

LOS RETRACTOS LEGALES A FAVOR DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: RETRACTOS ADMINISTRATIVOS Y OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.—II. BREVE ANÁLISIS DE LAS FIGURAS MÁS HABITUALES DE RETRACTOS A FAVOR DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: A) *El retracto forestal*. B) *El retracto de la legislación de patrimonio histórico*. C) *El retracto en la legislación de viviendas de promoción pública*. D) *El retracto en la legislación vigente de espacios naturales protegidos*.—III. RETRACTOS LEGALES A FAVOR DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE DIVERSA NATURALEZA: LOS RETRACTOS PLENAMENTE ADMINISTRATIVOS Y LOS RETRACTOS CIVILES A FAVOR DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RETRACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER CIVIL: A) *Cuestiones jurídico-administrativas en relación con los retractos administrativos de carácter civil*. B) *Aspectos civiles de los retractos administrativos de carácter civil*.—V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN: RETRACTOS ADMINISTRATIVOS Y OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

La Ley 4/1989, de 27 de marzo, *de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres*, faculta a la Administración competente para 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 (art. 10.3). El Tribunal Constitucional, por su parte, ha aceptado el uso que la legislación sectorial —en su mayor parte autonómica— viene haciendo de estos derechos con cualquier finalidad constitucionalmente legítima (STC 170/1989, de 19 de octubre). Sin perjuicio del carácter civil de estos *derechos y del sometimiento al Derecho civil del régimen jurídico de las instituciones citadas*, puede el legislador autonómico reconocerlos a favor de la Administración. Es lo que, entre otras Leyes autonómicas, ha hecho el artículo 24 de la Ley del Parlamento de Andalucía 2/1989, de 18 de julio, *por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección*. Dicho precepto dispone que *la Junta de Andalucía, a través de la agencia de medio ambiente, podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto en todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos intervivos de los terrenos situados en el interior de los espacios declarados protegidos, en los términos previstos por la*

Ley estatal mencionada. La utilización de la figura del retracto en el ámbito de las actividades más variadas de las Administraciones públicas es lo que se conoce con el nombre genérico de retractos administrativos. Sin embargo, nos hallamos lejos de una institución de perfiles más o menos claros y de régimen jurídico homogéneo. Como veremos, bajo el aludido rótulo se cobijan figuras diferentes con regímenes variados, sin perjuicio de un esquema básico común: la subrogación de la Administración en un negocio jurídico preexistente.

Un tratamiento riguroso del objeto de esta investigación exige acomodar el objetivo para centrar exactamente la figura que se va a analizar, señalando cuáles otras, aun hallándose muy próximas, deben ser orilladas por estar afectadas por diferentes regímenes jurídicos que les otorgan un perfil propio e institucionalmente distante. Es el caso de otros derechos de adquisición preferente bien a favor de las Administraciones públicas, bien a favor de los administrados. Sirvan a título de ejemplo los supuestos contemplados, respectivamente, en el artículo 68.3 de la Ley de Aguas (texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio) y en el artículo 103 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), porque implican una situación previa de la que está ausente el derecho de propiedad y se inscriben en un contexto institucional diferente del que se contempla aquí. La falta de una doctrina segura aconseja proceder de esta manera con objeto de sentar certezas parciales que quizá, más adelante, puedan integrarse en un tratamiento común, si se comprobase que, efectivamente, responden a un mismo fenómeno jurídico debidamente identificado y analizado.

En los momentos iniciales de este trabajo —y sin perjuicio de las matizaciones que iré exponiendo, importantes, como se verá— debe llamarse la atención sobre el hecho de que nos encontramos ante un mecanismo adquisitivo que el legislador ofrece a las Administraciones públicas que, si bien tiene algunos precedentes remotos en nuestro Derecho —en materia de patrimonio histórico se encuentra presente en la Ley Guizot, de 1830 (1)—, se ha extendido y diversificado con gran amplitud en los últimos años, con el beneplácito del Tribunal Constitucional, como he destacado, y entre la reticencia de alguna doctrina (2) y la casi absoluta indiferencia de la inmensa mayoría.

(1) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 39, octubre-diciembre 1983, pág. 545.

(2) V. MENDOZA OLIVÁN, *Los derechos públicos de preferencia adquisitiva en materia forestal*, núm. 129 de esta REVISTA, 1989.

De ordinario, estos derechos de preferencia adquisitiva se suelen agrupar con los denominados retractos legales (3), en atención a su origen en la ley, siendo, a su vez, ubicados en la categoría de los denominados retractos administrativos, obviamente por cuanto se reconocen en favor de una Administración pública.

No está de más poner de manifiesto en estas primeras líneas la casi absoluta falta de tratamiento doctrinal de estos derechos. Acaso por su carácter fronterizo entre el Derecho civil y el Derecho administrativo, administrativistas y civilistas parecen confabulados en cederse mutuamente el paso ante una puerta que nadie atraviesa, y si los civilistas, cuando exponen los derechos de adquisición preferente, realizan una genérica y desvaída alusión a los derechos de este tipo reconocidos a favor del Estado y otros entes públicos (4) —y acaso no estén obligados a más—, los autores de Derecho administrativo no suelen llegar ni siquiera a eso (5), de forma que lo único que encontramos en este ámbito de la doctrina son referencias a tipos concretos de estos retractos regulados por leyes sectoriales que rara vez exceden de una sucinta glosa de la legislación de referencia (6). Se parte de tener por suficientes las aportaciones civilistas, que, sin embargo, se transforman en dudas cuando se afronta el régimen concreto de un supuesto específico de retracto y, más aún, su aplicación práctica.

La jurisprudencia —constitucional y ordinaria—, y ésta tanto desde la perspectiva civil como desde la contencioso-administrativa, sí se ha visto obligada a encarar conflictos con ocasión del ejercicio del derecho de retracto por alguna Administración pública. Encontramos, en consecuencia, tratamientos ocasionales y fragmentarios, sin estructura sistemática alguna, repartidos de modo desigual en función de lo que ha marcado la realidad litigiosa sobre la que han recaído los fallos jurisdiccionales. En este contexto, quizá sean los retractos forestales los que mayor atención jurisdiccional han requerido, seguidos del retracto reconocido en la legislación de patrimonio histórico, y en estos últimos años empieza a destacarse una inte-

(3) Puede verse el excelente trabajo de C. M. Díez Coto, *Ejercicio y efecto de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, 2000.

(4) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, 4.^a ed., Madrid, 2001, pág. 782.

(5) En ningún curso, tratado o manual he podido encontrar más que alguna mención sin comentario alguno.

(6) C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, 1990, pág. 490-491; M.^a R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Civitas, 1992, págs. 313 y ss. Por lo que respecta a la legislación de espacios naturales, A. JIMÉNEZ JAÉN, *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, McGraw-Hill, 2000, págs. 342 y ss. En relación con la materia forestal me remito al trabajo citado de MENDOZA OLIVÁN.

resante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado con referencia al retracto de la legislación de espacios naturales protegidos. Éste es, en gran medida, el material que utilizo en este trabajo y sobre el que ofrezco algunas conclusiones.

Insisto en que no me consta que, con carácter general, se haya reflexionado con solvencia sobre los retractos a favor de la Administración y se hayan establecido unas conclusiones generales al respecto que nos desvelen sus claves institucionales (7), si es que tales claves existen con carácter propio más allá de los perfiles de los retractos legales que forman parte de lo que debemos considerar materia civil —así lo hace el TC— y, por tanto, doctrina civil (8). Es posible que ahí debamos concluir, pero, como digo, en este momento faltan los pasos intermedios. Éstos consisten, a mi modo de ver, en el estudio lo más completo posible de las diversas figuras que la legislación reconoce de retractos a favor de las Administraciones públicas. Situados ahí podremos dar el paso hacia una mayor abstracción. Pero, ante esta carencia, este trabajo pretende ensayar una línea de acercamiento que permita sentar algunas conclusiones, aunque sea de modo provisional, relativas al conocimiento de estas instituciones, cuya incidencia en el conjunto de la actividad de las Administraciones públicas no es vital, pero tampoco desdeñable. Estas páginas quieren ser una plasmación del recorrido metodológico descrito. De ahí que, como se verá, aborde el estudio de diversas modalidades de estos retractos y procure extraer las conclusiones que constituyen el contenido fundamental de este trabajo.

Entiendo, a la vista de lo expuesto, que la honradez intelectual me obliga, aunque el lector no necesite esta advertencia, a alertar acerca de un posible reparo que a todo mi planteamiento se puede hacer: soy yo quien prepara el material y el mismo que formula las conclusiones. Lo ideal hubiera sido que otros fuesen quienes proporcionasen las conclusiones parciales derivadas del estudio de cada figura de retracto con absoluta despreocupación de su incidencia sobre una posible síntesis final que sería la que me habría de corresponder a mí, condicionado por aquellos puntos de partida, sin perjuicio de posibles críticas o revisiones. En mi descargo vaya el reconocimiento de que si, efectivamente, estoy empezando la casa por el tejado, como suele decirse, lo hago impulsado por la necesidad;

(7) El trabajo que con más detenimiento y detalle se ocupa de la figura de los retractos administrativos —cfr. M. CHACÓN SECOS, «Los retractos administrativos», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, aunque se trata de una conferencia pronunciada tres años antes— es de escasa utilidad por la desmesurada extensión que otorga al concepto, haciéndolo sinónimo de retracto legal; no obstante, lo tengo en cuenta a lo largo de este trabajo.

(8) Para CHACÓN SECOS, los retractos legales caen fuera del Derecho civil.

además, cuando ha sido posible, parto de las conclusiones de quienes me han precedido en el estudio de algunas figuras de retractos a favor de las Administraciones públicas y, sobre todo, que desde este momento me someto con gusto a la crítica de otros y quedo abierto a futuras revisiones y rectificaciones que estudios más detallados y pormenorizados puedan imponer.

En este momento, y adelantando conclusiones, se puede afirmar que no todas las figuras a que se aplica la denominación retracto a favor de la Administración o retracto administrativo responden a una identidad de naturaleza más allá de similitudes estructurales. Antes bien, de modo gráfico y para centrar esta investigación, creo que existen dos grandes grupos de estos retractos, entre los que, por otro lado, no puede trazarse una nítida línea divisoria, sino que sus límites son, por demás, difusos, como se verá. Así, pues, entiendo que podemos hablar de retractos plenamente administrativos y retractos administrativos de naturaleza civil. Salvadas las distancias, algo parecido a lo que ocurre con la contratación de las Administraciones públicas.

Desde este momento, sí se puede afirmar algo con absoluta certeza: en todo caso, la finalidad de estos retractos recae sobre alguna expresión sectorializada del interés general, sin que pueda hablarse, en modo alguno, de una especie de interés privado administrativo. Es decir, el carácter jurídico-público de estos retractos es incuestionable, pese a cuestiones formales de régimen aplicable o de jurisdicción.

La desigual regulación legal que, sobre un esquema común, apela a una cierta unidad conceptual introduce variaciones de régimen jurídico que, veremos, son importantes, si es que no trascendentales. Efectivamente, a poco que se reflexione se observa que existen importantes diferencias en la regulación del retracto de la legislación de montes anterior a la nueva Ley de Montes, el retracto de la de espacios naturales protegidos, el de la legislación de patrimonio histórico o el de viviendas de promoción pública, etc., sin ánimo de exhaustividad. Esta diversidad se acrecienta debido al ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que se les han reconocido en esta materia (STC 170/1989, de 19 de octubre; STC 156/1991, de 26 de octubre; STC 207/1999, 11 de noviembre). De aquí que para afrontar la tarea propuesta sea necesario tomar como punto de partida la consideración de las figuras de retracto que considero de uso más habitual.

II. BREVE ANÁLISIS DE LAS FIGURAS MÁS HABITUALES DE RETRACTOS A FAVOR DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los criterios que he seguido para elegir las figuras de retracto a favor de la Administración de que voy a ocuparme son variados y en ocasiones concurrentes, como se observará a lo largo de esta exposición. En primer lugar, la atención que le han dedicado los Tribunales; también, el contraste y la diversidad, buscando formas de derechos de adquisición que marcan un contrapunto respecto de los demás. De ahí que vaya a referirme al retracto forestal, al retracto de patrimonio histórico, al retracto de la legislación de viviendas de promoción pública, para concluir con el retracto de la legislación de espacios naturales protegidos, como expresión más genuina de un derecho de adquisición preferente a favor de la Administración y respecto del que se han presentado los conflictos más graves y recientes.

A) *El retracto forestal*

No me refiero en este momento al retracto que regula en la actualidad el artículo 25 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (LM), aunque más adelante será preciso detenerse en él, sino a su predecesor en el tiempo, que se encontraba reconocido en el artículo 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941, derogada expresamente por aquélla. Tal era la norma a que remitía el artículo 30 de la Ley 2/1992, de 15 de junio, forestal de Andalucía, y en términos similares otras Leyes autonómicas (9), hoy naturalmente sustituida por la citada Ley 43/2003.

La Ley de Patrimonio Forestal del Estado y su Reglamento de 30 de mayo de 1941 —también derogado— han generado una copiosa e interesante jurisprudencia en relación con la naturaleza jurídica y el plazo de ejercicio del derecho que trato. Fácilmente se comprende que estas dos cuestiones revisten diverso grado de interés, pues mientras lo relativo al plazo ya es irrelevante, sí pueden extraerse importantes consecuencias para el objeto de esta investigación de la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza del retracto de montes. De su consideración se desprende la existencia de

(9) Ley foral 13/1990, de 31 de diciembre, de protección y desarrollo del patrimonio forestal de Navarra; Ley 3/1993, de 9 de diciembre, forestal de la Comunidad Valenciana; Ley 2/1995, de 10 de febrero, de protección y desarrollo forestal de La Rioja; Ley 16/1995, de 4 de mayo, forestal y de protección de la naturaleza de la Comunidad de Madrid.

dos posiciones interpretativas acerca de su naturaleza jurídica, que llevan a conclusiones muy diferentes en el plano práctico de su ejercicio. Es preciso, por tanto, considerar estas dos interpretaciones que han enfrentado a las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de junio de 1988 (RJ 1988/4815), entiende que la Ley de 10 de marzo de 1941 *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 que habrá que estar a la legislación civil para llevarlo a cabo*. La Sala afianza su convicción por el carácter patrimonial que en el contexto tenían los montes públicos, integrados en el Patrimonio del Estado bajo el régimen de propiedad privada, al que se aplican de modo subsidiario las normas de Derecho privado. La conclusión que de ello se obtiene es el carácter de *actos de la Administración*, no de *actos administrativos* (10), de aquellos que acuerdan el ejercicio del derecho de retracto y, en consecuencia, la necesidad de que sea el Juez civil quien pueda decidir ejecutivamente sobre su procedencia. Esta fundamentación le lleva a inaplicar el procedimiento que regulaba el Reglamento de Patrimonio forestal, al que considera ilegal por cuanto *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 el invocado artículo 66 del expresado Reglamento de 30 de mayo de 1941, no procedió a reconocer esa vía administrativa especial para el ejercicio del derecho de retracto por 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* (11).

La conclusión es, por tanto, muy clara: el retracto forestal es una institución civil a la que ha de aplicarse el Derecho privado y ha de ejercerse a través de los cauces del Derecho privado, es decir, al margen de las potestades de *imperium* y, por tanto, accionando ante la jurisdicción civil.

La tesis contraria viene a sustentarse en diversas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que también manejan argumen-

(10) R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, 2002, pág. 34.

(11) Esta sentencia ha sido comentada por MENDOZA OLIVÁN en el artículo citado más atrás, mereciéndole un juicio muy favorable.

tos de indudable peso. Para ir aclarando el problema, hago referencia a aquellos aspectos y sentencias que considero más significativos. En la sentencia de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994/1176) el Tribunal realiza una aproximación negativa, pues despeja una duda provocada más por argucias de letrado para reconducir el asunto a la vía de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona que por el carácter de la cuestión en sí. En efecto, el Tribunal se vio obligado a afirmar con contundencia y amplios razonamientos, que no es el caso traer aquí, que el retracto del artículo 17 de la Ley de 10 de marzo de 1941 no era una sanción.

Mayor enjundia e interés a los efectos de esta investigación tienen otras sentencias que fijaron la posición de la Sala respecto de las cuestiones centrales de la institución que comento. La que de un modo más completo y acabado expone esta doctrina es la sentencia de 20 de julio de 2000 (RJ 2000/6166), con referencia a otras anteriores como la de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7923) y seguida, al menos, por la de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000/7439). Con toda rotundidad se afirma:

«El artículo 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado, de 10 de marzo de 1941, habilitaba a la entidad de derecho público denominada “Patrimonio Forestal del Estado” para que, en los supuestos que contempla, “se subrogue al comprador por el precio de compra menos los daños y perjuicios, si los hubiere, sufridos por la finca”. Dicho *precepto no define, sin más, un mero derecho; sino que atribuye a una entidad pública la potestad de ejercitarlo*; los términos de la norma, según los cuales el incumplimiento de la obligación de participar el proyecto de venta “podrá dar lugar a que el Patrimonio Forestal del Estado se subrogue al comprador”, son suficientemente expresivos de tal atribución.

(...)

Tal potestad de ejercicio lo es respecto de un derecho que se identifica plenamente con las características y naturaleza jurídica que son definitorias del derecho de retracto, en su modalidad de retracto legal, pues éste, conforme al artículo 1521 del Código Civil, es el derecho de *subrogarse*, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago» (la cursiva es mía).

Sin perjuicio de posibles imprecisiones en el manejo de los términos derecho subjetivo y potestad, que acaso pudieran reprocharse a la Sala —igual que a la Primera—, cabe extraer la conclusión de que el Tribunal considera que la Ley de Patrimonio Forestal atribuye una potestad a la Administración configurada sobre el patrón del derecho civil de retracto, pero propiamente no se trata de un *mero derecho* privado, sino una auténtica potestad pública ejercitable ejecutivamente. En efecto, la Ley no habla en ningún momento de *derecho de retracto*, sino que se limita a establecer la posibilidad de *subrogarse al comprador*. La mención al derecho de retracto se contiene en el Reglamento de 30 de mayo de 1941 (12), que, al contrario de lo que entendió la Sala Primera en la sentencia que he comentado, ahora se estima conforme con la Ley que ejecuta. Así, pues, la sentencia se expresa en estos términos:

«Por tanto, cuando el Reglamento de aquella Ley, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941, calificó el derecho a ejercitar como de retracto y dispuso un procedimiento para su aplicación, idéntico al de la expropiación forzosa en el período de justiprecio, con trámites de pago, toma de posesión e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 66), no innovó el ordenamiento jurídico en términos vedados o inaccesibles para la potestad reglamentaria, sino que se limitó a desarrollar y completar la previsión legal. Así lo ha entendido ya esta Sala en sus sentencias de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994\1176) (dictada en el recurso de apelación número 12847/1991) y 20 de diciembre de 1994 (RJ 1994\ 10054) (recurso de casación número 322/1993)».

No es fácil tomar partido por ninguna de las dos posiciones. En mi opinión, ambas contemplan la misma realidad desde perspectivas diversas y, en consecuencia, llegan a conclusiones contrapuestas. La sentencia de 10 de junio de 1988 de la Sala Primera, como he recordado, parte del reconocimiento por la Ley de 10 de marzo de 1941 del derecho de retracto y debe ser coherente con la naturaleza que de dicho derecho le consta. Por su parte, al margen de expresiones doctrinales más o menos precisas, las sentencias que he citado de la Sala Tercera parten del reconocimiento de una potestad de subroga-

(12) Este extremo ya fue destacado por M. CHACÓN SECOS, «Los retractos administrativos», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, pág. 205.

ción que, por más que en cuanto a su estructura pudiera recordar el derecho de retracto del artículo 1521 del Código civil, no puede considerarse técnicamente un derecho, si hemos de entender que existe alguna diferencia entre éste y la potestad, como, siguiendo a una muy conocida doctrina (13), defiende el autor de estas páginas. Dada, pues, la literalidad de la Ley, considero que es más correcta y ajustada la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, pese a las opiniones en contra de algunos autores de relevancia. Debe, pues, considerarse que el retracto forestal, si se le quiere llamar así, es un retracto plenamente administrativizado por cuanto no se configura como simple derecho real, sino expresión de una *potestad pública* ejercitable *ob rem*, si se quiere. La consecuencia lógica es la plena corrección de su ejercicio por las vías estrictamente administrativas. La interpretación que, con posterioridad, se contiene en el Reglamento reconduciendo el funcionamiento de la referida potestad al juego de los derechos de tanteo y retracto, como peculiar modo de ejercicio, puede ser discutible pero ni contradice su alcance ni se le puede reprochar tacha alguna desde la perspectiva del rango de la norma. A todo ello da amparo el amplio concepto de expropiación forzosa que luce en nuestro Derecho, como más adelante explicaré, que ha permitido que en diversos contextos se pueda hablar de retractos de matiz expropiatorio. Adelanto que no comparto esta tesis.

Sin embargo, lo que podía sostenerse bajo la vigencia de la Ley de 10 de marzo de 1941 es muy cuestionable si la norma en vigor es la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. En efecto, esta norma reviste unos caracteres y un talante muy diferentes de los de aquélla. El contexto ya no es el del Estado nacional autárquico propio de la posguerra, sino el Estado cooperativo en el que se han producido numerosas privatizaciones y no se ve con recelo la realización de actividades de interés público por particulares. Ello no es obstáculo al reconocimiento por la Ley de derechos de adquisición preferente, pero tanto del contexto a que aludo como de las propias expresiones legales —se habla de *acción de tanteo* y *acción de retracto*— parece inferirse que no se está construyendo esta preferencia como potestad pública que se ejerce por vía de la decisión ejecutoria, como en la legislación anterior, sino que el legislador ha preferido configurar derechos de carácter civil ejercitables por las vías propias del Derecho civil y cuyo régimen remite al Código civil con carácter supletorio.

Así se desprende con toda claridad de la propia literalidad del artículo 25.6 de la nueva Ley de Montes (LM):

(13) Me parece obvio que no tengo que aportar cita alguna.

«Si se llevara a efecto la *transmisión* sin la indicada notificación previa, o sin seguir las condiciones reflejadas en ella, la Administración titular del derecho de adquisición preferente podrá ejercer *acción de retracto* en plazo de un año contado desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde que la Administración hubiera tenido conocimiento oficial de las condiciones reales de dicha transmisión» (la cursiva es propia).

Estos derechos de adquisición preferente, de los que aquí interesa el retracto, plantean numerosos interrogantes de los que no me puedo ocupar en este momento (14), pero es evidente —es lo que quiero destacar ahora— su evocación de figuras de retracto propias del Código civil. Su proximidad a los retractos de comuneros o colindantes aparece más que patente.

B) *El retracto de la legislación de patrimonio histórico*

Se puede afirmar que no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia la menor duda acerca del carácter netamente administrativo del derecho de retracto que se regula en la legislación de patrimonio histórico (15), en concreto la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (art. 38) (16). Más que de un derecho civil, se trata de la atribución de una potestad de subrogación ejercitable en términos y por los cauces propios del Derecho administrativo; esto es, mediante el correspondiente acto administrativo, decisión ejecutiva y ejecutoria. El Tribunal Supremo —Sala Tercera— en sentencia ya antigua —STS de 7 de diciembre de 1973— ha vinculado este tipo de retracto a una modalidad expropiatoria, tal vez por su regulación en el artículo 81.2 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, doctrina que sigue la mucho

(14) El más llamativo de los interrogantes es el del carácter de la transmisión ante el silencio de la Ley: ¿de qué transmisión se trata?; ¿todas: onerosas y gratuitas? A mi juicio, la supletoriedad del Código civil deberá solventar estas lagunas. Igual que desde la perspectiva procesal ha de apuntarse a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(15) Incluso le reconoce este carácter la STS de 10 de junio de 1988, citada, que no dudaba en negárselo al retracto forestal.

(16) En términos similares, con ligeras variantes o peculiaridades, Ley 1/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía (art. 18); Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (art. 20); Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de las Illes Balears (art. 32); Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias (art. 50); Ley 2/1999, de 28 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura (art. 25).

más reciente STS de 21 de mayo de 1998 (RJ 1998/4262) (17), haciendo aplicación expresa del mencionado precepto ya que los hechos sobre que versa eran anteriores a la vigencia de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. La entrada en vigor de ésta no parece haber cambiado demasiado el panorama. Así se ha afirmado que nos encontramos ante *un retracto de matiz expropiatorio acentuado* (18).

Siguiendo esta misma orientación se ha afirmado que el derecho de adquisición preferente que se regula en el artículo 38 LPH escapa al *estricto marco del Derecho privado* (19), pero, al mismo tiempo, se ha puesto de relieve el carácter no coactivo de esta transferencia de propiedad, que no se realiza en virtud del acto administrativo por el que se decide el retracto, sino de un contrato al que se califica de los administrativos innominados (20). La construcción a que me refiero es sugerente y bien trabada, a mi juicio; sin embargo, no puedo compartirla por cuanto me parece observar en ella un cierto componente de artificiosidad. Pues negar el carácter autoritario de la causa de la adquisición de la propiedad, siquiera de un modo mediato, es negar la realidad. Es más, a mi modo de ver, el carácter de imposición apoyada en la Ley es connatural con el concepto mismo del retracto legal, incluso en los reconocidos en favor de particulares. La característica del retracto que ahora analizo es que, al estar configurado por la Ley de Expropiación Forzosa —art. 81—, aparece como manifestación de la potestad expropiatoria, puede ejercitarse por la propia Administración sin necesidad de acudir a la acción civil de retracto, cosa que, como se verá, no sucede en todos los retractos a favor de la Administración.

C) *El retracto en la legislación de viviendas de promoción pública*

Uno de los ámbitos donde, desde hace años, los derechos de tanteo y retracto juegan una importante función de garantía de las exigencias del interés general es, precisamente, el del régimen de las viviendas de promoción o protección públicas. Ya se contienen en el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, *por el que se desarrolla*

(17) Citada por T. QUINTANA LÓPEZ, en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, dirigido por F. SOSA WAGNER, Thomson, Aranzadi, 2003, pág. 394.

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

(19) M.^a R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Civitas, 1992, pág. 315.

(20) M.^a R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Civitas, 1992, pág. 317.

el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda. Sin embargo, las figuras de tanteo y retracto a las que se acude inicialmente quedan fuera de nuestro objeto de estudio por cuanto son tanteos y retractos voluntarios o convencionales establecidos a través de los oportunos negocios jurídicos. El artículo 54 del Real Decreto mencionado es, en efecto, expresivo:

«Los entes públicos promotores podrán ejercitar en estos casos los derechos de tanteo y retracto con arreglo a los artículos 1507 y siguientes del Código Civil a cuyos efectos se hará constar expresamente el ejercicio de dichos derechos en los contratos de compraventa que suscriban con los beneficiarios.»

Este carácter convencional del retracto a que se refiere el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, es lo que permite el que se pueda contener en una norma reglamentaria y no sea una Ley la que lo establezca (21). Nos encontramos con una norma que impone a la propia Administración del Estado, cuando actúe como transmitente de este tipo de viviendas, la utilización de los tanteos y retractos convencionales para asegurar determinados objetivos de su política de viviendas de promoción pública. El salto al retracto legal lo ha dado la Ley 7/1988, de 15 de abril, *de derecho preferente de adquisición en las transmisiones de viviendas de protección oficial a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi*. Los objetivos de esta medida se exponen con claridad en la exposición de motivos:

«Es objetivo del Gobierno Vasco velar por el fiel cumplimiento de las disposiciones vigentes que aseguren los fines mencionados, así como posibilitar mediante los mecanismos oportunos la consecución de la mayor rentabilidad social posible, en cada momento de las inversiones que realiza. En este último sentido la presente ley busca la implantación de un marco normativo en favor de la Administración de la Comunidad

(21) Lo mismo puede decirse del Decreto 149/2003, de 10 de junio, por el que se aprueba el Plan Andaluz de la Vivienda y el Suelo y se regulan las actuaciones contempladas en el mismo. Su artículo 96.1 establece que: *El promotor de actuaciones de viviendas protegidas tendrá la obligación de pactar expresamente con los adjudicatarios de las mismas los derechos de tanteo y retracto sobre las viviendas, a favor de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía o de otras Entidades o Empresas Municipales de Vivienda que aquélla designe, con una vigencia de diez años, debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad.*

Autónoma del País Vasco, merced al cual puedan evitarse, de un lado, las posibilidades de fraude por sobreprecio en la primera y posteriores transmisiones de viviendas de protección oficial, y, de otro se posibilita a su vez la satisfacción del interés público controlando a los destinatarios de dichas viviendas en las que se ven afectados importantes recursos públicos y contribuyendo a la creación de una auténtica oferta privada de viviendas a precio establecido dentro de los límites de la legislación de Protección Oficial, que se añada a la oferta pública.

Es precisamente de esta última de donde se toma una de las garantías habituales de la Administración para con las viviendas directamente promovidas por ella, como son *los derechos de tanteo y retracto*. Lógicamente tales derechos preferentes de adquisición pueden imponerse a partir de la intervención como parte transmitente en el negocio jurídico traslativo de la propiedad, pero en los supuestos de las Viviendas de Protección Oficial vendidas por los particulares, la aplicación de tales derechos hace precisa su constitución con rango de ley».

Al mismo tiempo se pretende salir al paso de alguna posible acusación de falta de competencia:

«La regulación de los derechos de tanteo y retracto supone un instrumento válido para regular ámbitos y relaciones no forzosamente civiles, que en manos de la Administración va a permitir desarrollar en plenitud la función social de la propiedad, posibilitando el acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada a este respecto, a las clases sociales menos privilegiadas».

Con estas palabras se pretende, además, la plena administrativización de las figuras del tanteo y del retracto, que, más que modos de adquirir la propiedad para la Administración pública —sin perjuicio de que efectivamente lo sean—, aparecen configurados como instrumentos de ordenación del tráfico económico de las viviendas de protección pública con el objeto de asegurar los fines sociales de las mismas frente a situaciones ilegales. Se están configurando unas potestades interventoras y de control de las viviendas de protección ofi-

cial sobre el marco del tanteo y el retracto, de forma que la finalidad institucional de éstos, que en el fondo se cifra en un mayor aprecio por el ordenamiento de la titularidad del beneficiario del derecho de tanteo o del retracto, brilla por su ausencia. Se puede hablar, pues, de una auténtica potestad administrativa para restablecer la legalidad con ocasión de unas transmisiones fraudulentas. A ello no obsta la explícita referencia de la Ley a las prescripciones de los artículos 1521 a 1525 del Código civil, pues se trata de una mera remisión de carácter material para completar el contenido de la regulación que se hace, sin mayores pretensiones de incorporar la disciplina del Código civil, pues tal propósito contradiría frontalmente la afirmación de la Exposición de Motivos, que he transcrito, de que no se está regulando ámbito o relaciones civiles.

La consecuencia obvia de todo lo anterior, aunque la Ley no dice nada, pues remite la regulación del procedimiento al Reglamento, es la posibilidad de ejercicio de estos derechos, particularmente el retracto, por lo que nos interesa, por las vías jurídico-administrativas, utilizando los mecanismos propios del acto administrativo y su ejecutividad.

No nos interesa entrar en detalles del contenido de la Ley 7/1988 de Euskadi, que se mueve dentro de un marco muy clásico de lo que sería el diseño de los derechos de tanteo y retracto. En este sentido llama mucho más la atención la reciente Ley 4/2003, de 2 de julio, *de vivienda* de Galicia, que se inserta en esta misma tendencia. Se confiesa así como objetivo general

«contemplar con atención especial el proceso de introducción de las viviendas en el mercado, dando respuesta legal a los conflictos que la realidad jurídica muestra como más frecuentes con relación a la adquisición de una vivienda o un local, y que hasta ahora se habían venido resolviendo en base a una legislación fragmentada y una doctrina jurisprudencial no siempre uniforme».

Y de entre los problemas concretos que encara y regula, tiene especial trascendencia

«la intervención de la Administración autonómica en los problemas específicos que plantea la transmisión a terceros de las viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, a fin de asegurar que las mismas queden siempre en manos de ciudadanos que de otra

forma no podrían hacer efectivo su derecho a una vivienda digna y apropiada, dadas sus particulares circunstancias familiares y económicas».

En coherencia con todo ello, estos derechos de tanteo y retracto también tienen su peculiar sentido, de manera que su finalidad inmediata, más que de servir de medio de adquisición de la propiedad de inmuebles para la Administración gallega, se orienta a impedir que las viviendas a que se aplican sean de propiedad de quienes no reúnen los requisitos legales. Se puede afirmar que nos encontramos ante instrumentos encaminados a hacer efectiva la legalidad en esta materia, naturalmente sin perjuicio del Derecho sancionador. En definitiva y en palabras del propio legislador gallego, nos encontramos ante *los derechos de tanteo y retracto de la Administración como última garantía de que a la propiedad de tales viviendas podrán acceder las personas verdaderamente necesitadas de aquella protección*. Estas determinaciones son importantes, a mi juicio, pues sirven de pauta interpretativa del texto y ayudan a delimitar el ámbito de una potestad inicialmente concebida con gran discrecionalidad.

Hablamos, en efecto, de auténtica potestad por más que la Ley se refiera a derechos de tanteo y retracto. En mi opinión, la Ley diseña una potestad vinculada al control de la transmisión de las viviendas de protección o promoción públicas. La Ley establece *que estas viviendas sólo podrán ser adquiridas, en primera o ulteriores transmisiones inter vivos, a título gratuito u oneroso, sean éstas voluntarias o como consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial, por quienes reúnan las condiciones y los requisitos específicos exigidos para acceder a las mismas, de conformidad con la normativa reguladora del régimen jurídico de estas viviendas* (art. 33).

Esta potestad configurada sobre el esquema propio de los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración autonómica puede ejercitarse respecto *de las viviendas y sus anejos de promoción pública o sujetas a cualquier régimen de protección pública en las segundas y sucesivas transmisiones inter vivos, sean éstas gratuitas u onerosas, voluntarias o como consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial*. Del propio enunciado legal llama la atención la amplitud con que se concibe esta potestad, que sólo por referencia cabe calificar de derechos de tanteo y retracto. El que alcance a las transmisiones a título lucrativo desborda el esquema conceptual de los derechos de que vengo hablando, que se ciñen a negocios jurídicos onerosos, eso sí, concebidos con mayor o menor amplitud, según la normativa reguladora. Efectivamente, las normas suelen hablar de enajenaciones o, más restrictivamente, ventas, pero, en

cualquier caso, nunca había visto la amplitud que despliega aquí la Ley gallega que comento. Curiosamente, la Ley vasca a que he hecho referencia más atrás excluye expresamente las transmisiones de viviendas a título lucrativo del sometimiento a los derechos de tanteo y retracto.

Una consideración superficial pudiera hacer pensar que el legislador vasco ha cometido una obviedad y el gallego se ha extralimitado en sus competencias. Creo, sin embargo, que no ocurre ni una ni otra cosa. En efecto, habría obviedad y extralimitación si tanto una Ley como otra estuviesen realmente configurando los derechos de referencia. Probablemente, entonces, ambas Leyes podrían sufrir el reproche de extralimitación competencial. Pero no es así. En ningún caso se está regulando ningún mecanismo de adquisición preferente, sino creando un instrumento para la plena efectividad de las medidas de protección pública de la vivienda. Para ello se crea una potestad administrativa de intervención, con mayor amplitud en el caso gallego que en el vasco, pero en ambos casos con un límite común que se expresa claramente en el Derecho gallego, pero que está implícito en el otro: los derechos de tanteo y retracto, por utilizar la terminología al uso, no pueden ejercitarse de manera discrecional, sino vinculados a que la transmisión se efectúe o no a quien reúna los requisitos legales para acceder a dicho tipo de viviendas. Pero esta decisión es una decisión netamente administrativa que se materializa en un acto administrativo pleno revisable por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa (22).

D) *El retracto en la legislación vigente de espacios naturales protegidos*

Al comienzo de estas páginas recordaba los preceptos de la legislación de espacios naturales estatal y de Andalucía que consagran y regulan el tanteo y el retracto, por más que en esta investigación sólo interesa este último. Si algo puede afirmarse en una primera aproximación es el laconismo y brevedad de la regulación. Centrándonos en la legislación andaluza, observamos que se expresan con claridad tres cosas:

a) El sujeto de los derechos de tanteo y retracto: la Junta de Andalucía a través de la Agencia de Medio Ambiente. Hoy habrá de entenderse la Consejería de Medio Ambiente.

(22) Sobre el carácter netamente administrativo de este tipo de retractos con relación a la Ley Foral 7/1989, de 8 de junio, cfr. STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de octubre de 1994 (RJCA 1994/65).

b) El ámbito de ejercicio de estos derechos son las transmisiones onerosas de bienes y derechos intervivos de los terrenos situados en el interior de los espacios declarados protegidos.

c) En los términos previstos en la legislación del Estado. Se termina, pues, con una remisión en cuanto a las condiciones de ejercicio al artículo 10.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, esto es, *el derecho de tanteo podrá ejercerse en el plazo de tres meses y el de retracto en el de un año, ambos a contar desde la correspondiente notificación, que deberá efectuarse en todo caso y será requisito necesario para inscribir la transmisión en el Registro de la Propiedad.*

Destaca la ausencia de toda referencia al procedimiento de ejercicio de los mencionados derechos (23). Acaso esta ausencia y la reiteración por el TC del carácter civil de estos derechos, sin perjuicio de su utilización por las Comunidades Autónomas, han suscitado una interpretación en la Dirección General de los Registros y del Notariado que conecta con la STS, Sala Primera, de 10 de junio de 1988, ya analizada, sobre la vía de su ejercicio, cuestión que encierra, como ya se ha visto, otra más profunda de la naturaleza jurídica de la institución, esto es, si nos encontramos ante un simple reconocimiento de derechos de carácter civil —tanteo y retracto— o la atribución de una potestad de subrogación ejercitable por los mecanismos del Derecho administrativo.

La DGRN rescata una doctrina a la que sólo se podía oponer la literalidad de una legislación ya derogada y correspondiente a una etapa de la evolución de la Administración y su entorno más que superados. En efecto, la Resolución de 13 de diciembre de 2002 (24) del citado órgano plantea el problema en estos términos:

«el de dilucidar si el ejercicio por la Comunidad de Andalucía de un derecho de retracto establecido por la normativa administrativa autonómica para la protección de espacios naturales puede realizarse por la vía administrativa, o es necesario ejercitarlo ante los Tribunales ordinarios».

Para dar solución a la cuestión propuesta se comienza recordando que la STS de 10 de junio de 1988 dejó claro que *el hecho de*

(23) En términos muy parecidos se producen la disposición adicional tercera, 1, de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, desarrollada por la disposición adicional 1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre; el artículo 25 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

(24) En el mismo sentido, las Resoluciones de 9 y 10 de diciembre de 2002.

que un derecho de retracto tenga su origen en una norma administrativa, como es el que aquí se ejercita, no trae como consecuencia obligada que pueda ejercitarse mediante un procedimiento meramente administrativo. A continuación, la DGRN desarrolla una doctrina tradicional sobre la salvaguarda de la propiedad en nuestro Derecho. Así, pues:

«A efectos de competencia atribuible a la Jurisdicción Civil y a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, deben distinguirse los llamados “actos de la administración” de los “actos administrativos”, pues, sentado que sólo estos últimos son susceptibles de la vía administrativa, dicha calificación la merecen solamente aquellos actos 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 jurídica pública».

Para centrar el núcleo de su argumentación en que

«cuando la Administración contienda con el particular sobre cuestiones atributivas de propiedad sobre un 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 consecuencia del principio secular básico en Derecho Administrativo de atribuirse a la jurisdicción ordinaria la defensa del administrado frente a la injerencia sobre bienes de su propiedad, salvo cuando se ejerciten potestades administrativas, que inexcusablemente tienen que venir atribuidas mediante norma con rango de Ley, de tal manera que, cuando —como en el presente caso— esa atribución no se produce, y la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, como es la adquisición de bienes de tal índole, el control de esa situación administrativa debe quedar reservada a los Tribunales ordinarios, cuestión que, además, viene reforzada al establecerse en el artículo 249.7.º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892) que las acciones de ejercicio del derecho de re-

tracto de cualquier tipo deben ventilarse en juicio declarativo ordinario».

La conclusión de la mencionada Dirección General es, por tanto, bien clara. Si los retractos de que estamos tratando no tienen naturaleza expropiatoria son retractos civiles y, consecuentemente, deben regirse por el Derecho civil —las previsiones de la Ley que los establece y, subsidiariamente, el Código civil— y ser ejercitados a través de la jurisdicción ordinaria.

Sin perjuicio de compartir el fondo de esta conclusión y que, efectivamente, a mi juicio, para el ejercicio de este tipo de retractos la Administración titular del mismo deba acudir a los Juzgados de lo civil, conviene hacer dos importantes matizaciones a los textos citados. En primer lugar, hace falta precisar que una cosa es que la Administración deba acudir a dicha jurisdicción ordinaria y otra bien distinta que el carácter de los actos mediante los que se ejercita el derecho de retracto quede fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, como más adelante se verá, y, en segundo lugar, como también veremos, no se puede reconducir a la expropiación forzosa cualquier expresión de potestad pública que afecte a la propiedad.

III. RETRACTOS LEGALES A FAVOR DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE DIVERSA NATURALEZA: LOS RETRACTOS PLENAMENTE ADMINISTRATIVOS Y LOS RETRACTOS CIVILES A FAVOR DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Páginas atrás he tenido ocasión de evocar una doctrina que considera al retracto a favor de la Administración previsto en la Ley de Patrimonio Histórico como *un retracto de matiz expropiatorio acentuado*. También he puesto de relieve cómo se han querido ver reflejos de la potestad expropiatoria en el retracto que configuró la ya derogada legislación de patrimonio forestal de 1941, de conformidad con la interpretación que ha realizado la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y de igual manera he señalado acusados matices de ejercicio de poderes públicos en los retractos de la legislación de viviendas de protección o promoción públicas. Al mismo tiempo, no me cabe duda que está fuera de lugar aludir a la expropiación, o cualquier otra potestad administrativa, en relación con otros supuestos de retracto a favor de la Administración, como los retractos que regulan el artículo 25.6 de la vigente LM o el del artículo 10 LEN.

De cuanto llevo dicho se desprende que, al menos aparentemente, existen unos derechos de adquisición preferente vinculados a la expropiación forzosa, pues así lo han entendido la doctrina y la juris-

prudencia y otros claramente al margen de ella. Los primeros expresan de alguna manera el ejercicio de potestades públicas, mientras que los últimos constituyen derechos ejercitables en el marco del Derecho privado, por más que representen una valoración especial del interés público por parte del legislador, aunque de la misma manera que éste prioriza algunos intereses privados particularmente relevantes de cara a los objetivos públicos o sociales que pretende conseguir, como sucede con los derechos de retracto entre particulares (colindantes, arrendatarios, comuneros, etc.).

En relación con los primeros, su vinculación a la expropiación forzosa se podría justificar por la gran flexibilidad del concepto de expropiación forzosa de nuestro Derecho, *en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio* (art. 1 Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, LEF). Es obvio que esta última enumeración no es taxativa, sino meramente enunciativa, por lo que en ella puede tener cabida la imposición de los derechos de que vengo tratando, que, al ejercitarse en este contexto, dejan de ser tales para dar paso a una potestad unilateral que se traduce en la producción de los efectos jurídicos característicos de la expropiación forzosa.

Pero si se considera el fenómeno con rigor y al margen, por supuesto, de que dicho esquema se realice en determinada ocasión, no es ésa la estructura de ninguno de los supuestos de retracto contemplados. Pues en ninguno de los casos que hemos examinado se produce la transmisión originaria y libre de cargas de las cosas expropiadas, de manera que la causa de la adquisición se encuentre en el ejercicio de potestad expropiatoria que determine la ablación del derecho expropiado y el surgimiento de uno nuevo en la Administración expropiante o en el beneficiario, en su caso.

Al mismo tiempo, es innegable que en estos supuestos —antiguo retracto forestal, de patrimonio histórico, de viviendas de promoción pública— nos encontramos claramente fuera de la disciplina del Derecho civil y, de igual manera, se puede afirmar que implican ejercicio de potestades públicas. Incluso no cabe desconocer una cierta proximidad de estas potestades con la expropiatoria, pero subsumirlos como un supuesto de expropiación forzosa en sentido estricto es afirmar lo que, a mi juicio, no ha afirmado el legislador.

En efecto, aspectos fundamentales como el propio concepto del justiprecio con su carácter de valor de sustitución no caben en el ré-

gimen del precio a pagar en caso de ejercicio del derecho de retracto. Es indudable que si, tanto en la expropiación como en la adquisición mediante ejercicio del derecho de retracto, la Administración ha de satisfacer una cantidad por la cosa que adquiere, existen importantes diferencias institucionales entre precio y justiprecio, porque en la expropiación forzosa no hay más que ejercicio de una potestad unilateral que impone un sacrificio legitimado por la compensación justa, mientras que en el supuesto del retracto administrativo, auténtica potestad administrativa configurada sobre el esquema formal del derecho de retracto, hay una transmisión, por lo general voluntaria, que permite el ejercicio de la potestad administrativa de subrogación respecto de la que aquélla sirve de *condictio iuris* y legitima la adquisición por parte de la Administración.

No cabe duda de que la filosofía que subyace a los retractos legales, tanto cuando son concebidos a favor de la Administración como en los demás casos, comporta una mejor valoración que el legislador hace de una determinada titularidad respecto de otra. Se prefiere que unos determinados bienes se encuentren en unas manos a que vayan a otras. Es evidente que el legislador ve con mejores ojos que la parte que enajena un comunero vaya a poder de otro comunero que a manos de un tercero. Hay aquí una aproximación del retracto a la institución expropiatoria a través de la que se hace prevalecer el interés general sobre un interés particular, incluso cuando el retracto se ejercita entre particulares, y así lo entendió alguna doctrina (25), pero también se encuentra aquí la frontera entre ambas instituciones. A partir de ahí cada una tiene su propio perfil, que viene completado por las determinaciones legales que las regulan en cada caso y especifican, a su vez, la clasificación de los retractos administrativos: los plenamente tales a que acabo de referirme y los de naturaleza civil de que trato en el apartado siguiente. Los primeros agotan prácticamente su regulación en la norma específica que los establece y restantes normas de Derecho administrativo, siendo el Derecho privado supletorio, como ocurre con normalidad en otras instituciones jurídico-administrativas (contratos administrativos, dominio público, etc.). En los segundos la preeminencia corresponderá al Derecho privado, sin perjuicio de las especialidades derivadas del carácter público de su titular.

Avanzando un paso más, creo que es razonable la afirmación de que los retractos administrativos responden a la naturaleza de una potestad administrativa de intervención orientada a la adquisición

(25) M. CHACÓN SECOS, «Los retractos administrativos», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, pág. 205.

de bienes vinculada a la finalidad típica que configura la legislación sectorial correspondiente, construida sobre el esquema propio de los retractos legales, ubicada por completo en el ámbito del Derecho administrativo. Sin embargo, el efecto de la adquisición de bienes es aquí subordinado y coyuntural; no responde a una valoración preferente de la titularidad administrativa sobre la de un particular, sino que se justifica por el cumplimiento de unos determinados objetivos que son los que la legislación de referencia impone a la Administración. A título de ejemplo, creo que se entiende fácilmente que la legislación de viviendas, que he citado más atrás, no considera preferible que las viviendas de protección oficial sean de propiedad de la Administración a que su dueño sea un particular, siempre que cumpla los requisitos legales, sino al contrario, pero se utiliza la técnica del retracto para evitar situaciones, en definitiva, fraudulentas. Lo mismo ocurrirá en muchas ocasiones en relación con el retracto de la Ley de Patrimonio Histórico: se trata de evitar una situación negativa más que acumular bienes de estas características en manos administrativas. No siempre las cosas estarán tan claras, pero el esquema sí será el mismo. En consecuencia, el *modus operandi* será el propio de las potestades administrativas controlables en todas sus manifestaciones por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cuestión distinta es lo relativamente desconocidas que son estas potestades, que carecen de una clara referencia doctrinal más allá de las consideraciones de los diversos supuestos de retractos —como los que he aludido en este trabajo y otros que seguramente se encuentren dispersos en la legislación especial—. Pero este hecho no hace sino poner de relieve las imperfecciones de nuestra dogmática, posiblemente sin culpa de nadie. Por tanto, los retractos administrativos estrictamente tales son ejercicio de potestades públicas de forma unilateral, con arreglo a las características propias del Derecho administrativo, pero no expropiación forzosa.

En definitiva, nos encontramos ante un fenómeno muy parecido a otros mucho más frecuentes y de mayor trascendencia socioeconómica, como sería el caso de la contratación de las Administraciones públicas, donde con absoluta naturalidad, y después de asimilado el trauma inicial del uso del Derecho privado para la consecución de finalidades jurídico-públicas (famosa huida del Derecho administrativo), el legislador reconoce paladinamente la existencia de contratos administrativos y contratos privados de las Administraciones públicas. Sin querer llevar el paralelismo más lejos ni extraer de ahí consecuencia alguna de fondo, aparece con claridad lo que quiero transmitir, que si en algo se oscurece es precisamente por la escasez de análisis de los retractos administrativos y los retractos civiles a

favor de las Administraciones públicas, por más que pueda estar justificada. Evidentemente, no nos encontramos ante una materia con la trascendencia de la contratación administrativa, de ahí que su desarrollo legal, jurisprudencial o doctrinal esté muy lejos de parecerse. Posiblemente, en el tema que estoy tratando nunca se alcancen los niveles de elaboración y de diferenciación de los contratos administrativos y privados de la Administración, pero es obvio que se trataría de una contingencia de la que no pueden sacarse mayores consecuencias.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RETRACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER CIVIL

Junto a figuras de retracto construidas en el ámbito del Derecho administrativo y con sus propias técnicas y materiales —los retractos tradicionalmente considerados de matiz acentuadamente expropiatorio, auténticas potestades administrativas en mi modo de ver las cosas— también existen otras ajenas a esta nota. En éstas se aplica sin más la técnica de los retractos legales tal como se configura en el Derecho privado. En ocasiones, las circunstancias que justifican la existencia de derechos de adquisición preferente pueden ser exactamente las mismas que configuran una concreta *causa expropriandi*, pero el legislador, en lugar de habilitar para el ejercicio de esta potestad, ha optado por una solución diferente. Es el supuesto que contempla la nueva Ley de Montes. Pero también cabe otra posibilidad. El fenómeno a que me refiero se pone especialmente de manifiesto cuando el legislador, ante un mismo presupuesto de hecho, habilita la expropiación y el retracto legal como posibilidades alternativas de reacción de la Administración. Es justamente el supuesto previsto en el artículo 10.3 de la Ley estatal de espacios naturales protegidos:

«La declaración de un espacio como protegido lleva aparejada la de utilidad pública, a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, y la *facultad* de la Administración competente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, en las transmisiones onerosas intervivos de terrenos situados en el interior del mismo» (la cursiva es mía).

La Ley andaluza sobre la misma materia también declara la utilidad pública de estos terrenos a efectos de la expropiación en su artículo 23 y reconoce los derechos de adquisición preferente en el si-

guiente. La Administración puede adquirir estos terrenos bien haciendo uso de la expropiación forzosa (mecanismo propio de Derecho público, ejercicio de potestad) o a través de una vía de Derecho privado, como son los derechos de adquisición preferente. Dos posibilidades, pues, que al configurarse como alternativas se excluyen mutuamente. Si se opta por una, simultáneamente se está renunciando a la otra. De esta relación de exclusión deriva la diferenciación de perfiles de una y otra técnica: la expropiación, modo de adquisición de la propiedad de Derecho público, y el retracto legal administrativo, en este caso, modo de adquisición propio del Derecho privado.

Abocados a determinar el régimen jurídico de estos retractos, estas últimas consideraciones nos ubican en el marco de la legislación patrimonial de las Administraciones públicas en cuanto que se define un modo de adquirir la propiedad a favor de éstas, sin perder de vista que, al mismo tiempo, el legislador está configurando los límites del derecho de propiedad de los bienes sobre los que recae el derecho que se establece a favor de la Administración. Desde la perspectiva de esta investigación, este último aspecto no plantea especiales cuestiones, una vez que el legislador así lo ha declarado; en cualquier caso, no es ésta la perspectiva que debe analizarse aquí, sino la correspondiente a disciplina de los modos de adquisición de la propiedad por las Administraciones públicas. Además, un planteamiento riguroso de nuestro objetivo nos impone tomar como punto de partida la naturaleza de derecho real de adquisición preferente que comúnmente se otorga a los derechos de tanteo y retracto.

El artículo 15 LPAP establece que *las Administraciones públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico*; en consecuencia, parece que debe incluirse aquí el ejercicio de los derechos de adquisición preferente, y de modo específico el retracto, cuando así esté previsto en la normativa aplicable. Pero ni en la enumeración de los modos de adquirir que realiza este precepto encontramos referencia a estos derechos, ni una regulación general de los mismos en esta Ley ni en ninguna otra. Es más, las únicas referencias a posibles derechos de adquisición preferente en la LPAP contemplan justamente la situación inversa, esto es, en beneficio de particulares (arts. 103.2 y 168.3 LPAP). Ciertamente, el artículo 15 alude a adquisiciones a título oneroso, con ejercicio o no de la potestad expropiatoria; además, el artículo 19 luce la rúbrica de *adquisiciones a título oneroso*, en las que, obviamente, cabría incluir las figuras jurídicas que analizamos, pero enseguida se advierte que su texto contempla otra situación, por cuanto se refiere al carácter voluntario, que no puede sino responder a una enajenación voluntaria a favor de la Administración. Queda, por tan-

to, el supuesto fuera del ámbito de nuestro interés, pues aunque es evidente que el derecho de retracto tiene como presupuesto una enajenación voluntaria, una vez ejercitado, se impone a las voluntades de las partes de ese negocio jurídico y la enajenación opera a favor del retrayente, que en el caso que analizamos es una Administración pública. Ciertamente, hay enajenación voluntaria pero no la que habían previsto los iniciales contratantes.

Aunque los datos son escasos, como puede verse, cabe, sin embargo, extraer alguna conclusión, naturalmente parcial, que deberá completarse con otros elementos normativos que será preciso indagar. De momento, creo que puede apuntarse: *a)* la admisión por el legislador de este modo de adquirir —es el punto de partida de estas reflexiones y dato de nuestro Derecho positivo—, y *b)* un principio de moderación de los efectos de estos retractos en determinadas situaciones. Sobre todo esto volveré más adelante.

Partimos, por tanto, de la consideración de un modo de adquirir la propiedad consistente en un previo derecho de adquisición preferente que debemos ubicar en el marco del artículo 7.1 LPAP: derechos de carácter patrimonial que no tienen la consideración de demaniales (26). El régimen de ejercicio de tales derechos, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 de ese mismo artículo, será el establecido *en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen y supletoriamente se aplicarán las normas de Derecho administrativo en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en los restantes aspectos de su régimen jurídico*. Desentrañar este precepto supone, a mi juicio, constatar en primer lugar la casi total ausencia de determinaciones sobre la materia que consideramos en la LPAP. La referencia al carácter supletorio del Derecho administrativo nos lo trae a primer plano, si tenemos en cuenta que efectivamente son leyes sectoriales, integradas en lo que convencionalmente llamamos Derecho administrativo, las que se ocupan de la regulación de estos retractos, por más que ésta en sí misma sea *materia civil*. Por tanto, será la norma reguladora de cada sector en que se reconozcan estos retractos la expresión preferente de su régimen jurídico. Pero a nadie se oculta la escasez de las mismas, que deberán ser completadas mirando al Derecho administrati-

(26) No es el momento de extenderse en este punto y es obvio que el legislador y la mayor parte de la doctrina que conozco admiten la categoría de los derechos demaniales. Si por ellos hubiera que entender los derechos derivados del ejercicio de las potestades inherentes al régimen demanial en sus diversas manifestaciones, nada tendría que objetar, pero la posibilidad de que un determinado derecho con su específica estructura formal adquiera la condición de demanial me parece una contradicción. Así lo expuse en *Dominio público*, Trivium, 1992, pág. 108.

vo y al Derecho privado, respectivamente, atendiendo a los criterios que, según se ha visto, establece el artículo 7.3 LPAP.

A) *Cuestiones jurídico-administrativas en relación con los retractos administrativos de carácter civil*

Es obvio que la decisión de ejercitar el derecho de tanteo o, en su caso, el de retracto corresponde a la Administración titular de acuerdo con el sistema legal de distribución de competencias vigente en cada momento. Hemos visto cómo la legislación andaluza de espacios naturales protegidos atribuye dicha competencia a la Agencia Andaluza de Medio Ambiente, entidad hoy inexistente cuyas competencias han pasado a la Consejería de Medio Ambiente. El órgano competente y el procedimiento a seguir serán, por tanto, los que determine la Ley y, en relación con este último, el silencio del legislador obligará a confeccionar un procedimiento no formalizado en que se observen las garantías de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de procedimiento administrativo común. Este procedimiento debe concluir ordinariamente con una resolución que, sin embargo, sólo desde una perspectiva formal podrá considerarse acto administrativo por cuanto no conlleva el ejercicio de una potestad pública. Este dato comporta consecuencias jurídicas muy prácticas pues, como vemos, supone la aplicación del Derecho administrativo y atrae a la jurisdicción contencioso-administrativa los conflictos que pudiera suscitar la adopción de la decisión de ejercer un derecho de este tipo. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) de 22 de enero de 2003 (RJCA 2003/845), muy acertadamente, a mi juicio, estima el recurso contencioso-administrativo que traía su causa de la decisión de la Viceconsejería de Medio Ambiente de 9 de enero de 1997 que acordó ejercitar el derecho de retracto, por considerar que la resolución recurrida *no estaba dirigida a la consecución de los fines que son propios de la Administración medioambiental*. Se advierte cómo la Sala entra a fiscalizar un elemento esencial del acto impugnado cual es su finalidad, desplegando una técnica tradicional de control de los actos administrativos discrecionales. Se observa, por tanto, cómo el carácter civil de estos retractos no es obstáculo a su plena inserción en el ámbito del Derecho público por su vinculación a finalidades de interés general sin las que no podrían justificarse.

De lo expuesto y de lo que a continuación desarrollaré se desprende que el esquema de lo que digo responde a la ya clásica técni-

ca de los *actos separables*, plenamente identificada y afianzada en relación con la contratación privada de las Administraciones públicas. Sin los mismos desarrollos legales ni doctrinales, encontramos aquí una realidad en que Derecho administrativo y Derecho privado vienen a conjugarse al margen de la ya tópica huida del Derecho administrativo al servicio del interés general utilizando las posibilidades de uno y otro. De ahí que tenga pleno sentido hablar de los aspectos civiles de los retractos administrativos de carácter civil.

B) *Aspectos civiles de los retractos administrativos de carácter civil*

Esta perspectiva conecta con el contenido institucional de los retractos que el ordenamiento jurídico reconoce a favor de las Administraciones públicas, pues por su carácter de instituciones civiles caen plenamente en el ámbito de Derecho privado. No se trata ya de determinaciones periféricas en cuanto llamadas a conectar la figura del retracto con el sujeto administrativo, que es lo propio del Derecho administrativo, sino del establecimiento de la estructura formal propia del retracto, obviamente cuestión atinente al Derecho privado. Éste despliega aquí completamente su eficacia ordenadora y, en consecuencia, son de aplicación las determinaciones de fondo en cuanto a las condiciones de ejercicio —negocios jurídicos a los que es aplicable—, los efectos de su ejercicio y, de manera especial, la vía jurisdiccional a través de la que se ha de ejercitar, que, coherentemente con lo dicho, no es otra que la jurisdicción civil. De ahí que, una vez adoptada la decisión de ejercer el derecho de retracto, el órgano competente deberá acudir al órgano judicial que corresponda para ejercer la correspondiente acción de retracto en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es, por tanto, evidente la incompatibilidad de estas afirmaciones con el reconocimiento del carácter ejecutivo de las resoluciones decidiendo el retracto (27).

Este esquema, que no aparece explícito en ninguna norma reguladora de retractos administrativos y resulta, además, oscurecido por la amalgama en que, hasta el momento, aparecen todos —retractos plenamente administrativos y retractos administrativos de carácter civil—, sin una adecuada diferenciación, como la que he in-

(27) Estas afirmaciones para nada entran en contradicción con el aplauso a la STSJ de Andalucía de 22 de enero de 2003, citada en texto, pues aunque no sean ejecutivos los actos que acuerdan el retracto, e incluso, para algunos, no sean actos administrativos, no cabe duda que se someten a la disciplina del Derecho administrativo en muchas de sus manifestaciones y es la jurisdicción contencioso-administrativa la única que puede deparar un control eficaz.

tentado exponer a lo largo de estas reflexiones, puede ser criticable pero responde a una opción legítima del legislador, recientemente confirmada en el artículo 43 de la LPAP: la bipartición jurisdiccional cuando se trata de cuestiones que afectan al derecho de propiedad (28).

La determinación del régimen de estos retractos remite, por tanto, al tratamiento de los retractos legales que efectúa la doctrina civil (29). Sin embargo, curiosamente, en la LPAP encontramos una referencia, siquiera indirecta, que no debemos desdeñar por cuanto desde el campo del Derecho público marca una dirección netamente coincidente con las exigencias del Derecho privado y, en concreto, la dinámica institucional del retracto legal.

En efecto, más atrás he aludido al artículo 168. 3 LPAP, que transcribo a continuación:

«Las operaciones de cambio de titularidad y reordenación interna en el sector público estatal que se realicen en ejecución de este artículo no estarán sujetas a la legislación del mercado de valores ni al régimen de oferta pública de adquisición, y *no darán lugar al ejercicio de derechos de tanteo, retracto o cualquier otro derecho de adquisición preferente que estatutaria o contractualmente pudieran ostentar sobre dichas participaciones otros accionistas de las sociedades cuyas participaciones sean transferidas o, en su caso, terceros a esas sociedades. Adicionalmente, la mera transferencia y reordenación de participaciones societarias que se realice en aplicación de esta norma no podrá ser entendida como causa de modificación o de resolución de las relaciones jurídicas que mantengan tales sociedades*».

Es verdad que la cita parece traída por los pelos: no se refiere a retractos a favor de Administración pública alguna, sino que, por el contrario, contempla un supuesto de retracto —entre otros— inicialmente ejercitable frente al Estado; contempla unos derechos de origen estatutario o contractual —es decir, circunscritos al ámbito propio de las sociedades mercantiles, pues se está regulando el pa-

(28) Como otros autores, en otro lugar me he pronunciado en contra de la bipartición jurisdiccional de las cuestiones patrimoniales de las Administraciones públicas justificada al amparo de la tradicional salvaguarda de la propiedad que se reserva a los Jueces y Tribunales del orden civil por considerarla desfasada respecto a la actual situación de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Dominio público*, Trivium, 1992, pág. 155.

(29) C. M. Díez Soto, *Ejercicio y efecto de los tanteos y retractos legales*, Dykinson, 2000.

rimonio empresarial del Estado—; por tanto, no se refiere a retractos legales que se estudian en este trabajo, aunque aquí el texto legal es oscuro y cabe la interpretación contraria. Pero al excluir del ejercicio del derecho de retracto operaciones de cambio de titularidad y reordenación del sector público estatal, está señalando una limitación en el ejercicio de este derecho basada en el respeto a la realidad, más allá de fórmulas organizativas u operaciones utilizadas de manera táctica, que no significan verdadero cambio de titularidad. Esta *ratio* profunda del precepto me parece capital, pues pone de manifiesto un criterio sustancialista aplicable de manera general a todos los retractos: su vinculación a un cambio de titularidad real de los bienes retraíbles. Queda así patente algo que afecta a la médula institucional de este derecho: a través de él no se pretende actuar sobre la situación preexistente, que en sí misma se acepta, aunque desde el reconocimiento de otra más deseable, la encarnada por el titular del derecho de retracto, en nuestro caso la Administración. Por ello, sólo por la desaparición efectiva de la primera es posible producir el efecto de la institución. Si, por el contrario, aquélla no desaparece, como es el supuesto en que se acredite que bajo una determinada cobertura formal —negocio simulado, por ejemplo, con objeto de realizar una determinada reestructuración empresarial, manteniendo la misma realidad subyacente— no se afecta a la titularidad primigenia, descorriendo, si es preciso, el velo de la personalidad, el retracto no será posible y, en consecuencia, no podrá prosperar la correspondiente acción. Estas cuestiones deberán ser apreciadas por el Juez civil, al que la Administración ha de acudir una vez haya decidido ejercer su derecho.

V. REFLEXIONES FINALES

El objetivo de este trabajo era una primera aproximación desde la preocupación de un administrativista al mundo difuminado y oscuro de los retractos legales a favor de las Administraciones públicas. He procurado introducir algo de claridad a través de un enfoque metodológico usual en el Derecho administrativo: la puesta de manifiesto en este ámbito de un clásico dualismo institucional público-privado. El dominio público y los bienes patrimoniales, los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración suponen, quizá, los paradigmas más relevantes de técnicas paralelas, construidas desde la dualidad de lo público y lo privado pero atinentes, en último término, a la Administración pública y sus fines. No

cabe duda de que cada uno de ellos presenta rasgos propios y característicos. Ahora son los retractos legales a favor de la Administración los que plantean la dualidad: retractos plenamente administrativos y retractos administrativos de carácter civil —la denominación, naturalmente, es lo de menos; también podría hablarse de retractos administrativos frente a retractos civiles a favor de la Administración, etc.—, como primer paso hacia una comprensión profunda de estas técnicas y las concretas instituciones jurídicas en que se manifiestan. A reserva de futuras matizaciones a las que siempre estaré abierto, creo posible afirmar que los primeros no son derechos, sino auténticas potestades públicas de intervención configuradas según la estructura formal del derecho de retracto y, por tanto, caen dentro del Derecho administrativo y sus exigencias. Esta consecuencia no es baladí y su concreción ha de plantearse desde la perspectiva de la regulación concreta de los diversos supuestos legales, ya que no es posible reconducirla a recetas genéricas que difícilmente podrían ser adecuadas en todos los casos. Sólo así se podrá garantizar la justicia en su ejercicio. A los retractos administrativos de carácter civil, auténticos derechos de este orden, es aplicable la doctrina elaborada desde el Derecho civil, sin que entrañen novedad alguna sobre las conclusiones allí elaboradas.

En estas páginas conclusivas quiero dejar claro, en la medida de lo posible, el criterio diferenciador que he intentado introducir a lo largo de este trabajo. Explícitamente rechazo la diversa naturaleza de los intereses —públicos en un caso, privados en otros— como criterio justificador de la distinción. Potestades y derechos reconocidos a favor de las Administraciones públicas sólo se justifican en atención a algún aspecto del interés general encomendado a la tutela de éstas; por tanto, siempre interés público. El criterio de diferenciación es, en mi opinión, de carácter funcional; los retractos de carácter civil tienen la finalidad genérica de estos derechos reconocidos en el Derecho civil: son derechos reales de adquisición preferente; por tanto, su finalidad se circunscribe a señalar una preferencia del Derecho a favor de determinadas titularidades y se consuman por la adquisición de la cosa por el titular preferido; en los casos que hemos estudiado, la Administración en la que concurren determinadas circunstancias, como en otros casos son algunos particulares (arrendatarios, colindantes, etc.). Por el contrario, no es la mera adquisición de bienes para la Administración lo que justifica las potestades de subrogación que denominamos retractos administrativos. Es verdad que dicho efecto está presente, pero no es ésta su razón de ser, sino proporcionar a la Administración competente un instrumento jurídico para la consecución de los objetivos concretos que asigna la legislación sectorial, sin

que haya preferencia alguna por una titularidad de carácter administrativo.

Hasta aquí el intento. No sé si he logrado mi propósito. El tiempo lo dirá, pero en cualquier caso creo que el enfoque realizado es útil de cara al futuro y a la configuración de cada supuesto o conjunto de supuestos en que pueden aglutinarse las diversas figuras de retractos que se ofrecen a las Administraciones públicas.

Una última reflexión, ahora de alcance más general: la contemplación del objeto de este trabajo trae a primer plano una de las paradojas del Derecho administrativo, que si cuenta ya con casi doscientos años de existencia, no por ello puede dejar de considerarse *hermano menor* en el contexto de las grandes disciplinas jurídicas. Cuando nos enfrentamos al análisis jurídico y buscamos la comprensión de fenómenos y retos tremendamente actuales, como todo lo comprendido en el amplio campo de la sociedad de la información y del conocimiento o de los problemas acuciantes y vitales derivados del uso de las nuevas tecnologías, sea en el mundo de las telecomunicaciones o en el de la biología, resulta que hemos dejado atrás inmensas lagunas de lo que podríamos denominar problemas jurídicos clásicos. No hemos encontrado tiempo ni ocasión para ocuparnos de instituciones como las que he traído a colación en estas páginas. Posiblemente puede afirmarse algo más: me parece que estamos lejos de haber acotado la propia parte general del Derecho administrativo y, en consecuencia, no nos hemos ocupado suficientemente de precisar sus técnicas e instituciones. Sabemos más o menos bien cómo funciona el acto administrativo, aun cuando ya un futuro que se está haciendo presente nos descubre nuevos horizontes ante los retos de la llamada e-Administración; creemos conocer suficientemente bien la expropiación forzosa, el dominio público, etc., y, si se me apura, hasta la contratación administrativa. Hemos visto cómo la consideración monolítica del reglamento o la ley cede su paso a versiones más flexibles y diversificadas, y así se podría realizar un larguísimo elenco de técnicas novedosas y sofisticadas que han ido alumbrándose a lo largo de estas últimas décadas, pero al mismo tiempo es preciso reconocer que nos hemos dejado atrás figuras como la que he intentado traer a colación en estas páginas. ¿Habrá más piezas olvidadas? La respuesta no puede ser otra que: con toda probabilidad. Ya me gustaría saber hacer siquiera un elenco aproximado, aunque posiblemente no serviría de nada. Para esto el tiempo y la historia son inexorables y se imponen a planteamientos voluntaristas, por bienintencionados que sean.

La amplitud del Derecho administrativo, su apego a la contingencia de cada día y, en consecuencia, su condicionamiento por la velo-

cidad y aceleración de los tiempos históricos que lo presiden justifican estos olvidos. Si alguna lección debemos extraer es que no podemos desechar ninguna línea de investigación ni es bueno despreciar ningún esfuerzo si convergen a desvelar tantas cuestiones aún inéditas en el marco de nuestro objeto de trabajo: el Derecho administrativo.