ecológicas de los bosques («objetivo básico» de la Ley, según su art. 2.º), cuyo logro justifica —a partir de la falta de crédito que se concede a la propiedad privada— un extenso e intenso intervencionismo administrativo, del que son manifestaciones los derechos públicos de preferencia adquisitiva que establece y el estricto régimen de aprovechamiento de los montes que impone. «Los montes, cualquiera que sea su régimen de propiedad, público o privado —explica su Exposición de Motivos—, son bienes sujetos al mandato constitucional en los que la función social de ese derecho de propiedad delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, según se establece en el artículo 33.2 de la Constitución Española. La decisión sobre el modo de utilización de los bienes es competencia de los poderes públicos y no forma parte de las facultades dominicales. Son los poderes públicos quienes deben, desde la ley, establecer el *régimen estatutario de los montes*, en consonancia con lo específico de su forma de ser. Las determinaciones de la Ley Foral quieren responder a la satisfacción de la *función social de los montes* que permita el disfrute de los mismos por todos los ciudadanos.»

Sobre el concepto del derecho de propiedad que late tras estas regulaciones y, específicamente, sobre la propiedad inmobiliaria, tanto la urbanística como la agrícola o forestal, pueden traerse aquí a colación las siguientes declaraciones que efectúa la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 20 de marzo, en el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la Ley de Reforma Agraria andaluza: «la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código civil... Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos... La transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no

confesión de desconfianza en los propietarios privados a la hora de cumplir la función social de la propiedad forestal y avalan la creencia implícita en nuestra legislación de que, sobre todo en relación con montes de cierta extensión, la propiedad pública —y no la regulación de policía o el fomento respecto de la propiedad privada— es el mejor sistema o modo de acción administrativo para el logro de los fines que inspiran la legislación forestal.

3. *Naturaleza jurídica*

El problema de la naturaleza jurídica de estos derechos públicos de preferencia adquisitiva que aquí se plantea no es el de si, en cuanto tanteos y retractos legales, constituyen o no verdaderos derechos reales, cuestión examinada en toda su amplitud y resuelta en forma positiva por SANCHO REBULLIDA en la doctrina civilista (11). De lo que se trata, supuesto lo anterior, es de determinar si tales derechos reales tienen o no carácter administrativo, en el sentido de si las entidades públicas titulares de los mismos han de ejercitarlos con sujeción a un régimen jurídico-público o si, por el contrario, han de someterse a las reglas comunes del Derecho privado. Un problema de calificación jurídica que, como después comprobaremos, reviste en la práctica una gran trascendencia.

GONZÁLEZ PÉREZ, que acuñó en nuestra doctrina el concepto de derechos reales administrativos, entiende que —a diferencia de los derechos públicos de adquisición preferente en materia de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, a los que se refiere el artículo 81 de la Ley de Expropiación Forzosa y que hoy se regulan en los preceptos de la antes citada Ley 16/1985, derechos que ostentan en su opinión un inequívoco carácter administrativo— en el caso del llamado tanteo y retracto forestal estamos «en presencia de derechos reales comunes», pues «muy difícilmente puede considerarse que estemos en presencia del régimen exorbitante del Derecho común, propio del Derecho administrativo». Se trataría, por tanto, de derechos reales de adquisición en cuyo ejercicio las Comunidades Autónomas deberían actuar «como los demás sujetos de derecho» a quienes la ley reconoce también, en determinados supuestos (comuneros y colindantes, arrendamientos rústicos y urbanos...), derechos similares (12).

renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas...».

(11) *Loc. cit.*, págs. 442 a 444.

(12) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, 1984, págs. 37 y ss.

La tesis contraria ha sido sostenida por CHACÓN (13), que considera que estos retractos administrativos —al igual que, en general, todos los retractos legales a los que se refieren los artículos 1521 y siguientes del Código civil— «no son sino meros modos de expropiar», conclusión que se reafirma, según este autor, en relación con el establecido por el artículo 17 de la Ley del PFE de 1941, con base en la referencia que el artículo 66 de su Reglamento hace al «procedimiento... de la expropiación forzosa» para la tasación de los eventuales «daños, perjuicios y deméritos» sufridos por la finca objeto de retracto, y en la declaración contenida en el mismo precepto reglamentario sobre el carácter inscribible «de la hoja de aprecio en el Registro de la Propiedad en las mismas condiciones que las formuladas con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa».

Pues bien, lo primero que debe subrayarse a este respecto es la trascendencia que, efectivamente, tiene la «conexión expropiatoria» a la hora de calificar como administrativo el régimen de los derechos reales de que son titulares las Administraciones públicas: si estos derechos se hallan vinculados o conectados, por razón de su origen o a través del procedimiento para su ejercicio, a una institución como la expropiación forzosa, que es peculiar y exclusiva del giro o tráfico administrativo, ello será sin duda determinante de su sumisión al Derecho administrativo y de la simultánea inaplicación del Derecho privado.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo a propósito del retracto en materia de patrimonio histórico («un retracto de matiz expropiatorio acentuado», en palabras de ALVAREZ) (14), en su sentencia de la Sala 3.^a de fecha 7 de diciembre de 1973 (15).

(13) M. CHACÓN SECOS, *Retractos administrativos*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1950, Tomo VI, págs. 175 a 218, especialmente 203 a 205.

(14) J. L. ALVAREZ ALVAREZ, *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Madrid, 1989, pág. 329.

(15) «Con facilidad se descubre —declara la sentencia— que la naturaleza de la referida pretensión [la del adjudicatario en subasta pública de un cuadro, frente al acto administrativo que ejercita el derecho de tanteo para el Estado] corresponde al régimen administrativo, porque aunque sobre el cuadro de que se trata existe, como punto de partida, un derecho de propiedad en manos de un particular, lo que es constitutivo de un derecho subjetivo de carácter privado, no es menos cierto que sobre el mismo incide el ejercicio de una prerrogativa de la Administración, como ocurre en este supuesto con el derecho de retracto que nos ocupa, autorizado en la Ley de Expropiación Forzosa, en relación con una serie de disposiciones, igualmente de inequívoco carácter administrativo, destinadas a tutelar y proteger al Patrimonio Histórico Artístico de la Nación...», añadiendo en otro Considerando que «si en principio, el solo hecho de que en una determinada relación jurídica intervenga en ella como parte la Administración Pública, es motivo suficiente para suponer que tal relación queda sujeta al Derecho administrativo excepto en ciertas circunstancias o materias —excepcionales—, constitutivas de lo que la doctrina ha calificado de actividad administrativa de derecho privado; en el caso de autos la prevalencia del repetido Derecho administrativo es incuestionable, no sólo por la intervención activa de un órgano de la Administración (el Ministerio de Educación y

La segunda cuestión a plantear es la de si, en relación con el retracto público en materia forestal, existe esa vinculación o matiz expropiatorio que es tan claramente perceptible en el derecho de preferencia adquisitiva sobre el patrimonio histórico. La sentencia civil del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1988 (dictada en un caso de ejercicio por la Comunidad Autónoma de Castilla y León del derecho de retracto *ex* artículo 17 de la Ley del PFE respecto de la venta de una finca forestal por la Diócesis de Zamora) ha considerado, acertadamente en mi opinión, que no, saliendo precisamente al paso de la referencia a la expropiación forzosa contenida en el antes invocado artículo 66 del Reglamento de la LPFE, en los siguientes términos:

«sin que a todo ello obste [se refiere a los argumentos valedores del carácter público de los derechos de retracto de que se trata] la remisión que a la Ley de Expropiación Forzosa hace el precitado artículo 66 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado de 30 de mayo de 1941, dictado en desarrollo de la antes mencionada Ley de 10 de marzo de 1941, dado que, de una parte, dicha norma es meramente reglamentaria, por lo que no existiendo una Ley que remita a la citada Ley de Expropiación Forzosa, son aplicables los artículos ya mencionados de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado, debiendo el Juez civil hacer aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de otra parte, la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, con rango de la ley que podría haber convalidado la remisión que a ella hace

Ciencia), sino porque éste actúa precisamente ejercitando una de las prerrogativas que con mayor fuerza revelan o manifiestan el imperium del Estado: la transferencia coactiva de un bien de la órbita de un patrimonio privado a otro público, mediante el empleo de la técnica expropiatoria, mejor dicho, al amparo de la normativa expropiatoria, aunque a través de la técnica del derecho de retracto (*retracto legal*)», para concluir, insistiendo una vez más en la «conexión expropiatoria», que «si en los supuestos ordinarios de expropiaciones, en los que parece está pensando preferentemente la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 1.1.º), es decir, en aquellos referentes a la propiedad privada común, los actos y acuerdos que pongan fin al expediente, o a cualquiera de sus piezas, son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 126 de la citada Ley, con mayor motivo esto ha de ocurrir en supuestos en que el bien expropiado corresponde a una de las propiedades especiales más afectadas por medidas propias del Derecho público, como ocurre con la que nos ocupa; máxime cuando el Derecho público encuentra justificada su aplicación, no sólo en razón del instrumento operatorio puesto en juego —el expropiatorio, en su modalidad *sui generis* presente—, sino porque la causa operandi, o fundamento jurídico habilitante de tal instrumento, presuponiendo el interés social o la utilidad pública de la operación, está basada en disposiciones de inequívoco carácter administrativo...».

el invocado artículo 66 del expresado Reglamento..., no procedió a reconocer esa vía administrativa especial para el ejercicio del derecho de retracto para la adquisición de montes, limitándose a hacerlo con los derechos de adquisición preferente de bienes del patrimonio histórico-artístico (art. 81 de la citada Ley), únicos a los que hoy en día sería aplicable la vía jurídica especial consistente en la autotutela y ejecutividad directa, sin acudir al órgano judicial, de un acto de retracto por parte de la Administración».

Por lo demás, la naturaleza privada (y no administrativa) del derecho de tanteo y de retracto reconocido al antiguo Patrimonio Forestal del Estado por el artículo 17 de la Ley reguladora de este último es zanjada definitivamente por esta sentencia del Tribunal Supremo, con base en la ausencia, en el supuesto que se enjuicia, de los tres criterios tradicionalmente delimitadores de lo administrativo en nuestro Derecho: el de los actos de autoridad, como contrapuestos a los de gestión; el del servicio público, y el de la prerrogativa (16). Por su parte, la sentencia constitucional 170/1989 sustenta el mismo criterio cuando afirma que «no cabe duda... que el tanteo y retracto, como instituciones jurídicas, son derechos reales cuya regulación, al ser legislación civil, es competencia exclusiva del Estado, a reserva de los derechos forales especiales. *El carácter civil de la institución* y de su regulación no excluye, sin embargo, que puedan existir derechos de retracto en favor de la Administración pública establecidos por la legislación administrativa, respondiendo a una finalidad pública, constitucionalmente legítima».

(16) «Debe distinguirse los llamados "actos de administración" de los denominados "actos administrativos", mereciendo esta naturaleza exclusivamente aquellos que, junto al requisito de emanar de la Administración Pública, como consecuencia de un actuar de ésta con facultad de *imperium*, o en el ejercicio de una potestad que sólo ostentaría como persona jurídico-pública y no como persona jurídico-privada... de tal manera que cuando... la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, concluyendo o pretendiendo concluir negocios jurídicos de naturaleza privada, como el de adquisición de bienes de tal índole, la Administración, *al no ejercer ninguna potestad, sino ejercitar derechos*, no dictó actos administrativos... si bien mediante lo pretendido... se tiende a la incorporación de un patrimonio privado al patrimonio público, en tendencia al logro... de dar cumplimiento a los fines nacionales, económicos y sociales que tal Patrimonio tiene, tampoco cabe desconocer que... *los montes públicos* tienen, en principio, la condición jurídica de *bienes patrimoniales*... *no tienen esa condición de bienes de dominio público hasta que no estén adscritos a algún uso o utilidad o servicio público*, pues que el mero deseo de adquisición de la finca de que se trata por la Comunidad de Castilla y León no implica necesariamente que la misma se vaya a afectar a una finalidad de carácter público... de tal manera que, a tenor del artículo 2 de dicha Ley [del Patrimonio del Estado], los bienes y derechos del Patrimonio del Estado se registrarán por ésta y, subsidiariamente, por las normas de derecho privado, civil o mercantil...»

Puesto que lo que se dice del derecho de preferencia adquisitiva *ex* artículo 17 de la Ley del PFE es obviamente aplicable a los demás que se consideran en este apartado, la conclusión es que estamos ante derechos reales públicos, mas no administrativos.

4. Régimen

El análisis del régimen jurídico de estos derechos obliga a examinar sucesivamente sus distintos elementos y los presupuestos, efectos y procedimiento establecidos para su ejercicio.

A) Elementos subjetivos.

Deben considerarse en este apartado, en primer lugar, los sujetos obligados a notificar al antiguo Patrimonio Forestal del Estado sus proyectos de venta de los bienes afectados, y, en segundo lugar, las entidades públicas destinatarias hoy de esas notificaciones y titulares de los derechos de que se trata.

a) El artículo 17 de la LPFE establece en su párrafo tercero que «tal obligación (de notificar) incumbe al vendedor, y al comprador, en su defecto», expresiones ambas que deben entenderse en sentido impropio, ya que, en el momento en el que debe formularse la notificación, no existe sino un «proyecto de venta a comprador distinto del Estado», como establece el párrafo primero del mismo precepto, aunque entonces se hallen ya determinados los elementos esenciales de la proyectada compraventa.

En defecto de comunicación por parte del futuro vendedor, la Ley impone, como hemos visto, esa obligación al futuro comprador (se trata de una verdadera obligación y no de una facultad, como erróneamente dice el artículo 65 del Reglamento: «caso de no hacer la notificación el enajenante, podrá efectuarla con iguales efectos legales la persona o entidad que desee adquirir la finca»).

Por su parte, los artículos 24.3 de la Ley catalana 6/1988 y 15.2 de la navarra 13/1990 establecen idéntica obligación para el (futuro) «vendedor» y para el (futuro) «transmitente», respectivamente, sin mención alguna en ambos casos del (futuro) comprador, al que hay que entender, sin embargo —a partir del carácter «básico» del artículo 17 de la LPFE—, igualmente obligado, en defecto de aquéllos.

El artículo 64 del Reglamento detalla los extremos a incluir en la

notificación («situación de la finca, sus límites, cabida, cargas, servidumbres, precio y condiciones de venta y nombre del vendedor y del comprador»), al igual que las Leyes autonómicas citadas («intención de vender, el precio del terreno y sus condiciones de venta»; «proyecto o propósito de transmisión con indicación del precio y demás condiciones de la operación»; «por escrito», en ambos casos), añadiendo aquel precepto, con un detallismo excesivo, que «la notificación se hará por duplicado... firmada por el propietario o quien legalmente le represente... y uno de los ejemplares, fechado y firmado por el [Organismo receptor], será devuelto como justificante de la obligación impuesta, y deberá ser exigido por los Notarios y Registradores de la Propiedad para la otorgación (*sic*) de la escritura de compraventa y para las inscripciones en el Registro de la Propiedad, respectivamente; actos que no realizarán de no presentarse» (17).

Saliendo al paso de las posibles formas de incumplimiento de la obligación legal de que se trata, el mismo artículo del Reglamento obliga a repetir la notificación «para cada precio o condiciones nuevas que se fijasen» y sanciona que «la simulación de venta o cualquiera otra muestra de mala fe en las notificaciones obligará al declarante a indemnizar [a la entidad pública de que se trate] de los daños y perjuicios sufridos, que se estimarán en el triple de los gastos realizados» (supuesto típico de una cláusula penal establecida por la ley con doble función, reparadora y punitiva), «aparte de las responsabilidades de otro orden que hubiera podido contraer» (referencia que debe entenderse hecha a un hipotético orden sancionador administrativo y, acaso, penal). Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la procedencia del derecho de retracto, como después veremos.

Finalmente, «en caso de *subasta* —dice el art. 68—, cualquiera que fuese su causa, de fincas que reúnan las condiciones» necesarias para el reconocimiento del derecho, «*la autoridad o particular que firme el anuncio* deberá remitir... copia del mismo, por lo menos quince días antes de la celebración del remate», a la entidad pública correspondiente. «*El adjudicatario del remate* —concluye el precepto— puede subsanar [en rigor, debe, como ya sabemos] el defecto de notificación, si él mismo la hiciese... antes de transcurrir un mes desde la adjudicación...»

b) Las notificaciones de referencia deben efectuarse a las *Comunidades Autónomas* en cuyo territorio radiquen los bienes afecta-

(17) La Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 29 de julio de 1941 recordó a Notarios y Registradores el cumplimiento de este precepto.

dos, por haber sucedido aquéllas, como antes se ha puesto de relieve, al Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza — que, a su vez, sucedió al Patrimonio Forestal del Estado— en la titularidad de estos derechos de preferencia adquisitiva. En este sentido, los artículos 24.3 de la Ley catalana y 19.2, en relación con el 15.2, de la navarra establecen que los destinatarios de las correspondientes notificaciones son el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad y la Administración de la Comunidad Foral, respectivamente.

En relación con el tanteo y retracto que, además del anterior, reconoce la Ley navarra a las Administraciones Públicas (Comunidad Foral, Municipios, Concejos y demás entidades administrativas de Navarra) titulares de montes catalogados, respecto de las transmisiones onerosas de los enclaves en ellas existentes, la notificación deberá efectuarse precisamente a la Administración pública titular del monte (art. 15.2).

B) *Bienes afectados.*

Debe distinguirse en este punto el supuesto general de los montes o terrenos forestales de extensión superior a 250 hectáreas y otros supuestos especiales.

a) El artículo 17 de la LPFE se refiere, como bienes objeto de tanteo y retracto, a los «predios forestales de extensión superior a 250 hectáreas» («finca o fincas que sean forestales en su totalidad y midan más de 250 hectáreas de cabida», repite el artículo 63 del Reglamento) (18).

Por predios forestales hay que entender, en primer lugar, los que ostenten tal condición, de acuerdo con la legislación forestal (arts. 1.º de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y 4.º de su Reglamento, de 22 de febrero de 1962):

«1. Se entiende por monte o terreno forestal la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean

(18) La «nueva» redacción del artículo 63 por la Orden de 23 de febrero de 1954 no es distinta en este punto de la recogida en el texto: «finca o fincas que sean forestales en su totalidad y tengan una cabida superior a 250 hectáreas». Si la superficie total de la finca es inferior a 250 hectáreas, no ha lugar al derecho público de adquisición preferente: sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1991.

características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo.

2. Bajo dicha denominación se comprenden también los terrenos que, aun sin reunir las condiciones determinadas en el párrafo anterior, hayan quedado o queden adscritos a la finalidad de ser repoblados o transformados en terrenos forestales como consecuencia de resoluciones administrativas dictadas conforme a las Leyes que regulan esta materia.

3. Como excepción a lo establecido en el párrafo primero, no se reputarán montes a efectos de la legislación forestal, los terrenos que, formando parte de una finca fundamentalmente agrícola y sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola, así como los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del litoral cantábrico.»

De «terrenos forestales cuya extensión sea superior a 250 hectáreas» habla también el artículo 24.2 de la Ley catalana. Los criterios delimitadores, por vía positiva y negativa, de ese concepto se contienen, a su vez, en los artículos 2.º y 3.º de la misma Ley (19).

No es necesario, para que nazca el derecho de preferencia adquisitiva, que los predios o terrenos forestales, además, formen parte de comarcas declaradas de «interés forestal», lo cual, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley del PFE, lleva aparejadas otras consecuencias (sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1955).

b) El párrafo segundo del citado artículo 17 añade que «se entenderán incluidas a estos efectos las *fincas rústicas que comprendan la mencionada superficie dedicada a producción forestal*, aun

(19) «1. De conformidad con la presente Ley, son terrenos forestales o bosques: a) Los suelos rústicos poblados de especies arbóreas o arbustivas, de matorrales y hierbas. b) Los yermos situados en los límites de los bosques que sean necesarios para la protección de los mismos. c) Los yermos que, por sus características, sean adecuados para la forestación o reforestación de árboles. 2. Se considerarán asimismo como terrenos forestales los prados de regeneración natural, los marjales, las rasas pobladas anteriormente y transformadas sin la correspondiente autorización y las pistas y caminos forestales» (art. 2.º).

«1. De conformidad con la presente Ley, no tienen la consideración de terreno forestal: a) Los suelos calificados legalmente como urbanos o como urbanizables programados. b) Las superficies pobladas de árboles aislados o de plantaciones lineales. c) Las superficies destinadas al cultivo de árboles ornamentales» (art. 2.º).

cuando la *parte restante* de las mismas *se dedique al cultivo agrario*, ya sea de forma alternativa o permanente, pero *siempre que dicha porción no exceda del 25 por 100 de la superficie total*».

El artículo 63 del Reglamento, en su versión apócrifa, reitera, sin innovarlo, aunque con una descripción más precisa, el supuesto legal que acaba de recogerse, en los términos siguientes:

«Dicha obligación se impone también cuando se trate de ventas de predios rústicos dedicados, en una parte de su total superficie, a la producción forestal, siempre que en ellos concurra, además, la doble circunstancia de que esa porción exceda de 250 hectáreas y que la extensión de la parte que, en forma alternativa o permanente, sea objeto de cultivo agrícola no rebase el 25 por 100 de la total cabida del inmueble.»

Son objeto del derecho de tanteo y retracto (sentencia citada de 16 de diciembre de 1955) las fincas mixtas agrícola-forestales, aunque el cultivo agrícola sea superior a 250 hectáreas, siempre que la parte forestal también supere esa extensión y la total de la finca exceda de 2.000 hectáreas, supuesto en el que «quedan mucho más de 250 sin el cultivo mencionado».

Los párrafos tercero y cuarto del mismo precepto reglamentario añaden los casos de «varias fincas colindantes o separadas por distancias inferiores a 500 metros, pertenecientes al mismo dueño, y cuyo conjunto cumpla las condiciones señaladas» y de «predios rústicos de extensión no superior a 250 hectáreas y que fueren forestales en sus tres cuartas partes, cuando dichos inmuebles procedieran de la división de una finca o grupo de fincas que reúnan las circunstancias... y la venta tratara de realizarse dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se haya practicado la referida división». A este segundo supuesto se refiere también la Ley catalana, al declarar (art. 24.6) que «el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca gozará del mismo derecho de tanteo y retracto sobre las ventas que tengan por objeto enajenar partes segregadas de fincas forestales de extensión superior a 250 hectáreas».

Aunque, como antes se ha señalado, hay que considerar nula de pleno derecho (art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) la Orden del Ministerio de Agricultura de 23 de febrero de 1954, que da nueva redacción al artículo 63 del Reglamento, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941 —precepto en el que se recogen los dos supuestos indicados—, tal vez cabría salvar su vigencia material: la del primero, por la vía interpretativa del

antes transcrito párrafo segundo del artículo 17 de la Ley, «atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad», como manda el artículo 3.1 del Código civil; y la del segundo, al amparo de la prohibición del fraude de ley *ex* artículo 6.4 del mismo Código, entendiendo que el acto de división de la finca o fincas y el de venta posterior, dentro de los tres años siguientes, de una de las partes divididas son «actos ejecutados en fraude de ley [que] no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

c) El artículo 29 de la Ley de 4 de enero de 1977 (y el 80 de su Reglamento) añade a los anteriores el caso de «predio situado en zona declarada protectora y sujeto a convenio, consorcio o contrato con el ICONA».

El *predio* debe estar *situado en una «zona protectora»* (área territorial declarada tal por Decreto en caso de «estar situada en cabeceira de cuenca hidrográfica o en cuenca alimentadora de embalses» o de «que las especiales características de su infraestructura natural hagan aconsejable la creación, restauración, mejora y aprovechamiento de espacios silvo-pastorales para defender los intereses generales protegiendo las infraestructuras, construcciones, aprovechamientos y terrenos situados en cotas inferiores»: art. 24 de la Ley) y hallarse «*sujeto a convenio, consorcio o contrato con el Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza*» (cuya sucesión ostentan, como ya sabemos, las Comunidades Autónomas), *cualquiera que sea, al parecer, su extensión superficial*.

d) Finalmente, los bienes afectados por la Ley navarra 13/1990 son distintos en cada una de las dos modalidades del derecho de preferencia adquisitiva que la misma establece: en la primera, los «*enclaves*» existentes en los montes catalogados de que sean titulares las Administraciones públicas de la Comunidad Foral, entendiéndose por tales «los terrenos sometidos a cultivo agrícola..., cualquiera que sea su extensión si se trata de comunales o de terrenos particulares cuyo cultivo esté abandonado por plazo superior a cinco años, así como aquellos que, siendo particulares y cuyo cultivo se ejerza regularmente, tengan una superficie inferior a la unidad mínima de cultivo» (art. 4.º.1.b); en la segunda, «los bienes y derechos relativos a *montes* catalogados como *protectores*» (art. 19.1), amplio concepto definido por el artículo 17 e integrado por «los montes de titularidad privada que por sus condiciones físicas, ecológicas o sociales reúnan características destacadas en orden al interés general; aquellos otros que corran riesgo de degradación o de desertización y, en todo caso, los que tengan una superficie

superior a 250 hectáreas», los cuales podrán ser declarados «montes protectores de Navarra» por la Administración de la Comunidad Foral.

Quede claro que este concepto navarro de «monte protector» no coincide, salvo en el nombre, con el de «zona protectora», definida, en los términos que antes se han transcrito, por el artículo 29 de la Ley de 1977 —que sería la norma básica a efectos competenciales—, por lo que, tanto en este punto (con la única salvedad del supuesto de montes de superficie superior a 250 hectáreas, que quedaría amparado por el artículo 17 de la Ley del PFE) como en la extensión del derecho de tanteo y retracto a los «bienes y *derechos* relativos» a esos montes, la regulación de que se trata estaría, en mi opinión, viciada de incompetencia y sería, por ello, susceptible de anulación en vía constitucional.

C) *Actos dispositivos.*

Distinguiremos los dos supuestos característicos que venimos considerando.

a) Los derechos de preferencia adquisitiva *ex* artículo 17 de la LPFE sólo proceden en caso de *venta*, y no, por tanto, con ocasión de cualquier otro acto o negocio dispositivo. La regulación del precepto lo indica claramente, como demuestran sus referencias al «precio» del «proyecto de venta a comprador distinto del Estado», en el párrafo primero, y las que efectúa al «vendedor» y al «comprador», por dos veces, y al «precio de compra», en el párrafo tercero. Lo mismo cabe decir del Reglamento, el cual, en su minuciosa regulación del ejercicio de este derecho de tanteo y retracto, habla siempre de «ventas», de «compraventa» y de «precio», salvo sendas menciones (arts. 65 y 66) a la «enajenación», bien que como sinónimas de venta, según se desprende de los propios textos.

La Ley catalana también limita el nacimiento de los derechos de tanteo y retracto al supuesto de «venta» en sentido estricto, en tanto que la navarra, en las dos modalidades de esos derechos que regula, los extiende a «*todas las transmisiones onerosas de los enclaves...*» y «*de bienes y derechos relativos a montes catalogados como protectores...*», respectivamente, extensión esta última que, por lo antes razonado, debe reputarse indebida e infructuosa.

No procede, por tanto, el derecho de adquisición preferente que se examina en los casos de permuta ni en los de aportación a una sociedad, y ni siquiera en los de dación en pago o en las operaciones

a título oneroso equivalentes, como la enajenación a censo reservativo, y, por supuesto, tampoco en las transmisiones *inter vivos* a título gratuito ni en las *mortis causa*. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 6.4 del Código civil, en caso de fraude de ley (20).

La venta determinante del nacimiento del derecho ha de ser a «comprador distinto de la Administración pública» (art. 24.2 de la Ley catalana) o, como establece el artículo 19.1 de la navarra, al regular ese derecho respecto de los montes protectores, «en favor de personas distintas de las Administraciones Públicas». En este amplio sentido, comprensivo de todas las entidades públicas territoriales e institucionales, hay que entender la referencia que el artículo 17 de la LPFE hacía a «todo proyecto de venta a comprador *distinto del Estado*», dada la nueva estructura compuesta de éste, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución, a cuyo tenor «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan».

Por último, por lo que hace a la otra modalidad del derecho de tanteo y retracto, reconocido por la Ley navarra sobre los enclaves de los montes catalogados, su procedencia exige que la transmisión onerosa se realice «en favor de personas distintas de las Administraciones Públicas *afectadas*» (art. 15.1), es decir, que —dejando de lado otras cuestiones— procedería en todo caso, pues sólo quedaría excluido el derecho de preferencia adquisitiva en el supuesto obvio de que fuese la propia Administración pública titular del monte la adquirente del enclave.

b) A diferencia del supuesto anterior, el artículo 29 de la Ley 5/1977, de 4 de enero, reconoce el derecho de tanteo y retracto «en los casos de *transmisión a título oneroso*» de los predios que reúnan las características que ya conocemos.

(20) La sentencia civil del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985 se refiere a «una línea jurisprudencial que, con algunas vacilaciones (significadas por las sentencias de 9 de marzo de 1893 que admitió el retracto en caso de cesión del suelo para plantar viñas y de 11 de junio de 1902 en el de censo reservativo), reputa los derechos de tanteo y retracto legales limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo —sentencia de 17 de diciembre de 1955—; *cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo*: sentencias de 9 y 13 de julio de 1903, 17 de mayo de 1907, 12 de octubre de 1912, 9 de enero de 1913, 7 de julio de 1915, 1 de febrero de 1927, 5 de junio de 1929, 17 de febrero de 1954, 9 de julio de 1958, 11 y 12 de febrero, 3 de julio y 7 de noviembre de 1959 y otras muchas». En el mismo sentido, la sentencia también civil del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1989.

La amplitud de la expresión permite cobijar bajo su manto, con la consecuencia de generar el derecho de que se trata, a todos los actos y negocios jurídicos dispositivos antes reseñados, con la única excepción de las transmisiones a título gratuito, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

D) *Tanteo y retracto: procedencia y plazos.*

El derecho de preferencia adquisitiva que se examina se instrumenta en las dos fases o manifestaciones clásicas de tanteo y de retracto, procediendo este último, de acuerdo con la regla general en tema de retractos legales, subsidiariamente respecto del primero, es decir, sólo cuando su titular no haya tenido oportunidad de ejercitar el tanteo.

a) El artículo 65 del Reglamento de la LPFE establece que «durante el plazo de *tres meses* desde la fecha de acuse de recibo de la notificación, el Patrimonio Forestal (léase las Comunidades Autónomas, salvo la Generalidad de Cataluña y la Comunidad Foral de Navarra, por lo que se dice a continuación) participará al propietario si acuerda adquirir la finca o no en las condiciones notificadas», bien entendido que «transcurrido el plazo sin comunicar tal acuerdo, se entenderá que la respuesta es negativa». En caso de subasta, el tanteo «deberá ejercitarse en un plazo de *quince días* a contar del de la fecha de la adjudicación provisional» (recordemos que la notificación del anuncio de la subasta debió efectuarse al menos quince días antes de su celebración).

Estas reglas —y las que después se consignan sobre el retracto— valen también para el «derecho de preferente adquisición» ex artículo 29 de la Ley de fomento de la producción forestal, ya que, como nos consta, este derecho, según el mismo precepto, «habrá de ejercitar[se] conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la del Patrimonio Forestal del Estado y disposiciones complementarias».

En Cataluña, el artículo 24.4 de la Ley 6/1988 otorga para el ejercicio del derecho de tanteo un plazo de «*treinta días* siguientes al de la comunicación» y, si no se hace uso del mismo, «el propietario podrá efectuar la compraventa privada». En cuanto a Navarra, tanto la Administración pública titular del monte catalogado, respecto de los enclaves existentes en el mismo, como la Comunidad Foral, en relación con los montes protectores, disponen de un «plazo de *tres meses*, a partir de la fecha de notificación», para ejercitar el tanteo.

En otro caso —reitera el art. 15.3— «el propietario podrá efectuar la transmisión proyectada».

b) El incumplimiento del deber de notificación (o el cumplimiento defectuoso del mismo, en relación con las condiciones esenciales de la venta proyectada) da paso al nacimiento del derecho de retracto, como declara el artículo 17 de la LPFE y subraya el 66 de su Reglamento («si por cualquier causa hubiera tenido lugar... la enajenación... sin notificación... en la forma que se expresa... podrá... entrar a ejercitar el derecho de retracto...»). En caso de subasta, «la ausencia de notificación al Patrimonio —reitera el art. 68— será causa de que éste pueda en cualquier momento entrar en posesión de la finca por el precio de adjudicación, más los gastos de subasta, en la misma forma y circunstancias que... para el caso de venta». Las Leyes autonómicas repiten el mismo planteamiento («si se efectuase la venta sin la previa comunicación por escrito al Departamento de Agricultura..., éste podrá ejercer la acción de retracto...», dice el artículo 24.5 de la Ley catalana, cuyos términos reproduce casi textualmente el 15.4 de la navarra, que añade, muy razonablemente, el supuesto de que «la transmisión se hubiera realizado sin ajustarse al precio o condiciones notificados»).

La cuestión del plazo para el ejercicio del retracto está regulada en el artículo 66 del Reglamento de constante referencia en forma confusa, siguiendo el mal ejemplo del artículo 1524 del Código civil, y de su texto (21) podría deducirse, en una interpretación estrictamente literal, que aquél es, a elección de la Comunidad Autónoma, el de «seis meses, contados a partir de la fecha en que por cualquier medio adquiera conocimiento oficial [la Comunidad Autónoma co-

(21) El artículo 66 del Reglamento (redactado de nuevo por Decreto de 16 de junio de 1950) establece lo siguiente:

«Si por cualquier causa hubiera tenido lugar con posterioridad a la vigencia de la Ley sobre el Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941 la enajenación de la totalidad o parte de un predio forestal que reúna las circunstancias indicadas en los artículos anteriores “sin notificación a la Dirección del Patrimonio Forestal del Estado”, en la forma que se expresa en los artículos anteriores, podrá el Patrimonio, durante el plazo de diez años, entrar a ejercitar el derecho de retracto por el precio de venta, con deducción, en su caso, de los daños, perjuicios y disminución de valor que por cualquier causa hubiere sufrido el predio.

Ese plazo de diez años se contará en los documentos públicos desde la fecha de su otorgamiento, y en los privados, desde su presentación en la oficina liquidadora del impuesto sobre derechos reales.

A tales efectos, el Patrimonio Forestal del Estado dispondrá de un plazo de seis meses, contados a partir de la fecha en que por cualquier medio adquiera conocimiento oficial su Dirección General de haberse efectuado la venta, para ejercitar el expresado derecho de retracto. Transcurrido dicho plazo de seis meses, contados a partir de la fecha en que tenga conocimiento la Dirección de haberse efectuado la venta o transcurrido el de diez años contados en la forma antes aludida para dicho plazo, el Patrimonio Forestal del Estado perderá el derecho de ejercitar el expresado retracto.»

respondiente] de haberse efectuado la venta» o el (desproporcionado, y máximo posible en el retracto convencional: art. 1508 del Código civil) de «diez años, [que] se contará en los documentos públicos desde la fecha de su otorgamiento, y en los privados, desde su presentación en la oficina liquidadora del [antiguo] impuesto sobre derechos reales».

La Ley catalana fija, a su vez, el plazo «de *un año*, contado a partir de la fecha de inscripción de la enajenación en el Registro de la Propiedad» (art. 24.5), y la Ley navarra, para las dos modalidades de retracto que reconoce y que nos son conocidas, establece por su parte, con la vista puesta en el párrafo primero del antes citado artículo del Código civil, que ese derecho podrá ejercitarse «en el plazo de *seis meses* contados a partir de la fecha de inscripción de la misma [se refiere a la transmisión] en el Registro de la Propiedad y, *en su defecto*, desde que hubiere tenido conocimiento [el Organismo titular del derecho] de la transmisión».

Dos observaciones deben formularse en este punto. La primera es que el precepto transcrito de la Ley navarra debe ser entendido de acuerdo con la interpretación reiterada que el Tribunal Supremo ha hecho del artículo 1524 del Código civil, en el sentido de que (sentencia civil de 30 de octubre de 1990, que recoge otras anteriores de la misma Sala) «la computación del plazo... para ejercitar el retracto contando a partir de la inscripción de la venta en el Registro sólo juega cuando no conste que el retrayente... tuviera conocimiento de la enajenación desde fecha anterior; el artículo 1524 del Código civil no excluye la posibilidad operativa vinculante de un previo conocimiento extrarregistral, a partir del cual debe realizarse el cómputo y *evitar la arbitrariedad de quien, no obstante saber y conocer la transmisión, espera la inscripción registral* y a su amparo formal ejercitar un derecho ya justamente precluido por no haberlo hecho cuando pudo y debió hacerlo».

La segunda observación es que este criterio jurisprudencial permite sostener, con base en los mismos argumentos, que el plazo de diez años del artículo 66 sólo procede *en defecto de* conocimiento «cabal y completo» (como exige la citada sentencia, en un caso de retracto de comuneros), aunque no sea oficial, por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente, de las condiciones de la transmisión («entre las que sobresale el precio de la venta, como principal contraprestación a satisfacer por el adjudicatario o comprador», añade la sentencia), pues si ese conocimiento existe el retracto deberá necesariamente ejercitarse en los seis meses siguientes, transcurridos los cuales el derecho caducará («se perderá», dice el precepto reglamentario).

c) Si se dan las circunstancias que lo determinan, el retracto procede aunque el bien afectado «hubiese sido objeto de *sucesivas ventas*», como recuerda el párrafo final del artículo 66 del Reglamento de constante cita, y aunque dichas ventas hubieren tenido acceso al Registro de la Propiedad, como sanciona el apartado tercero del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, según el cual «se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior [que declara que las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos]... las [acciones] de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen».

Así lo ha reconocido, como no podía ser de otro modo, subrayando el superior valor de la publicidad legal de estos derechos respecto de la derivada del Registro en beneficio de terceros, la sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1955, que ya nos es conocida.

d) Por último, hay que decir que el cómputo de los plazos reseñados —que tienen carácter civil y no procesal, lo que supone que «no se excluyen los días inhábiles», de acuerdo con el artículo 5.2 del Código civil— deberá atenerse a las reglas del apartado 1 del mismo precepto: «siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes».

E) *Efectos.*

El ejercicio del tanteo convierte a la Comunidad Autónoma en único adquirente del bien afectado, «en las condiciones notificadas» (art. 65, párrafo primero, del Reglamento y arts. 24.4 de la Ley catalana y 15.3 de la navarra). El del retracto —que presupone una compraventa perfeccionada y, normalmente, una efectiva toma de posesión material por el comprador del bien de que se trata— determina que aquella «*se subrogue al comprador...*» (art. 17, párrafo tercero, de la Ley de 1941), en línea con el concepto que del retracto legal ofrece el artículo 1521 del Código civil como «*sustitución de un comprador por otro, en un mismo*».

negocio jurídico o, mejor, en la relación resultante del negocio inicial» (22).

En la disciplina de los efectos del retracto, el citado precepto de la LPFE establece que la subrogación tendrá lugar «por el *precio de compra, menos los daños y perjuicios*, si los hubiere, sufridos por la finca, *aparte de la responsabilidad civil del vendedor* como primer obligado». En su desarrollo, el artículo 66 del Reglamento reitera que del «precio de venta» procederá la «deducción, en su caso, de los daños, perjuicios y disminución de valor que» —añade— «*por cualquier causa* hubiere sufrido el predio», y el 67 concluye que «en todos los casos, el vendedor, como primer obligado, será civilmente responsable ante el comprador o compradores sucesivos». Finalmente, *en caso de subasta*, el artículo 68 reconoce al adjudicatario del remate «*acción civil por los perjuicios sufridos, contra la autoridad, funcionario o particular que adjudicase la subasta sin notificación al*» Organismo titular del derecho.

Pero vayamos por partes. La aplicación supletoria del Código civil determina que en este caso tenga lugar, por remisión del artículo 1525, lo dispuesto en el 1518 del propio Cuerpo legal, y que, consecuentemente, no quepa «hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el *precio de la venta*, y además: 1.º *Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo* hecho para la venta. 2.º *Los gastos necesarios y útiles* hechos en la cosa vendida». En cuanto a los «*gastos de puro lujo o mero recreo*», habrá que estar al artículo 454 del mismo Código, según el cual «no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el

(22) F. SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 441. De acuerdo con esta concepción, la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 16 de octubre de 1964 sanciona que fiscalmente sólo existe una venta sujeta al antiguo impuesto de derechos reales (y no tres) con motivo del ejercicio por el PFE del derecho de retracto (cuya procedencia declaró la citada sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1955) sobre la finca «Coto de Valquemado», objeto de dos ventas sucesivas en 1951: «en referencia a la calificación fiscal que el ejercicio del retracto legal de que se trata puede merecer, ha de tenerse en cuenta... que el mismo lleva consigo, de una parte, la resolución de un contrato de venta de finca por cumplimiento de un evento condicional implícito en el mismo por imperativo legal; y de otra, la resolución de otro contrato de compraventa posterior de la propia finca, formalmente producida por el acuerdo firme en virtud del ejercicio del retracto llevado a cabo por el Patrimonio Forestal del Estado...», lo que determina que «ha de entenderse aplicable dicho precepto [se refiere al artículo 58.7 del Reglamento del antiguo impuesto de derechos reales, «que regula la forma de practicar la liquidación en relación al adquirente de la finca ejercitante del retracto legal»] a la compraventa inicial... mientras que la resolución de la venta posterior surgida necesariamente por virtud del ejercicio de tal derecho de retracto debe estimarse incardinada en el supuesto que con carácter general regula el párrafo 1 del mismo artículo, relativo a la rescisión o resolución de un acto o contrato determinante de la devolución del impuesto que satisfizo el contribuyente afectado por la rescisión o resolución...».

sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado». Por lo demás, en contraste con el silencio que sobre esta materia guarda, como hemos visto, el artículo 66 del Reglamento, el 68 se refiere, en caso de subasta, al reembolso del precio «más los gastos de subasta».

En segundo lugar, los «daños, perjuicios y disminución de valor» que deben deducirse, si los hubiere, del precio de compra no son los sufridos por la finca *por cualquier causa*, como torpemente declara el precepto reglamentario, con evidente extralimitación respecto de la regulación legal, sino exclusivamente los causados por dolo (extensible a la culpa lata) del comprador, como resulta del artículo 457 del Código civil, a cuyo tenor «el poseedor de buena fe [y tal hay que reputar, entiendo, salvo en los casos de “simulación” o “mala fe” a que se refiere el artículo 64 del Reglamento, al comprador retraído, aunque no hubiere suplido al vendedor en el cumplimiento de la obligación de notificar que a éste le impone la Ley] no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo».

Finalmente, parece que la responsabilidad civil del vendedor «ante el comprador o compradores sucesivos» (de la que hablan tanto el artículo 17, párrafo tercero, *in fine*, de la Ley como el 67 de su Reglamento), que aparece vinculada por dicho precepto legal al incumplimiento por parte del mismo, «como primer obligado», de la obligación de notificar a la entidad pública correspondiente su proyecto de venta del bien sujeto a tanteo, es la extracontractual *ex* artículo 1902 del Código civil, y que la de la autoridad, funcionario o particular a que se refiere, en caso de subasta, el artículo 68, es la de la Administración con base en los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 292 de la Orgánica del Poder Judicial (autoridad o funcionario que incumplió el deber de notificación en subastas administrativas y judiciales) y, respecto del particular, la derivada del citado artículo 1902 del Código civil.

En el supuesto de que «la finca hubiese sido objeto de sucesivas ventas, subsistirá el derecho a subrogarse al *último* comprador por el *precio de la venta que esté incurra* en la aplicación del correspondiente derecho de *retracto*» (art. 66, párrafo último). Que, responsabilidades del vendedor aparte, el retracto procede frente al último comprador por el precio de la primera venta incurra en retracto, aunque dicho precio sea menor que el satisfecho por el mismo, lo confirma la antes citada sentencia de 16 de diciembre de 1955.

F) *Ejercicio.*

La respuesta que antes se ha dado al problema de la naturaleza jurídica de los derechos públicos de que se trata resuelve de forma concluyente la cuestión del procedimiento aplicable para su ejercicio: pese a las intencionadas referencias reglamentarias (23) a los *modos administrativos* de ejercicio de estos derechos, su condición de derechos reales no administrativos, sino civiles o comunes, determina la sujeción de las Comunidades Autónomas que los ostentan al régimen también común previsto para el ejercicio de los mismos derechos, a través del juicio especial regulado en el título XIX del libro segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1618 y ss.) y de las formas extrajudiciales admitidas por la doctrina y la jurisprudencia (24).

La antes citada sentencia civil de 10 de junio de 1988 razona cumplidamente esta conclusión en los términos siguientes:

«Cuando la Administración contienda con el particular sobre cuestiones atributivas de propiedad sobre un determinado bien originariamente privado, sin base en el ejercicio de facultades de expropiación forzosa, y concretamente en relación a la titularidad, adquisición y contenido de la propiedad y demás derechos reales, deberá ser resuelto por el Juez ordinario, como declaran, entre otras, las sentencias de 25 de febrero de 1953, 22 de febrero de 1954 y 29 de octubre de 1962, puesto que, según proclama la de 25 de septiembre de 1954, tratándose de discriminar a quién pertenece la titularidad de un derecho real, la cuestión es civil, lo que en definitiva es consecuencia del *principio secular*

(23) El penúltimo párrafo del artículo 66 declara que «para la aplicación del derecho anteriormente expresado, se instruirá expediente por la Dirección del Patrimonio, con audiencia del interesado, que se elevará a la aprobación del Ministerio de Agricultura. Obtenida ésta, se dirigirá al propietario una hoja de aprecio que no podrá impugnarse por razones de precio, ya que éste será siempre el mismo de venta con deducción de los daños, perjuicios y deméritos si existieran, cuya tasación dará lugar a un procedimiento idéntico al de la expropiación forzosa en el período de justiprecio. En ambos casos, y previos los trámites legales para el pago y la toma de posesión, la hoja de aprecio será documento inscribible en el Registro de la Propiedad en las mismas condiciones que las deducidas con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa».

A su vez, el párrafo tercero del artículo 68 advierte que «la ausencia de notificación al Patrimonio, será causa de que éste pueda en cualquier momento entrar en posesión de la finca por el precio de adjudicación, más los gastos de subasta, en la misma forma y circunstancias que se expresan en el artículo 66 para el caso de venta».

(24) G. GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 632 a 635.

básico en el régimen administrativo de atribuirse la Jurisdicción Ordinaria la defensa del administrado frente a la injerencia sobre bienes de su propiedad, salvo cuando se trate de ejercicio dentro del ámbito del Derecho público y se ejerciten potestades administrativas en sentido estricto, que es el presupuesto indispensable para considerar la existencia de "acto administrativo" determinante de la competencia objetiva de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, inexcusablemente tiene que venir atribuida o habilitada mediante norma con rango de ley, de tal manera que cuando esa atribución no se produce y la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, concluyendo o pretendiendo concluir negocios jurídicos de naturaleza privada, como el de la adquisición de bienes de tal índole... el control de esa situación administrativa debe quedar privativamente reservada al conocimiento de los Tribunales ordinarios.»

«... La reclamación de la titularidad dominical al amparo del derecho de subrogación en la compra de la finca objeto de la controversia judicial planteada... que autoriza el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941... claramente determina que en la litis en cuestión se está en presencia no de un "acto administrativo" sino de mero "acto de la Administración", encaminado a la declaración de la propiedad de la finca cuestionada en favor del tan citado Patrimonio Forestal del Estado, que como de tal índole es de carácter civil, pues si bien aunque existe efectivamente una norma de rango de ley, que atribuye a la Administración la potestad de ejercitar el derecho de retracto, sin embargo esa Ley se limita simplemente a atribuir la titularidad de dicho derecho, pero no consagra en precepto alguno la ejecutividad del acto de ejercicio de ese derecho, por lo que es evidente habrá que estar a la legislación civil para llevarla a cabo...»

Por su parte, la sentencia 170/1989, de 19 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional parte de la misma tesis al declarar que «el establecimiento en favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos [en el caso, el reconocido a favor de la Comunidad de Madrid por el artículo 3.2 de la

Ley 1/1985, de 23 de enero, de dicha Comunidad, sobre el Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares] no implica una regulación de tal institución civil, la cual es perfectamente compatible... con el uso por la Administración de tales derechos previa disposición legislativa constitutiva de los mismos, *con sometimiento al Derecho civil del régimen jurídico de las instituciones citadas*».

Por lo demás, supuesto lo anterior, son obviamente aplicables a estos derechos públicos de preferencia adquisitiva las reglas comunes en tema de retractos legales, particularmente sobre legitimación pasiva y consignación o afianzamiento del precio, en términos que se dan aquí por reproducidos (25).

5. *Concurrencia con otros derechos de preferencia adquisitiva*

Los derechos públicos de tanteo y retracto en materia forestal, pueden concurrir en la práctica con otros derechos legales de adquisición preferente (el enfitéutico, el de comuneros y el del arrendatario rústico, además del gentilicio establecido en los Derechos forales), lo que exige determinar el correspondiente orden de prelación entre ellos.

Pese a que, si nos atuviésemos a su fundamento, expuesto *supra*, estos derechos deberían preceder siempre, cuando procediere su ejercicio, a cualesquiera otros cuyos titulares fuesen personas físicas o jurídicas privadas (ya que de lo que se trata es cabalmente de sustituir la propiedad forestal privada por la pública), del examen de las reglas sobre prioridad de los respectivos derechos establecidas en las disposiciones reguladoras de cada uno de ellos —ante el silencio que guardan al respecto las normas forestales— resulta todo lo contrario, por lo que los derechos públicos de preferencia adquisitiva de que se trata cederán ante los de tanteo y retracto del arrendatario rústico (art. 94 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre), ante el retracto de comuneros (cuya preferencia absoluta ha subrayado la jurisprudencia), ante el enfitéutico (que prevalece sobre el de comuneros: art. 1642 del Código civil) y, por supuesto, ante el gentilicio reconocido en los Derechos forales (como declaran expresamente el artículo 152 de la Compilación aragonesa y la Ley 446 del Fuero Nuevo de Navarra).

(25) F. SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 447 y 448.

III. CONSIDERACIONES FINALES: EL ANACRONISMO Y LA DUDOSA JUSTIFICACIÓN DE ESTOS DERECHOS

Como se dice al principio de este trabajo, los derechos públicos de preferencia adquisitiva que en él se estudian anticipan un movimiento de designio nacionalizador de la propiedad privada que muestra entre nosotros, en el más reciente Derecho administrativo, una cierta pujanza. De ahí que no deban juzgarse inoportunas unas breves consideraciones finales conducentes a la valoración de su justificación y procedencia.

Lo primero que salta a la vista, desde una perspectiva general, es que este movimiento nacionalizador va contra corriente, ya que parece desarrollarse justamente en el momento en que se consolida en el mundo la tendencia radicalmente contraria de la privatización, una moda irresistiblemente atractiva para los gobiernos de numerosos países del mundo, el nuestro entre ellos, al margen del signo de sus ideologías y con independencia incluso del grado de desarrollo de sus respectivas economías (26).

Aunque la forma más conocida y frecuente de privatizar es la que recae sobre la empresa pública —y en este campo es donde con mayor éxito se ha practicado—, el fenómeno es mucho más amplio pues, como se ha puesto de relieve (27), se trata de una política que «persigue la finalidad de reducir el tamaño del sector público de la economía y aumentar la proporción de los bienes de propiedad privada, tanto de inmuebles como de acciones de sociedades mercantiles», y ello por entender que «reduciendo el tamaño del sector público se ayuda a que la economía funcione mejor, puesto que en este sector existe la tendencia a emplear los recursos con menos eficiencia que en el sector privado». Sin olvidar los positivos efectos que se logran al destinar los ingresos procedentes de la privatización a la reducción de los cuantiosos déficit públicos de las economías de nuestro tiempo, no tan distantes en este punto de las de hace más de dos siglos, como oportunamente recuerda la cita de Adam SMITH con la que se abre este trabajo.

En segundo lugar, y ciñéndonos a la materia forestal, los derechos de que se trata tienen dudosa justificación. Esta valoración se

(26) En el documento de la OCDE, *OECD Economic Outlook*, 1986, se reflejan los programas y las realizaciones en materia de privatización de los principales países de esa Organización. Pero, como se dice en el texto, el movimiento se ha extendido a todos los países del mundo, China incluida. Vid., con carácter general sobre este asunto, el núm. 1/1985 de la «Revista del Instituto de Estudios Económicos», *La privatización de la empresa pública*.

(27) *La privatización*, cit., pág. 130.

basa en que —como evidencian las Exposiciones de Motivos de las diversas normas reguladoras, antiguas y modernas— su reconocimiento parte de la más que discutible tesis según la cual la propiedad privada no es capaz —y sí lo es por el contrario la propiedad pública— de cumplir la función social de los montes.

Desechando en este lugar el debate sobre tan importante cuestión —un debate cargado de ideología y falseado por apriorismos de uno y otro signo—, bastará con recordar aquí que los incendios forestales que en los últimos tiempos han devastado España han afectado a la propiedad forestal pública o consorciada en mucha mayor proporción que a la privada (28), lo que tal vez constituya un indicio de la menor atención que las Administraciones públicas responsables de los montes prestan a la tarea, por demás primaria y elemental, de prevención y extinción de aquéllos. Si resulta tan difícil defender los montes públicos del fuego, ¿por qué va a ser más fácil que éstos cumplan mejor que los privados los ambiciosos objetivos que, en relación con la producción de materias primas y el aprovechamiento de sus recursos, con la calidad de vida, con la preservación de la flora y de la fauna, con el ciclo del agua, y hasta con su uso recreativo y cultural, establece la legislación forestal?

Además, carece hoy de sentido sublimar la actividad de prestación y desdeñar las de policía o coacción y fomento como formas de acción administrativa. La corrección de los fallos del mercado (en nuestro caso, la moderación de los criterios exclusivamente economicistas en la explotación de los montes privados), tradicionalmente esgrimida para justificar la intervención pública en una economía de mercado, no tiene por qué desembocar en la propiedad pública de dichos montes —que conducirá inexorablemente, como demuestra la experiencia, a su gestión ineficiente—, a menos que no sea posible, como sin duda lo es, satisfacer el interés general mediante las oportunas «limitaciones» (en el sentido bien actual del artículo 348 del Código civil) impuestas al propietario privado.

En último término, conviene recordar que en favor del derecho

(28) Según el *Informe de la Ponencia designada en el seno de la Comisión Especial de Investigación sobre incendios forestales en España* («Boletín Oficial de las Cortes Generales», Senado, núm. 177, 1988, pág. 7294), los índices de la superficie arbolada quemada respecto del total del tipo de propiedad son, de menor a mayor, los siguientes: montes de utilidad pública no consorciados (de los que existen 2,1 millones de hectáreas): índice 1; montes de particulares (7,8 millones de hectáreas): índice 1,03; montes del Estado (0,4 millones de hectáreas): índice 1,74; montes consorciados (1,3 millones de hectáreas): índice 4. En los montes consorciados, las obligaciones de «prevención de incendios y extinción de éstos» corresponden «exclusivamente» al ICONA, siendo consiguientemente a su cargo la indemnización a los propietarios de los montes consorciados por los daños causados por los incendios, salvo los casos de fuerza mayor, con base en el artículo 1101 del Código civil: sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1991.

de propiedad privada, como alternativa a la propiedad pública de los bienes de producción, juegan argumentos de otra índole. Aunque —como recordaba el Profesor LACRUZ (29)— no se trata de un derecho tan consustancial al sujeto como los bienes de la esfera personal, «esto no arguye que la propiedad privada, en cuanto principio ordenador de la tenencia de los bienes precisos para la vida, no sea asimismo esencial», en la medida en que, según explica la constitución sobre «La Iglesia en el mundo actual» del Concilio Vaticano II —continuaba diciendo el maestro desaparecido, en cuyo homenaje se han escrito estas páginas—, «contribuye a la expresión de la persona y le proporciona ocasión de ejercer su función responsable en la sociedad y la economía... La propiedad privada o un cierto dominio sobre los bienes externos aseguran a cada cual una zona absolutamente necesaria para la autonomía personal y familiar, y deben ser considerados como prolongación de la libertad humana». Valor social y ético de la propiedad privada que justamente ha sido subrayado como uno de los más ambiciosos propósitos de la política británica de privatizaciones (30): «aumentarían la independencia y libertad personales y, al establecer un nuevo tipo de propietario, ejercerían un importante efecto en las actitudes. Tendrían a acabar con las divisiones entre propietarios y asalariados, y darían a las personas físicas mayor seguridad y mejores oportunidades de participar en la creación de riqueza para ellas mismas y para el país».

(29) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. primero, 3.^a ed., 1990, págs. 311-312.

(30) *La privatización*, cit., pág. 130.