

LOS DERECHOS DE PREFERENCIA FRENTE A LA ADMINISTRACION Y EL SISTEMA DE LICITACION EN LA CONTRATACION DE LOS ENTES PUBLICOS

POR

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO

Catedrático de Derecho Administrativo
en la Universidad de Sevilla.

SUMARIO: 1. La regla de la subasta como procedimiento general de enajenar los bienes inmuebles de la Administración. 2. Los derechos de preferencia juegan en orden a los bienes, obras y servicios de la Administración. 3. Origen normativo del derecho de preferencia sobre los bienes y actividades de la Administración. 4. Clases de derechos de preferencia en el orden administrativo: tanteo, retracto, opción y derechos de readquisición. 5. Derecho de preferencia y licitación: A) Derechos de preferencia a ejercitar a través de la licitación: el artículo 21-5 del Reglamento de contratación de las Corporaciones locales, tanteos en las licitaciones para la adjudicación de contratos de obras, gestión de servicios y enajenación de bienes. B) Derechos de preferencia que excluyen la licitación: derechos de preferencia en la contratación de obras y adjudicación de bienes. C) Derechos de preferencia sin previsión sobre la existencia de licitación: situaciones consagradas en la legislación administrativa y en la civil o mercantil. 6. Conclusión.

I.—LA REGLA DE LA SUBASTA COMO PROCEDIMIENTO GENERAL DE ENAJENAR LOS BIENES INMUEBLES DE LA ADMINISTRACIÓN.

En nuestro Ordenamiento jurídico puede afirmarse que la subasta constituye la regla general en cuanto a la forma de enajenación de los bienes inmuebles de la Administración. Es en esta materia de transmisión de los bienes administrativos donde más se aprecia la vigencia de las prerrogativas en menos de los entes públicos. Cualquier particular se mueve en orden a la transmisión de su patrimonio, con muchas más facilidades, con que lo hacen las Administraciones públicas (1).

(1) El artículo 63 de la Ley del Patrimonio del Estado consagra la regla de la subasta como norma general de enajenación de los bienes del Estado, si bien se mantiene la salvedad genérica de que el Consejo de Ministros acuerde la enajenación directa.

El fundamento que mantiene el valor de estas formalidades no es sólo la vieja creencia de que a la Administración hay que defenderla de sus propios administradores (2), sino que en este caso además juegan otras dos ideas como son, por una parte, la defensa de los ingresos públicos, garantizada por el procedimiento al alza de los precios licitatorios y la igualdad de oportunidades que la enajenación de los bienes de la Administración debe ofrecer a los particulares. Es evidente que con la masa considerable de bienes enajenados anualmente por las distintas Administraciones públicas, las arcas del Tesoro y de las distintas Haciendas, se enriquecen a través de la subasta, en relación con los precios que a ella sirvieron de tipo. Por otra parte, es evidente también que muchos de los compradores de los bienes vendidos no serían los mismos si a los administradores públicos les dieran libertad para la adjudicación directa de los bienes enajenados (3).

El Reglamento de bienes de las Corporaciones locales establece que la subasta constituye el procedimiento normal de enajenación de las Corporaciones locales.

La Ley del Suelo en lo referente a la enajenación del patrimonio del suelo mantiene también la misma regla, aun tratándose de bienes llamados a regular el mercado de solares. Las excepciones en esta materia son más amplias que las contenidas en el Ordenamiento local. Véase PÉREZ MORENO, A.: *Aspectos jurídicos del Patrimonio municipal del suelo*, en "Revista de Derecho Urbanístico", núm. 10, pág. 68. También GONZÁLEZ-BERENGUER, en *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, Abella 1964, pág. 120.

La misma regla juega tanto en las enajenaciones de inmuebles del Instituto Nacional de la Vivienda como de la Gerencia Nacional de urbanización, reguladas respectivamente en los Decretos de 17 de mayo de 1952 (art. 4.º) y de 5 de junio de 1963 (art. 1.º). La gama de excepciones en uno y otro caso es amplia.

GARRIDO FALLA ha recordado cómo en el XIX regía este principio en la Ley de 21 de diciembre de 1876, Instrucción de ventas de 1903 (art. 6.º) y Reglamento de 11 de julio de 1909 (art. 19). *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 3.ª edición, Madrid, 1966, página 505. La Ley 2.ª del título I del libro X de la Novísima Recopilación exceptuaba del beneficio de la rescisión a las ventas en pública subasta. ARTIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág.

(2) JÈZE: *Les formes en Droit administratif français*, en "Revue de Droit Public et de la Science politique", 1922, pág. 503, "La crisis y pérdida del automatismo en la subasta puede comprobarse en relación con la Ley de contratos del Estado", en PARADA VÁZQUEZ, *La nueva Ley de contratos del Estado*, en el núm. 47 de esta REVISTA, pág. 441, en donde pueden examinarse las modificaciones francesas de la legislación francesa (Decreto de 13 de marzo de 1956) y belga (Ley de 4 de marzo de 1963), en orden a la selección de contratistas. También BOQUERA OLIVER, *La selección de contratistas*, Madrid, 1963.

(3) La reciente Ley de contratos del Estado ha venido a echar por tierra una solución general en cuanto a las formalidades para la contratación del Estado. En esta materia hay que actuar ahora distinguiendo según la naturaleza y clase de contrato ya que las soluciones son distintas según que el contrato sea de obras, gestión de servicios o suministro. Véase en PARADA VÁZQUEZ, loc. cit., págs. 442 y siguientes. Las formalidades propias de la enajenación de bienes continúan reguladas en la Ley del Patrimonio del Estado.

2. EL DERECHO DE PREFERENCIA JUEGA EN ORDEN A LOS BIENES, OBRAS Y SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

Cabe preguntarse qué papel pueda tener en la enajenación de los bienes de la Administración una figura de profunda raigambre en el derecho privado como es el derecho de preferencia, en la adquisición de bienes ajenos, que viene a romper con el principio de igualdad de oportunidades para la adquisición de los bienes de los entes públicos, garantizada por el automatismo de la subasta.

Se plantea así una aparente pugna entre la admisión del derecho de preferencia frente a la Administración pública y la necesidad de la venta con subasta. Sería un error considerar que tal derecho frente a la Administración es inadmisibile, ya que el Ordenamiento administrativo, como tendremos ocasión de comprobar en este trabajo, consagra en infinidad de ocasiones auténticos derechos de preferencia para la adquisición de bienes de la Administración e incluso para la adjudicación de obras públicas, servicios públicos y uso del dominio público (4).

Ciertamente que el Ordenamiento jurídico tiende a eliminar en lo posible la admisión de los derechos de tanteo y retracto en la contratación de la Administración pública. Así el artículo 53 de la Real Instrucción de 1 de marzo de 1836, relativa a la venta de los bienes nacionales prohibía que en tales ventas tuvieran lugar recurso alguno de tanteo, retracto u otra preferencia, lo cual fue modificado por la Ley de 15 de junio de 1866. Criterio restrictivo es también el que figura hoy en el artículo 21-5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, cuando considera «nula toda fórmula de tanteo, retracto o mejora de proposición que permita a cualquier licitador alterar las circunstancias de su oferta, una vez conocidas las de los demás concurrentes o a un tercero subrogarse en los derechos del adjudicatario, salvo las excepciones concretamente señaladas por la Ley y por el Reglamento de bienes, obras y servicios de las Corporaciones locales».

Mas a pesar de estos criterios restrictivos son muchos los preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico que consagran tales derechos de preferencia como nacidos de la propia naturaleza de las cosas, de evidentes situaciones de justicia o equidad, de aspiraciones de justicia social o de la necesidad de acabar con ciertas situaciones jurídicas antieconómicas.

(4) Véanse los artículos 123 y 71 de los Reglamentos de Servicios y Bienes de las Corporaciones locales, respectivamente.

El examen de tales supuestos deja sin resolver en la mayoría de los casos la cuestión de si el derecho de tanteo es o no compatible con la subasta o si, por el contrario, el ejercicio de tal derecho ha de realizarse a la vista de la proposición más favorable, existiendo un amplio y difícil margen interpretativo para resolver si la existencia del derecho de preferencia elimina inicialmente la subasta o si, por el contrario, debe ejercerse a la vista de la mejor oferta producida. En otros casos, los preceptos son claros y consagran el derecho de tanteo a través del mecanismo de la licitación. Finalmente, hay supuestos en los que el derecho de preferencia elimina a la celebración de la subasta. El examen de estas categorías es el objeto de este estudio, que se realiza con el ánimo de ofrecer algunas reglas interpretativas para resolver la cuestión y ni que decir tiene que no pretende agotar todos los supuestos vigentes en el derecho positivo.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de los grupos señalados debemos aclarar que el juego de la relación subasta-adjudicación directa, en el que aquélla juega como regla general y ésta como supuesto excepcional y tasado, no es el mismo que se da entre subasta-derecho de preferencia. En efecto, la adjudicación directa no constituye necesariamente la consagración de una preferencia, sino la existencia de unas circunstancias en el mercado (monopolio, por ejemplo) o en la naturaleza y características del contrato, que no hacen aconsejable ni la subasta ni cualquier otro tipo de licitación. Por el contrario, el derecho de preferencia supone su consagración con respecto a la adquisición de determinado bien, aun cuando no se den las circunstancias de la adjudicación directa. Esta, por su propia naturaleza, es antinómica con la subasta, mientras que el derecho de tanteo es compatible con ella y puede ejercitarse precisamente en ella. La adjudicación directa es excepcional frente a la subasta, que constituye la regla general, requiriendo aquélla una interpretación restrictiva. Lo más frecuente, sin embargo, en la legislación y en la práctica es que el derecho de preferencia excluya a la subasta, al menos en ciertas materias, aunque ello no ocurra necesariamente.

3.—ORIGEN NORMATIVO DEL DERECHO DE PREFERENCIA.

El derecho de preferencia suele venir consagrado por las Leyes o Reglamentos, como, por ejemplo, sucede en los establecidos en los artículos 67 y 128 de la Ley del Patrimonio del Estado, 160 de la Ley del

Suelo entre los primeros y entre los segundos los consagrados en los artículos 123 y 71 de los Reglamentos de Servicios y Bienes de las Corporaciones locales. Por supuesto que afectan a la Administración los derechos de preferencia no sólo consagrados en Leyes administrativas, sino también en las civiles como en los artículos 1.637 del Código civil en cuanto a las fincas enfiteúticas y 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, entre otros. La legislación administrativa concede a veces el derecho de preferencia de manera directa y en otras ocasiones simplemente habilita a los órganos de la Administración para concederlos en casos concretos.

Más discutible es la existencia de derechos de preferencia por aplicación de la supletoriedad y de la analogía. En el primer supuesto, dadas las supletoriedades previstas en determinadas normas locales en relación con las del Estado, se nos presenta el caso regulado en el artículo 128 de la Ley del Patrimonio del Estado en cuanto la disposición adicional primera del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales consagra para lo no previsto en su título I la supletoriedad de las normas de Derecho público y privado aplicables al Estado (5). Nuestra opinión es favorable a la admisión del derecho de preferente adquisición por vía de supletoriedad, ya que no se alcanza la razón de que ciertos problemas tengan una solución distinta en el régimen estatal que en el local, especialmente cuando la norma es insuficiente y no contiene una exclusión de la solución ofrecida en el Ordenamiento estatal.

El supuesto de la analogía ofrece particularidades muy singulares en el Derecho administrativo. En el Derecho privado la consagración analógica del derecho de preferente adquisición no plantea problema alguno en relación con el principio de igualdad de oportunidades a la adquisición de los bienes ajenos, aunque sí lo plantea en orden a la libertad de disposición del propietario. Esta limitación a la libertad de disposición y la quiebra que supone en orden al principio de igualdad en la adquisición de los bienes de la Administración, parece conducir a una solución negativa del problema que nos ocupa. Ahora bien, no puede

(5) El artículo 128 de la Ley del Patrimonio del Estado y el 229 de su Reglamento establecen que "siempre que se acuerde la enajenación de bienes incorporados al Patrimonio del Estado; los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público tendrán la facultad potestativa de adquirirlos con preferencia a toda otra persona...".

El precepto de gran interés doctrinal y práctico puede plantearse en el Régimen local con características similares.

Es de advertir que en el caso que nos ocupa la legislación estatal en la actualidad vigente es distinta de la que existía al tiempo de promulgarse el Reglamento de Bienes.

olvidarse que la consagración del derecho de preferencia responde en muchas ocasiones no a un privilegio, sino a un motivo social o de interés público. Se trata de habilitar un medio de acabar con situaciones jurídicas que se consideran antieconómicas desde un punto de vista general. En tales supuestos puede parecer razonable la aplicación analógica (6), ya que, en definitiva, la corrección de una situación antieconómica puede ser una necesidad de rango superior a la libertad de disposición, que tan sólo en parte cercena al derecho de preferencia, y superior también al derecho de igualdad a la adquisición de los bienes de la Administración (7). No hay que olvidar que la aplicación de la analogía se produce en los casos de laguna de la Ley, esto es, en supuestos que debiendo estar previstos y regulados no lo están y que de haberlo estado se hubiera declarado el derecho de preferencia (8). No parece razonable que una imperfección legal pueda concluir a la negación de un derecho que, de ser perfecta la legalidad positiva, hubiera sido otorgado no sólo en defensa de intereses particulares, sino también por razón de interés general. Son supuestos de vacío normativo en los que se produce un fenómeno de autointegración normativa con prioridad de los principios generales específicos sobre las reglas generales, no contempladores del supuesto que nos ocupa.

Esta autointegración consideramos que es sólo válida para casos análogos en los que el derecho de preferencia se concede para situaciones objetivas y por razón de interés público y no necesariamente cuando la preferencia se otorga subjetiva o privilegiadamente en favor de ciertas entidades o categoría de personas.

Pero además de la Ley y el Reglamento, de la supletoriedad y de la analogía, el derecho de preferente adquisición de los bienes de la Administración puede venir establecido por contratos y por resoluciones administrativas. Con respecto a ello debemos señalar que cuando seau aplicación de normas legales o reglamentarias, que directa o supletoriamente habilitan para su concesión, o consecuencia de la analogía, su validez debe admitirse. Por el contrario, cuando se otorguen fuera de estos supuestos como un particular cualquiera pudiera otorgarlos unilateral o contractualmente a otro, su validez debe en principio rechazarse, ya que

(6) BADENES CASSET, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, Barcelona, 1958, pág. 41.

(7) No parece, por ejemplo, lógico rechazar la posibilidad del Derecho de preferencia del artículo 128 de la Ley del Patrimonio del Estado en los supuestos en que en lugar de tratarse de bienes de dominio público desafectados se tratara de montes descatalogados o bienes comunales.

(8) DE CASTRO, *Derecho civil de España*. Parte General I, Madrid, 1955,

sin razones auténticas de interés público la concesión de derechos de preferencia pugnaría con la libre disposición de los bienes de los entes públicos y con el principio de igualdad en la adjudicación de los bienes, obras o servicios de la Administración garantizadores del erario público y de la igualdad de los ciudadanos.

Un supuesto muy especial se da en los casos de venta de acciones del Estado cuando exista consagrado en los estatutos sociales un derecho de tanteo en favor de otros accionistas. El artículo 104 de la *Ley del Patrimonio* ordena la venta de tales acciones en Bolsa y si no se cotizan en Bolsas nacionales, mediante subasta pública. Naturalmente, los casos que pueden plantearse en la práctica son muy diferentes. Desde sociedades en las que el Estado es accionista por herencia, hasta sociedades fundadas por el Estado pasando por Empresas públicas societarias en las que el Estado participó con posterioridad a su fundación. La cuestión es doble, por una parte la posibilidad del establecimiento de la preferencia y de otra la validez de su ejercicio en el momento de la enajenación, caso de no ser válido su establecimiento. Ciertamente que el Consejo de Ministros puede acordar la enajenación directa de acciones y que probablemente la acordaría en un caso de tanteo estatutario, mas la cuestión queda en pie en orden a la validez de su establecimiento. Por otra parte, el artículo 4-6 de la *Ley aprobatoria del primer Plan de Desarrollo autoriza la concesión de un derecho de preferencia*, en determinados supuestos, a la adquisición de las acciones de Empresas Nacionales cuando el Gobierno lo decida. Desde el punto de vista del Derecho positivo vigente es difícil ofrecer soluciones distintas en el caso de enajenación de inmuebles que en el de acciones y títulos, dada la similitud de términos empleados por las Leyes en uno y otro caso. Sin embargo, parece razonable que dada la distinta naturaleza de ambas clases de bienes y la necesaria flexibilidad de las actividades industriales y comerciales del Estado, se permita una mayor amplitud en orden a la admisión del tanteo en los estatutos sociales de las Empresas públicas cuando ello aparezca justificado. Cuestión distinta a la anterior es el derecho de tanteo legalmente establecido en el artículo 20 de la *Ley de sociedades de responsabilidad limitada* que, desde luego, juega, con exclusión de subastas, en aquellas sociedades de las que alguna Administración sea partícipe.

Finalmente, por la forma de otorgarse los derechos de preferencia, éstos se conceden automáticamente como un derecho a adquirir ciertos bienes de la Administración cuando objetivamente queden desafectados, constituyendo verdadero derecho de adquisición. Otras veces el derecho de preferencia se concede por la norma tan sólo cuando la Administra-

ción decida enajenar los bienes, pero no antes, siendo sólo un derecho de preferencia, pero no un derecho de adquisición. Finalmente, y en ciertas circunstancias, la autoridad queda facultada o habilitada para concederlo, por lo que el derecho nace del acto administrativo y no de la norma habilitante. Hay también supuestos de preferencia consagrados por el Ordenamiento jurídico que necesitan para su ejercicio de la fijación de condiciones que se producen por actos administrativos o de terceros.

4.—CLASES DE DERECHOS DE PREFERENCIA EN EL ORDEN ADMINISTRATIVO.

En principio pueden admitirse en el orden administrativo los tres tipos clásicos de derechos de preferencia que son el tanteo, el retracto y la opción.

El derecho de tanteo supone la preferencia para adquirir una cosa o un derecho por el cantidad y en las condiciones ofrecidas por una tercera persona. En el Derecho administrativo la posibilidad de esta figura viene expresamente admitida en el Ordenamiento positivo tanto a favor de la Administración como de los particulares, y en este último caso tanto para adquirir bienes como para ser adjudicatario de concesiones, de contratos de obras públicas o de uso del dominio público. En tales casos, producida la oferta de un tercero, se ejercita el derecho de tanteo y el contrato se celebra con el titular de este derecho. Naturalmente que la oferta del tercero puede haberse realizado a través de una subasta o de una licitación o directamente en los casos en que la Administración pueda contratar sin acudir a la licitación. En el primer caso, y por lo general, en los mismos trámites de la licitación se ejercita el derecho de tanteo produciendo el efecto de que la adjudicación definitiva se haga en favor del tanteador.

El derecho de retracto entendido como lo hace el artículo 1.521 del Código civil, es decir, como «derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago», es también aplicable a los entes públicos, a favor de la Administración o de los particulares en los casos establecidos. También aquí, y por lo que a éstos se refiere, es posible que su ejercicio se realice después de una subasta o después de una adjudicación directa. El derecho de retracto por lo general tiene un ámbito más reducido que el derecho de tanteo, ya que aquél se da general-

mente tan sólo en las adjudicaciones de bienes y no en la de contratos de obras, servicios o uso privativo del dominio público.

El mecanismo de las subastas y en general de las licitaciones administrativas puede confundir en apariencia las figuras del tanteo y retracto. En efecto, en la subasta el derecho de tanteo sólo puede ejercitarse después de la existencia de la oferta más favorable, bien, según los casos, ante la misma mesa que la preside, bien ante el órgano que realiza la adjudicación definitiva o bien después de hacerse dicha adjudicación, se otorga un plazo para que se ejerza. La perfección del contrato no se realiza hasta después de la adjudicación definitiva y el ejercicio del derecho de tanteo realizado según los casos en alguno de los momentos antedichos, ha hecho pensar alguna vez que las formalidades propias de las licitaciones nos sitúan ante un retracto y no ante un tanteo (9). Creemos, sin embargo, que no desvirtúa en absoluto al derecho de tanteo la circunstancia de ser ejercitado, en los casos en que así está regulado, después de declarada la mejor oferta por el órgano competente para hacer la adjudicación, ya que propiamente existe un condicionamiento aun en el caso de que tal declaración se considerara como definitiva (10).

En otras ocasiones el derecho de preferencia viene reconocido como una posibilidad de enajenación directa a su titular sin especificar si se trata de un derecho de tanteo, de un retracto o de una opción: Así, por ejemplo, el supuesto contenido en el artículo 67 de la Ley del Patrimonio del Estado con relación a la venta de solares del Estado cuando por su forma o pequeña extensión resultan inedificables. En tales casos los colindantes pueden adquirirlos directamente en caso de enajenación. Es también el supuesto de las parcelas sobrantes de la vía pública regulado en los artículos 7.º y 100 del Reglamento de Bienes de las Corpora-

(9) La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1914 refiriéndose al supuesto de tanteo del artículo 2.º de la Ley de Puertos, distinguió entre la naturaleza de este Derecho de tanteo y el retracto de colindantes del Código civil. BADENES GASSET, en su citada obra estudia este supuesto como Derecho de retracto, pág. 130.

(10) El momento del ejercicio del derecho de tanteo en las licitaciones ofrece dificultades. Si se ejercita ante la mesa en el momento de la adjudicación provisional se corre el riesgo de que la adjudicación definitiva se realice en favor de otra propuesta, riesgo que asimismo se corre si se ejercita directamente ante el órgano competente para realizar la adjudicación definitiva antes de que se declare la mejor oferta. Naturalmente que este riesgo deja de correrse si se ejercita el tanteo en relación con cualquier oferta. En los casos en que se ejercite con posterioridad a la declaración de la mejor oferta por el órgano competente para hacer la adjudicación definitiva en un plazo concedido al respecto, debe considerarse que no hay adjudicación definitiva hasta que se ejercite el tanteo o transcurra el plazo para ejercitarlo.

El Reglamento de Bienes y el de Servicios de las Corporaciones locales establecen que el momento de ejercitar el tanteo es el acto de apertura de pliegos.

ciones locales. Estos casos recuerdan al derecho de opción cuyas condiciones de precio y demás se concretan con la notificación que hace la Administración a los colindantes para que ejerciten su derecho en un plazo determinado. No se trata, por tanto, del derecho a sustituir una oferta de un tercero como en el caso del tanteo, ni de un contrato ya celebrado como en el retracto, sino de optar por la adquisición en caso de proyectarse una venta por la Administración (11).

Esta calificación encierra la dificultad aparente de que la figura de la opción se nos presenta en el derecho privado bajo forma contractual, pero no impuesta por el derecho positivo (12). De otra parte, en los pretendidos casos de opción administrativa, la decisión del particular contraria a la venta permitirá a la Administración vender en subasta el bien de que se trate sin que exista derecho de tanteo a favor del titular de la opción. El tipo de la subasta será el mismo que sirvió para la opción y caso de quedar desierta la subasta la Administración debería comunicar el nuevo precio al titular de la opción, caso de ser inferior al anterior. Esta solución que consideramos adecuada, al menos de *lege ferenda*, no sería viable desde el punto de vista de las opciones contractuales en las que el no ejercicio del derecho preferente en el plazo señalado dejaría en plena libertad al propietario para enajenar sus bienes.

En efecto, en el Derecho privado la opción contractual contiene, por la propia exigencia del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, el precio acordado para la venta caso de que se ejercitara la opción en el plazo

(11) La regulación que hace el artículo 144 del Reglamento del Patrimonio del Estado de la forma y plazo de ejercerse el derecho de preferencia por el colindante recuerda ciertamente a la opción. Acordada la enajenación y sus condiciones se le notifica a los colindantes el precio y se les otorga el plazo de un mes para que por escrito manifiesten su decisión al respecto. Caso de aceptación deben acompañar al escrito el resguardo acreditativo de haber depositado la cuarta parte del precio.

En Francia también existe el Derecho de colindantes para adquirir las vías públicas desafectadas según Ley de 24 de mayo de 1842. LAUBADÈRE, *Traité theorique et pratique des contrats administratifs*. París. 1956 I. pág. 339.

(12) Define CASTÁN, la opción como el convenio por el cual una parte concede a la otra, por tiempo fijo y en determinadas condiciones la facultad que se deja exclusivamente a su arbitrio, de decidir respecto a la celebración de un contrato principal. Derecho civil español común y foral, Madrid, 1944, tomo III, pág. 343. Sobre el tema ROCA SASTRE, *Contrato de opción en Estudios de Derecho privado*, tomo I, pág. 350, OSSORIO y GALLARDO, *En contrato de opción*, Madrid, 1933 3.ª edición. ORTEU CASTELLS, *¿Es inscribible el contrato de opción?*, Barcelona, 1957; ALONSO MOYA, *El contrato de opción*, en "Revista Universidad", 1933, pág. 88; JERÓNIMO GONZÁLEZ, *El llamado derecho de opción*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1932, pág. 188; NICON, *Les options en matière immobilière*, París, 1931; FRE, *Diritto di opzione*, en "Nuevo Digesto italiano", volumen IX, 1939, pág. 172.

En nuestro Derecho el artículo 14 del Reglamento hipotecario establece los requisitos del contrato de opción para ser inscribible.

convenido. En la legislación administrativa la preferencia viene habilitada u otorgada por una norma objetiva y es la Administración la que unilateralmente decide el precio y a veces también el plazo para el ejercicio de la opción. Por ello consideramos que un precio unilateral y exagerado o arbitrariamente fijado, puede impedir económicamente el ejercicio de la preferencia. Por ello, y porque esta preferencia eliminadora de la subasta se concede por razones de interés público, consideramos que la solución adecuada podría ser la siguiente: la Administración notificaría al titular de la preferencia el precio de la venta y el plazo para ejercitar su derecho. No ejercitado éste, la Administración convocaría la subasta en el precio de referencia en el plazo que se considerara prudencial. Celebrada ésta, el titular del derecho de preferencia no podría ejercitarla, pero si quedara desierta no podría la Administración convocarla de nuevo sin notificar al titular del referido derecho el nuevo precio de la segunda subasta. Si la Administración tardara en convocar la primera, segunda o tercera subasta un tiempo superior al que debería fijarse según los casos, se exigirá nuevamente la notificación del precio al titular de la preferencia como requisito para la convocatoria de la subasta correspondiente.

La distinción entre opción y tanteo no aparece clara en muchos casos. En el derecho privado y en el caso típico de las fincas enfitéuticas del artículo 1.637 del Código civil, se califica de tanteo a un supuesto en el que no hay necesariamente oferta de un tercero, ya que debe notificarse al condueño, bien el precio definitivo que se le ofrezca o aquel en que pretenda enajenar su dominio. La falta de oferta de tercero se observa también en el mismo derecho de tanteo en los casos de subasta judicial regulado en el artículo 1.640 del propio Código que permite su ejercicio antes del remate y por el tipo de la subasta (13). El caso es de gran interés para el Derecho administrativo, ya que el derecho de tanteo elimina a la subasta y se ejercita por el tipo de la misma y no por el remate. También conviene señalar que a veces los términos empleados por la legislación no corresponden exactamente a la naturaleza del derecho de preferencia que específicamente se concede (14). En otras ocasiones la

(13) Parte de la doctrina privatista considera que en las subastas extra judiciales tampoco es necesario el preaviso al igual que en las judiciales. Opinión contraria mantuvo el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de mayo de 1927.

(14) Ya hemos señalado el caso del tanteo de la Ley de Puertos que para algunos, indebidamente, es un retracto. Por lo que respecta a la venta de fincas procedentes de la desamortización la Instrucción del 1.º de marzo de 1836 y la Orden de 27 de abril de 1860 negaron la existencia de tanteo y retracto en tales ventas. Este criterio cambió con la Ley de 15 de junio de 1866 otorgándose Derecho de tanteo en la venta de tales fincas

legislación administrativa concede en general un derecho de preferencia quedando al intérprete la cuestión de precisar la naturaleza específica de ese derecho de preferencia, ya que sus distintas clases tienen muy diverso juego en orden a las formas de contratación (15).

Finalmente, el Derecho administrativo conoce también la existencia de derechos de readquisición de bienes en favor de particulares de los que podríamos citar el derecho de reversión en la expropiación forzosa (16) y el de los propietarios expropiados para la construcción en terrenos del Instituto Nacional de la Vivienda para el caso de que dicho organismo decida reservarles terrenos en el polígono (17), así como también el derecho de los colindantes con la zona marítimo terrestre a hacer suyos los terrenos de la misma, desafectados, naturalmente, si se demuestra que dichos terrenos estuvieron anteriormente entre los linderos de una finca de propiedad particular y pasaron al dominio público por invasión del mar (18). Es de señalar que en estos supuestos la transmisión se produce sin licitación.

en los casos de dominio dividido en favor del condueño. Según sentencia de 22 de noviembre de 1901 debía entenderse concedido también el retracto. Véase al respecto, también, la Real Orden de 13 de agosto de 1868 y el Real Decreto de 5 de junio de 1886, Ley de 11 de julio de 1878, Reales Decretos de 22 de diciembre de 1908 y 7 de noviembre de 1911.

(15) Es el caso de los artículos 128 y 229 de la Ley del Patrimonio del Estado.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios en la nueva Ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, pág. 140; PÉREZ MORENO, *La reversión en materia de expropiación forzosa*, Sevilla, 1967, pág. 147 y sigs., en donde se estudia la distinta naturaleza del Derecho de reversión y los tradicionales derechos de preferencia. CHACÓN SECOS, *Retratos administrativos*, en "Anales de la Academia matritense y del Notariado", tomo V.

(17) Decreto de 17 de mayo de 1962, artículo 3.º. En orden a la Gerencia Nacional de Urbanización, Decreto de 5 de junio de 1963. La Orden de 24 de julio de 1964 regula una subasta restringida entre los expropiados que desearan terrenos reservados para ellos. El Derecho de readquisición es aquí discutible por cuanto no será frecuente que recaiga sobre la misma parcela expropiada y el adquirente además queda vinculado a dar un destino determinado a la parcela adquirida.

(18) Este Derecho de readquisición constituye una novedad de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, regulada en su artículo 5-2. Véase, al respecto, RIVERO ISERN, *El deslinde administrativo*, Sevilla, 1967, pág. 177 y sigs.

Debe también señalarse el Derecho de adquisición de la propiedad de los terrenos ganados al mar fuera de los puertos por los concesionarios debidamente autorizados. que regula el artículo 5-3 de la Ley de Costas, aunque en este caso no estemos ante un Derecho de readquisición.

Asimismo el Derecho de los contribuyentes a readquirir sus fincas adjudicadas al Estado por impago en las contribuciones que tiene una importante legislación entre la que debe destacarse las Leyes de 11 de mayo de 1920 y la de 23 de diciembre de 1961 y el de readquirir fincas cuya subasta se anuncia por débitos a Pósitos, regulado en el artículo 82 del Decreto de 14 de enero de 1955.

5.—DERECHOS DE PREFERENCIA Y LICITACIÓN.

El derecho de preferencia en el orden administrativo plantea doctrinal y prácticamente su compatibilidad con las formas de licitación. Para intentar descubrir un principio constructivo en esta materia vamos a analizar por separado tres grupos de supuestos: Uno que incluye los casos en los que la legislación preceptúa la licitación, ejercitándose en ella el derecho de preferencia. Otro segundo que agrupa los casos en que el derecho positivo excluye la licitación y finalmente un grupo tercero en el que se integran casos en los que el Ordenamiento jurídico consagra el derecho de preferencia en cualquiera de sus formas sin establecer nada en orden a la existencia o inexistencia de licitación. En éste se encuadran gran cantidad de casos necesitados de encontrar soluciones adecuadas. Debemos añadir que los casos incluidos en cada uno de los grupos no agotan sin duda todos los que pudieran incluirse y que un rastreo a fondo del derecho positivo podría descubrir más casos susceptibles de incluirse en algunos de los grupos. Con todo lo principal es encontrar los principios constructivos que sirvan para dar solución a los casos examinados o a otros que pudieran encontrarse e incluso a otros que en el futuro la legislación pudiera establecer.

Debe aclararse también que sólo estudiaremos los derechos de preferencia de los particulares sobre bienes o actividades de la Administración y no los de ésta sobre bienes de aquéllos.

A) *Derecho de preferencia a ejercitar a través de la licitación.*

Los casos más frecuentes son los de derecho de tanteo, pues, como luego veremos, los de naturaleza opcional excluyen la licitación. El derecho de retracto se ejercita después de celebrada la transmisión, y en ese sentido ésta puede haberse producido con subasta o directamente en los casos establecidos. Es sin duda el derecho de retracto, por su carácter subrogatorio y posterior, el que menos problemas plantea en orden a la licitación previa (18 bis). Con todo debe señalarse que el derecho positivo se encuentran casos calificados como derechos de tanteo, que también excluyen expresamente la licitación. Tal es el caso de la venta de pisos y locales de la Dirección General de Regiones Devastadas en las que se

(18 bis) Por el contrario, dando al término retracto el sentido de Derecho de readquisición de un bien salido de un patrimonio, la reversión de los bienes se produce directamente eliminando la subasta.

otorga un derecho de tanteo a favor de los inquilinos, acudiéndose a la subasta tan sólo en el supuesto de que éstos no deseen adjudicárselo directamente en el precio que se les indique (19). Es un supuesto de gran analogía con el derecho de tanteo de fincas enfitéuticas del artículo 1.637 del Código civil en el supuesto de preaviso, no de la oferta de un tercero, sino del precio en que se desea la enajenación. En estos supuestos los límites entre el tanteo y la opción son muy borrosos en el campo del Derecho administrativo, ya que la preferencia viene marcada por el Ordenamiento jurídico positivo y no por vía contractual, como suele ocurrir en el derecho privado, que concede un amplio margen al contrato de opción. En el derecho privado, cuando la preferencia hay que ejercitarla ante un *quantum*, fijado unilateralmente por el vendedor y no por la oferta de un tercero se la califica en muchas ocasiones de derecho de tanteo.

El precepto más general sobre la materia, aunque referido a la Administración local, es el apartado 5 del artículo 21 del Reglamento de contratación de las Corporaciones locales, que considera nula toda fórmula de tanteo o mejora de proposición que permita a un tercero subrogarse en los derechos del adjudicatario, salvo las excepciones señaladas por la Ley y por el Reglamento de Obras, Bienes y Servicios. Esta norma se refiere tan sólo a las preferencias a ejercitar en la licitación, pero no a las que evitan las licitaciones como, por ejemplo, la adjudicación directa de parcelas sobrantes de la vía pública. Admite tan sólo las preferencias marcadas por Ley y por un Reglamento derogado y sustituido por otros dos, como el de Bienes y el de Servicios, que regulan derechos de tanteo, pero no parece lógico excluir otras preferencias establecidas por normas no referidas en dicho apartado. El derecho de preferencia aparece, desde luego, como excepcional y se excluye que normas de rango inferior a un Reglamento estatal puedan otorgar derechos de preferencia a ejercitar en subastas convocadas por las Administraciones locales (20).

El derecho de preferencia ejercitable a través de una subasta o de una licitación lo encontramos en la adjudicación de obras públicas, de servicios públicos y de bienes de la Administración. Hay que señalar en cuanto a la contratación de obras públicas los ya derogados derechos de tanteo en subastas de obras hidráulicas, en favor de las Comunidades de regantes y en favor de los concesionarios de aprovechamientos hidroeléct-

(19) Decreto de 18 de marzo de 1955.

(20) La disposición final tercera del Reglamento de contratación establece que no tendrán de derechos adquiridos para los licitadores y contratistas las situaciones derivadas de cláusulas o convenios cuya nulidad se declara en el presente Reglamento.

tricos, regulados por los Decretos de 3 de julio de 1945, 20 de diciembre de 1945 y 17 de junio de 1949 (21). En los tres supuestos antedichos la técnica es la misma y consiste en que el titular del derecho de tanteo debe ser aspirante en la licitación que para la adjudicación de las obras se convoque, formulando su correspondiente oferta, entendiéndose que renuncia a la preferencia si no lo hiciere, comprometiéndose a realizar un porcentaje de obra superior al fijado que se plasmará en certificaciones complementarias endosables y diferidas que no devengarán interés. El Ministro puede o no otorgar el derecho de tanteo al convocar la licitación.

Por lo que se refiere a la concesión de servicios públicos podemos citar además de otros nacidos en momentos coyunturales (22), el derecho de tanteo regulado en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales y el regulado en la Ley y Reglamento de Transportes mecánicos por carretera. El primero de ellos lo concede en sus artículos 65, 118 y 123, tanto el peticionario inicial de servicio, como, en su caso, el autor del proyecto, pero siempre que entre sus ofertas y las del autor de las más favorables no exista diferencia superior a un 10 por 100. El derecho de tanteo en este caso hay que ejercitarlo a través de la licitación, ya que su carácter relativo exige la comparación de ofertas y el momento de ejercitarlo es en el acto de apertura de plicas. En los transportes mecánicos por carretera el derecho de tanteo tiene una gran importancia y puede ejercitarse en base al pliego de concesiones para la adjudicación de nuevos servicios. También en estos supuestos el ejercicio del tanteo se realiza a través de la licitación con la modalidad que puede ejercitarse por cuatro titulares distintos (23).

(21) Los tres Decretos han sido expresamente derogados por el apartado 2.º número 26, 27 y 28 del Reglamento de Contratos del Estado. El primero de dichos Decretos permitía al Ministerio de Obras públicas conceder el derecho de tanteo en el concurso o subasta de las obras de construcción de los embalses y en los contratos de suministros de materiales para los mismos, a los concesionarios de los respectivos saltos de pie de presa. El segundo lo permite a favor de las Comunidades de regantes y otras entidades en las subastas y concursos de destajo que se celebren para realizar las obras o los suministros de materiales en los proyectos de obras para la construcción de acequias principales para las nuevas zonas de regadío o que sean ampliación o mejoras de las existentes que se ejecuten por el Estado. El tercero permite su concesión a favor de los concesionarios hidroeléctricos en relación con los concursos o subastas de destajo para la construcción de puentes y carreteras que, incluidos en los Planes aprobados, sean necesarios para el acceso a las instalaciones de dichos aprovechamientos.

(22) La Orden de 8 de noviembre de 1940 concedió, también, a las Asociaciones de Inválidos un derecho de tanteo compatible con las correspondientes licitaciones de adjudicaciones de servicios contratados mediante subasta o concurso por las entidades públicas y en los que puedan ser empleadas las actividades de los asociados aquellas.

(23) MONCADA LORENZO, *El transporte de carretera en Derecho español*, Madrid,

En lo tocante a venta de bienes puede citarse un supuesto, ya derogado, que es el derecho de tanteo reconocido en la Ley de Puertos en favor de los colindantes sobre los terrenos sobrantes de la zona marítimo-terrestre para el caso de que tales sobrantes se enajenen con arreglo a las Leyes (24). El precepto en cuestión se refiere a la enajenación con arreglo a las Leyes, lo que hace pensar que el derecho de preferencia habrá que ejercitarlo en la licitación correspondiente como en la práctica realmente ocurría (25). También en materia de bienes hay que citar el supuesto de los artículos 65, 66 y 71 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, que no se refieren a un supuesto de enajenación, sino de uso privativo del dominio público. Su técnica es análoga al derecho de tanteo relativo, concedido en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, del que ya nos hemos ocupado, y necesariamente

1963, pág. 133 y sigs. Con respecto a una nueva concesión pueden ejercitar el tanteo el titular de servicios concedidos siempre que sus itinerarios coincidan con el nuevo en más del 50 por 100 o tengan el mismo origen o término y la diferencia de longitud entre el nuevo y el anterior no exceda del 25 por 100 de la menor. También puede ejercitarlo el peticionario del servicio concursado. Asimismo las empresas explotadoras de servicios regulares por concesión anterior a la promulgación de la Ley reguladora de estos transportes con coincidencia de itinerarios. Finalmente, las empresas ferroviarias coincidentes.

El problema de la coexistencia de varios titulares de derechos de preferencia en la contratación administrativa se resuelve en nuestro derecho positivo con diversas técnicas según los casos. En materia de transportes por carretera estableciendo una preferencia dentro de los titulares de derecho de tanteo. En el Reglamento de Bienes y en el de Servicios de las Corporaciones locales por el sistema de pujas a la llana entre el solicitante y el autor del proyecto. En fin, en el caso de enajenación a propietarios expropiados en terrenos del Instituto Nacional de la Vivienda, por subasta restringida entre los expropiados que los hayan solicitado.

(24) Artículo 2.º de la Ley de Puertos que ha sido derogado por la Ley del Patrimonio del Estado si bien esta deroga al artículo 2.º de la Ley de Puertos de 1880 que coincide con el de la Ley vigente.

Se señala como fundamento de este derecho de preferencia el perjuicio que a los colindantes con la zona marítimo-terrestre, le produciría el que se interpusiera ante ella otro propietario.

El Decreto de 3 de noviembre de 1928 estableció en su artículo 6.º que los Ayuntamientos gozarán de preferencia sobre cualquier otra entidad o particular en el caso de parcelación y venta de los terrenos de la zona marítimo-terrestre. No parece posible que tal norma pudiera modificar al tanteo de colindantes del artículo 2.º de la Ley de Puertos. La doctrina ha querido ver en este derecho de preferencia de dicha Ley más un derecho de retracto que un derecho de tanteo, más consideramos que el hecho de que se ejercitara después de la subasta no le priva del carácter de tanteo. Véase **BADENES CASSET**, obra citada, pág. 130.

La vigente Ley de Costas atribuye directamente al propietario colindante los terrenos sobrantes de la zona marítimo-terrestre cuando se acredite que pertenecieron a su finca por invasión del mar.

(25) La sentencia de 28 de marzo de 1914 distinguió entre el derecho de tanteo a favor de colindantes de la Ley de Puertos y el retracto de colindantes del Código civil.

ha de ejercitarse a través de la licitación, pues sólo procede cuando la diferencia de ofertas no excede del 10 por 100 (26). También a través de licitación debe ejercitarse el derecho de tanteo que puede concederse a las Compañías de Ferrocarriles para adquirir el material útil procedente del levante de los mismos (27).

Hay que citar también por su interés los derechos de preferencia concedidos a los arrendatarios de fincas rústicas por más de cinco años y a los que en fincas urbanas tengan establecimientos mercantiles o industriales, en los casos de enajenación de fincas heredadas por el Estado. El artículo 15 del Real Decreto de 23 de junio de 1928 les otorgó dicha preferencia que en todo caso debía ser ejercitada en la subasta de los bienes referidos.

En la misma línea hay que citar al Decreto de 28 de mayo de 1928, si bien no referente a bienes del Estado, sino al de enajenación de bienes de fundaciones benéfico particulares. La importancia de esta disposición consiste en que modifica al Decreto de 29 de agosto de 1923, que había otorgado derecho de tanteo sin subasta a los arrendatarios de cuatro años de fincas de dichas fundaciones. La modificación consiste en otorgar la preferencia con posterioridad a la subasta, porque la experiencia había enseñado que en ellas solía aumentarse considerablemente el tipo de aquella.

(26) Un supuesto de derecho de tanteo regula también el Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales en sus artículos 91 y 92 en favor de las Corporaciones municipales con respecto a los pastos sobrantes de dehesas boyales y montes de común aprovechamiento. Aun cuando se trata de un derecho de tanteo a favor de la Administración debemos recogerlo aquí ya que por tratarse de bienes comunales, tal derecho se ejercita a través de una subasta y dentro de los cinco días siguientes a la licitación. NIETO, A., *Bienes Comunales*, Madrid, 1964, págs. 726 y sigs., donde se contiene una interpretación interesante en orden a superar la posible contradicción entre la legislación local y la forestal.

El artículo 81 del Reglamento de Bienes consagra un derecho de preferencia en igualdad de condiciones en favor de los vecinos o cabezas de familia sobre los forasteros, en la adjudicación mediante precio de bienes comunales. Tal preferencia ha de realizarse en subasta y en igualdad de condiciones pero no precisa si es un tanteo o una preferencia en caso de igualdad de proposiciones. La diferencia entre este derecho de preferencia y el del artículo 91 del Reglamento en NIETO, loc. cit., pág. 727.

El artículo 4.º del Derecho de 18 de octubre de 1952 concede derecho de tanteo a los Ayuntamientos que tengan fábrica propia, siempre que sea explotada por ellos mismos, sobre aquella parte de las mieras de sus montes que corresponda a su capacidad de destilación. El precepto no establece si ese derecho de tanteo ha de ejercitarse o no en la licitación.

(27) El levante y enajenación de material ferroviario viene regulado en el artículo 41 de la Ley de 21 de abril de 1949 y la regulación del derecho de tanteo en la Orden de 28 de junio de 1957.

El artículo 9.º de la Ley de fincas manifiestamente mejorables de 3 de diciembre de 1953, cuyo régimen se extiende a las fincas mejorables según Ley de 14 de abril de 1962, otorga un derecho relativo de preferencia a quien solicite la expropiación de una finca incluida en los catálogos correspondientes. Se convocará una subasta pública y se adjudicará la finca expropiada al mejor postor, pero en caso de empate en la cuantía de las ofertas tendrá preferencia la persona que hubiese instado la expropiación. La preferencia, como se ve, no excluye la subasta y es tan relativa que sólo opera en igualdad de las ofertas económicas, lo cual parece difícil que se produzca. El exceso que se obtenga sobre el tipo de la subasta —que debe ser el justiprecio de la expropiación— se entregará al expropiado.

B) Derechos de preferencia que excluyen la licitación.

Siguiendo la misma sistemática utilizada en el apartado anterior examinaremos los supuestos relativos a derechos de preferencia en la adjudicación de obras, concesión de servicios y enajenación de bienes de la Administración.

Con respecto a las primeras debe citarse el artículo 139 de la Ley del Suelo, que permite a los propietarios titulares del 60 por 100 de los terrenos comprendidos en un proyecto de urbanización, que se constituyan en Asociación, recabar del Ayuntamiento, en los sistemas de compensación y cooperación, que declare la excepción licitatoria y se las adjudique directamente (28). Como del precepto se deduce el derecho de preferencia en estos casos excluye a la licitación produciéndose la adjudicación de las obras directamente.

Por lo que hace a la adjudicación de bienes son muchos los supuestos en que nuestro derecho consagra la preferencia excluyendo toda licitación pública. En primer lugar deben citarse los variados casos de colindancia en los que el Derecho Administrativo reconoce el derecho de preferencia en favor del propietario vecino con el bien de la Administración que se enajena. El fundamento del derecho de preferencia es

(28) Tales propietarios tendrán también derecho de retracto si por no haber formulado la petición antes de la licitación, el Ayuntamiento las adjudicara. En tal caso el derecho de preferencia había que ejercerlo dentro del plazo de nueve días a partir de la adjudicación provisional.

Es muy discutible calificar como retracto al derecho reconocido en el artículo 139-2 de la Ley del Suelo, ya que la adjudicación definitiva aún no se ha producido y, por tanto, tampoco la perfección del contrato de obras. Tal vez sea más ajustada la calificación de derecho de tanteo.

en estos casos distinto según los supuestos. Cuando la colindancia se da con bienes de dominio público que en parte se desafectan y se enajenan, el derecho de preferencia nace según la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de 28 de marzo de 1928, del deseo de evitar al colindante los perjuicios que pudieran ocasionarle el privarle de la inmediata proximidad al bien público, introduciendo un propietario entre su finca y el bien público, reducido. En otros casos, como el de las parcelas sobrantes o solares inedificables o fincas rústicas antieconómicas el fundamento de la preferencia es el de terminar con situaciones antieconómicas de bienes que aislados no son susceptibles del adecuado aprovechamiento. El fundamento en este último supuesto es, aunque distinto, más parecido al del derecho de retracto del artículo 1.523 del Código civil, aun cuando este retracto civil de colindantes difiera mucho en cuanto a su ejercicio y requisitos del derecho de preferente adquisición en favor de colindantes regulado en la legislación administrativa, como se encargó de aclarar la citada sentencia.

Hay, pues, que distinguir entre el derecho de preferencia de los colindantes con bienes de dominio público a adquirir, en caso de venta, las porciones desafectadas de ellas y el existente en el caso de parcelas sobrantes, solares inadecuados y fincas rústicas improductivas. Por lo que respecta a las porciones sobrantes e innecesarias de las vías pecuarias se enajenan directamente a los colindantes sin que exista licitación alguna al respecto (29). Igual solución nos ofrecía el caso de los terrenos sobrantes de caminos y carreteras abandonadas (30). Es de señalar la diferencia existente entre los supuestos examinados de colindancia y el regulado en la Ley de Puertos, en el que el derecho de tanteo no excluía la licitación.

En los supuestos relativos a solares del Estado inedificables, fincas rústicas improductivas (31) y parcelas sobrantes de propios (32), la pre-

(29) Es el supuesto a que se refiere el artículo 30 del Decreto de 23 de diciembre de 1944. Si los terrenos sobrantes o innecesarios son edificables por estar en el casco urbano o zona de extensión de poblaciones pueden transmitirse a los Ayuntamientos o entidades oficiales que lo soliciten dejando sin efecto los derechos de preferencia de los colindantes.

(30) Artículo 5.º de la Ley de 17 de junio de 1864, derogada por la Ley del Patrimonio del Estado. El sistema de tasación consistía en un peritaje, ofreciéndose al propietario colindante la adquisición en el precio fijado y caso de no interesarle la compra se procedía a la subasta. Instrucción de 20 de marzo de 1865. Tanto la Ley anteriormente citada como la Instrucción han sido derogadas por la Ley del Patrimonio del Estado.

(31) Artículo 67 de la Ley del Patrimonio del Estado.

(32) Artículo 7 y 100 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales. La sentencia de la Sala 4.ª de 1 de diciembre de 1962 precisó el significado y alcance de

ferencia de los colindantes excluye a la subasta y la enajenación se produce directamente. Como hemos dicho, el fundamento de estos supuestos es no sólo terminar con situaciones antieconómicas, sino también evitar ciertos perjuicios al colindante. Estas razones, unidas a la poca importancia de los bienes, explica la adjudicación directa.

En orden al derecho de tanteo en arrendamientos urbanos debe señalarse la preferencia que se concede a los inquilinos de pisos y locales de negocio en edificios construidos por la Dirección General de Regiones Devastadas en caso de venta, que se ejercita previamente ante el precio indicado por dicha entidad y tan sólo se acude a la subasta en caso de renunciar el inquilino al derecho de preferencia. Si, por el contrario, ejercita su derecho la adjudicación se produce directamente (33). El supuesto en cuestión constituye sin duda un antecedente importante en relación con el derecho de tanteo de los inquilinos en fincas urbanas del Estado, dado que la Ley de Arrendamientos Urbanos nada establece en orden a la adjudicación directa, ni a la subasta.

En materia de arrendamientos rústicos debe citarse el caso de venta de inmuebles arrendados de fundaciones benéfico-particulares o de carácter mixto, supuesto para el que el Real Decreto de 29 de agosto de 1923 otorgaba un derecho de tanteo en favor del arrendatario, siempre que la llevara cuatro años en arrendamiento. En el preámbulo de dicho Real Decreto se consideraba como una injusticia el obligar al arrendatario a concurrir a la subasta con elementos extraños, lo que se evita reconociendo al arrendatario «un derecho de preferencia para adquirir el inmueble dentro de un corto plazo, a modo de derecho de tanteo». Tal disposición fue modificada en este punto concreto por el Real Decreto de 28 de mayo de 1928, que concedió la preferencia después de celebrada la subasta (34).

Aun cuando debe descartarse la naturaleza contractual en todos los derechos de readquisición, se observa en la mayoría de ellos que la ad-

la ausencia de subasta en la enajenación de parcelas sobrantes municipales, refiriéndola más que a la obligatoriedad del acto dispositivo a la dispensa por vía de excepción, del trámite de subasta pública exigido como regla general para la enajenación de bienes de propios.

(33) Decreto de 18 de marzo de 1955, artículos 2.º y 3.º. El inquilino tiene durante un mes la posibilidad de ejercitar el tanteo por el tipo de la subasta, antes de que esta sea convocada.

(34) La razón invocada para esta modificación fue precisamente que la experiencia había enseñado que los precios obtenidos en las licitaciones eran más altos que los fijados como tipo en la subasta. Ello aconsejaba, en beneficio de las fundaciones de referencia, que la preferencia debía ejercitarse después de celebrada la subasta por el precio de la mejor oferta y no por el tipo de las mismas.

judicación de los bienes se produce sin licitación alguna. Tal es el caso del derecho de reversión de los expropiados (35), del retracto de fincas de contribuyentes adjudicadas a la Hacienda pública (36), de los deudores de los Pósitos cuando las fincas adjudicadas a éstos vayan a salir a subasta (37), del colindante con la zona marítimo terrestre para retraer, cuando se retire el mar, aquellos terrenos que le pertenecieron (38), posible derecho de los expropiados a adquirir terrenos en polígonos del Instituto Nacional de la Vivienda (39).

El artículo 5.º de la Ley de explotaciones familiares indivisibles, de 14 de abril de 1962, consagra también un derecho de preferencia para los casos de venta de fincas expropiadas por incumplimiento de dicha Ley, en favor de los colindantes cuyas fincas reúnan ciertas condiciones de extensión. Esta preferencia se ejercita a través de una adjudicación directa que excluye toda licitación.

Finalmente, debemos citar el régimen de legislación de las roturaciones arbitrarias reguladas por el Real Decreto de 1 de diciembre de 1923 y el Real Decreto-ley de 22 de diciembre de 1925, que culminaban en una enajenación directa sin subasta por el precio que tuvieran las fincas al tiempo de la roturación, fijado por la Administración. Con posterioridad ha surgido el sistema de concesiones temporales para el cultivo agrícola concedidas por el Ministerio de Agricultura, que carecen de interés para nuestro estudio.

C) *Derechos de preferencia sin previsión sobre la existencia de licitación.*

Nos enfrentamos ahora con el intento de solucionar la tensión entre derecho de preferencia y licitación en aquellos supuestos en que nada se ha previsto al respecto por las normas consagradoras del derecho de preferencia. El examen realizado en los dos apartados anteriores facilitará la solución, pues podremos comparar los casos de solución impre-

(35) Artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 a 70 del Reglamento.

(36) Ley de 23 de diciembre de 1961, entre otras muchas disposiciones.

(37) Artículo 82 del Reglamento de 14 de enero de 1955. Se califica el derecho de retracto en el sentido de retraer al patrimonio, pero no de subrogación en el lugar del comprador, ya que se ejercita pagando las deudas, intereses y costas y no por el tipo de la subasta.

(38) Artículo 5-2 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969.

(39) Artículo 3 del Decreto de 17 de mayo de 1962.

Ya hemos señalado que en otros casos no hay propiamente una readquisición porque no se adjudicarán los mismos expropiados. Si lo solicitaran varios expropiados habría que acudir entonces a una subasta restringida entre ellos.

vista con aquellos análogos en los que el Ordenamiento positivo ofrece solución.

Al método comparativo que proponemos podría formularse el reparo de que siendo la subasta la regla general en la venta de bienes, a ella debe acudir en todos los supuestos en que el derecho positivo no indique otra cosa. Consideramos, por el contrario, que la interpretación que se deriva de la naturaleza de las instituciones y de los fines perseguidos se antepone, en este caso, a una regla general que no contempla el caso debatido, el cual encuentra solución en otros supuestos plenamente regulados por el derecho positivo. En definitiva, se propugna una autointegración del vacío normativo de acuerdo con los principios que trascienden de figuras similares, antes de acudir a la regla general. La solución que así se obtiene está más de acuerdo con la naturaleza de las cosas que la que se obtendría de la aplicación de una regla general, que no contempla la singularidad del supuesto examinado.

Los casos que se integran en este apartado se dividen en dos grupos principales. Aquellos derechos de preferencia consagrados frente a la Administración por la legislación administrativa y aquellos que se regulan en la legislación civil o mercantil y que no se refieren nominativamente a las Administraciones públicas, pero sí se les aplican. Como es natural, en estos casos no hay previsión alguna en orden a la existencia o inexistencia de licitación administrativa, dado el origen general y privístico de los preceptos.

Dentro del primer grupo debemos examinar los supuestos, de acuerdo con el sistema anteriormente establecido, en relación a los contratos de obras, servicios y bienes. Debemos citar en primer lugar el artículo 134 de la Ley del Suelo, que posibilita a los Ayuntamientos el otorgar a los concesionarios de la ejecución de planes de urbanismo, la concesión preferente para construir y explotar mercados y servicios públicos, incluso los de transporte, si se tratase de grandes zonas, dentro del sector comprendido en el proyecto.

La preferencia para la concesión de servicios puede otorgarse genéricamente al otorgarse la concesión del plan o posteriormente al ponerse en funcionamiento cada uno de los servicios. En el primer supuesto, en cierto modo, ya habría existido en su caso una licitación para la adjudicación de la concesión urbanizadora que afectaba también a los servicios. En el segundo caso habría adjudicaciones independientes y preferentes. ¿Sería entonces necesaria la licitación con posibilidad de ejercer en ella el derecho de preferencia? En nuestra doctrina, GONZÁLEZ PÉREZ considera que el ejercicio de la preferencia habría de

ejercitarse de acuerdo con lo preceptuado en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales y, por tanto, a través de una licitación (40).

Nuestra opinión es coincidente en base a que en nuestro derecho, como hemos visto, la regla general es que la preferencia en la adjudicación de los servicios públicos no excluye la licitación (41) y también en que la Ley del Suelo cuando otorga otro derecho de preferencia en su artículo 139 excluye expresamente la licitación, cosa que no hace en el supuesto que ahora estudiamos. Queda, sin embargo, por precisar si este derecho de preferencia es absoluto o es el relativo al Reglamento de Servicios, que prospera tan sólo cuando la diferencia de ofertas no excede del 10 por 100. Nos inclinamos por creer que es un derecho absoluto, ya que su fundamento no es el adoptar una iniciativa o la autoría de un proyecto, a los que se refiere el Reglamento de Servicios, sino al ser el autor de una urbanización.

En materia de preferencias para la adquisición de bienes de la Administración deben señalarse principalmente los artículos 128 de la Ley del Patrimonio del Estado y el artículo 160 de la Ley del Suelo. El primero establece que «siempre que se acuerde la enajenación de bienes incorporados al Patrimonio del Estado, los titulares de derechos vigentes sobre ellos que resulten de concesiones otorgadas cuando los bienes eran de dominio público tendrán la facultad potestativa de adquirir con preferencia a toda otra persona...» (42). Queda por precisar si esa preferencia debe dar lugar a una adjudicación directa o, por el contrario, ejercerse a través de una licitación. Nuestra opinión es que, decidida la venta, procede la adjudicación directa sin licitación. El fundamento de ello radica en que en materia de adjudicación de bienes de la Administración suele ser la regla más frecuente que el derecho de preferencia excluya la licitación (43), ya que la coexistencia de derechos

(40) *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 747.

(41) Además del Reglamento de Servicios debe citarse el del derecho de tanteo en los servicios de transportes por carretera.

(42) El precepto es casi reproducido por el artículo 229 del Reglamento del Patrimonio del Estado. Ha sido una ocasión perdida de haber resuelto muchos de los problemas que encierra el precepto legal. Tales son, además, de los estudiados en el texto, el de la naturaleza de la preferencia y el de saber si además de tanteo se da retracto.

(43) Recuérdense los supuestos examinados en el apartado anterior de los solares del Estado, fincas improductivas, parcelas sobrantes, tanteo en arrendamientos de la Dirección General de Regiones Devastadas, roturaciones arbitrarias, vías pecuarias y caminos abandonados, derechos de readquisición tales como la reversión expropiatoria, retracto de fincas adjudicadas a la Hacienda por ejecución de contribuyentes, retracto

sobre una misma propiedad se considera antieconómica, lo mismo que el mantenimiento en una propiedad de parcelas inedificables o improductivas. Exigir en estos casos la subasta supondría el peligro de mantener la situación antieconómica con la que se quiere terminar, sin beneficio económico sensible para la Administración. En efecto, no parece presumible que nadie acuda a una subasta para requerir una propiedad compartida y ocupada por un tercero. Tan sólo es pensable, salvo casos excepcionales, en primistas que exigirían a los concesionarios dinero por retirar o no presentar su oferta. Por el contrario, con la presencia de terceros en la subasta con ofertas elevadas, se correría el riesgo de que los concesionarios no ejercitasen el derecho de preferencia y se mantuviese una situación antieconómica, en contra de la razón de ser de la preferencia. La naturaleza de las cosas aconseja en estos supuestos la exclusión de licitación (44), ejercitándose la preferencia sobre el precio que fije la Administración.

El artículo 160 de la Ley del Suelo es más preciso que el 128 de la Ley del Patrimonio del Estado, no sólo porque califica la naturaleza del derecho de preferencia otorgado, como tanteo y a falta de preaviso como retracto, sino también por la remisión que hace en cuanto a los plazos y formas de su ejercicio al artículo 1.637 del Código civil. Sin embargo, ha dejado sin resolver claramente el problema de si es o no necesaria la licitación, lo cual hubiera sido conveniente habida cuenta de que el derecho de superficie que regula está, en gran parte, referido a terrenos del Estado, Administraciones locales y entidades públicas, como se establece en el artículo 157. La doctrina civilista ha estudiado esta figura y el fundamento de los derechos de preferencia consagrados lo ve más que en las exigencias de la técnica jurídica, en el deseo del legislador de terminar con una situación anormal (45).

de fincas, adjudicadas por impagos a los Pósitos, retracto de colindantes con la zona marítimo terrestre en terrenos invadidos y luego abandonados, etc., etc.

En contra podría citarse el derecho de tanteo ya derogado de la Ley de Puertos.

(44) En ocasiones, todo un casco urbano municipal se encuentra construido por vecinos y particulares sobre parcelas de un monte público posteriormente descatalogado, mediante el pago de un canon. Mantener esta situación puede constituir un freno para el desarrollo de la localidad.

El ejemplo del derecho privado en el caso de las fincas enfitéuticas enajenadas en ventas judiciales es altamente significativo. El artículo 1.640 del Código civil permite al condueño ejercitar el derecho de tanteo por el tipo de la subasta antes del remate. También permite el ejercicio del tanteo por el precio en que se le notifique el deseo de enajenar.

(45) GULLÓN BALLESTEROS, *La superficie urbana*, Sevilla, 1960, pág. 118; MEZQUITA DEL CACHO, *El derecho de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956*, en "Revista de

La solución de esta cuestión la vemos en el mismo sentido que la ofrecida al supuesto del artículo 128 de la Ley del Patrimonio y no sólo por las razones allí expuestas, sino también por la específica remisión que en este supuesto se hace al artículo 1.637 del Código civil que posibilita el tanteo, no sólo ante la oferta de un tercero, sino ante el precio notificado por el vendedor en que pretenda enajenar su dominio. Conduce también a la misma solución el que el derecho de preferencia en casos de subasta judicial se ejercite por el tipo de la subasta y antes del remate, como establece el artículo 1.640 del Código civil (46).

Los casos de derechos de preferencia consagrados en la legislación civil o mercantil, por su generalidad no contienen previsión alguna en orden a su ejercicio frente a la Administración ni en orden a si han de ejercitarse o no a través de la subasta. Es natural que así sea, dado que esta legislación contempla, ante todo, relaciones entre particulares, sin detenerse en las particularidades que pueda encerrar la circunstancia de que uno de los sujetos afectados por el derecho de preferencia sea un ente administrativo. Debemos, por tanto, ofrecer la solución adecuada en orden a la existencia de subasta en los casos de referencia, sin ánimo de agotar todos los supuestos contenidos en esta legislación.

Derecho privado⁹, 1957, pág. 758; GUILLARTE ZAPATERO, *El derecho de superficie*, Pamplona, 1966, pág. 272.

(46) Debe destacarse que en la consagración de los derechos de preferencia late una razón de interés público, al menos en los casos en que se pretende terminar con situaciones antieconómicas. La adjudicación directa en estos casos encuentra también un relativo fundamento en varios preceptos del reciente Reglamento de Contratos del Estado, que son el artículo 7.4 que impone la publicidad y concurrencia *salvo que esto no sea posible o conveniente a los intereses públicos*. Aun cuando se trate tan sólo del contrato de obras públicas el artículo 117 del mismo Reglamento admite la adjudicación directa en aquellas obras en que no sea posible promover concurrencia en la oferta o en que por circunstancias excepcionales, que habrán de justificarse en el expediente, no convenga promoverla. Es idéntico sentido el artículo 213.1 en cuanto a la adjudicación de servicios y el 247.1 en cuanto a la adjudicación de suministros.

No obstante, la contratación sobre bienes del Estado está regulada específicamente en la Ley del Patrimonio y aun cuando también es tendente a una cierta flexibilidad, menos matizada, desde luego, la excepción de la subasta debe acordarla el Consejo de Ministros según se establece en el artículo 63. Con todo, en los supuestos en que el derecho de preferencia excluye a la subasta, consideramos que no es necesaria dicha autorización, ya que en los casos de derechos de preferencia, tal exigencia no era necesaria con anterioridad a la vigencia de dicha Ley cuando ya regía también la regla de la venta con subasta. La Ley del Patrimonio no ha derogado específicamente los supuestos de derechos de preferencia que excluían a la subasta. En los supuestos en que no existe previsión al respecto consideramos que la solución que se deriva de la naturaleza de las instituciones a través de la analogía se anteponen a la regla de la subasta.

Prescindiendo de los casos de preferencia contractual cuyas posibilidades de aplicación a la Administración son tan limitadas, como ya señalamos, debemos examinar separadamente los supuestos de derecho de tanteo y los de retracto legal. Con respecto a estos últimos y dada la naturaleza de los mismos por la que el titular de dicho derecho sustituye al comprador en una enajenación ya realizada, debe destacarse que el ejercicio del retracto no impide la venta a un tercero, sino que la presupone en cuanto que la preferencia consiste en la sustitución del comprador. Por tanto, esta venta a un tercero habrá de realizarse de acuerdo con las reglas usuales de enajenación de bienes de la Administración, esto es, por subasta. Otra cosa es que de *lege ferenda* pueda defenderse que en los casos en los que el retracto es concedido como medio para terminar con una situación antieconómica, como son los casos de los retractos de comuneros, coherederos, colindantes, etc., pudiera concederse además otro derecho de preferencia a ejercer directamente evitando la subasta. Esta regla tendría a su favor la solución ofrecida en nuestro Ordenamiento para situaciones similares y especialmente el caso del censo enfiteútico en donde se concede a los conductos, en caso de venta del dominio del otro, el derecho de tanteo y de retracto con eliminación de la subasta judicial (47), pero hay que ponderar también que a veces la índole de los bienes puede aconsejar el que la Administración no renuncie a obtener el máximo precio a través de la subasta.

En cuanto a los derechos de tanteo examinaremos los existentes en materia de arrendamientos urbanos, en la venta de acciones en las sociedades de responsabilidad limitada y entre los partícipes en la pro-

(47) En cuanto al retracto en favor del arrendatario rústico debemos resaltar que en casos semejantes de derechos de preferencia de arrendatarios rústicos sobre bienes de la Administración, la preferencia se ejercita a través de la subasta como ocurre en el caso de enajenación de fincas rústicas arrendadas, heredadas por la Administración a la que se refiere el Real Decreto de 23 de junio de 1928 en su artículo 15. De *lege ferenda* y como un problema de política legislativa, dada la finalidad social perseguida por el retracto sobre fincas rústicas podría cuestionarse sobre la conveniencia de conceder al arrendatario de fincas del Estado un derecho de preferencia previo y eliminador de la subasta.

Por lo que respecta al censo enfiteútico de fincas del Estado el derecho previo de tanteo debe eliminar la subasta administrativa, como ocurre en el caso de la subasta judicial, dado el interés público existente en acabar con una situación antieconómica.

Consideramos que no se da subasta en el derecho de preferente adquisición de los colindantes en los casos de infracción de la Ley de unidades mínimas de cultivo ya que de no haber acuerdo en el precio le fija la autoridad judicial según establece el artículo 3.º de la Ley de julio de 1954. Es evidente que no existe subasta en el régimen de acceso a la propiedad regulado en el artículo 3.º de otra Ley de igual fecha, ya que el importe del precio se fija legalmente.

riedad de un buque, refiriéndonos en todos los casos al supuesto de que el bien enajenado sea de la Administración. Una amplia bibliografía ha estudiado los derechos de tanteo y retracto concedidos en favor del inquilino y arrendatario de local de negocio, por los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La cuestión que a nuestro estudio interesa es la de precisar si las enajenaciones de la vivienda o local de negocio han de realizarse por subasta o el derecho de preferencia conduce a una adjudicación directa (48). En principio no parece haber razones suficientes para evitar la subasta en la enajenación de locales comerciales, ya que se trata de negocios y no de viviendas. Más discutible resulta, sin duda, el problema en las viviendas, ya que el derecho de preferencia otorgado por la legislación arrendaticia parece concederse por razones de política social y con la finalidad de que los inquilinos puedan llegar a ser propietarios (49). En base de ello llegó a promulgarse en su día toda una legislación por la que se suministraban préstamos sociales a los inquilinos de ciertas viviendas para ejercitar sus derechos de preferente adquisición, préstamos que no excederían de la capitalización de la renta pactada, conforme a la legislación entonces en vigor y que podrían ser amortizados en treinta años, concediéndose además a las transmisiones y actos producidos muy importantes bonificaciones fiscales (50).

Por otra parte, la obtención de una oferta de un tercero por cantidad superior a la que arroja la capitalización de la renta, en la forma que establece el artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, posibilita una acción impugnatoria por parte del inquilino que, de prosperar, impedirá al adquirente negar la prórroga del contrato fundándose en la causa de necesidad de la vivienda. Ante estas circunstancias, no parece coherente el que la Administración imponga la subasta como medio de enajenar sus viviendas arrendadas en los casos en que el inquilino titule un derecho de preferente adquisición (51). *De lege fe-*

(48) No constituyen objeto de nuestra atención los supuestos de enajenación de viviendas de protección oficial que se regulan por las normas específicas de dicha legislación.

(49) La Exposición de motivos de la Ley de 15 de julio de 1952 dice: "La Ley de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, para cumplir el precepto del Fuero de los Españoles, que proclaman el acceso a la propiedad como una de las directrices fundamentales del Régimen, otorgó a los inquilinos el derecho de tanteo y retracto en determinados supuestos de transmisión de las viviendas que ocuparen, a través de normas que, si técnicamente son correctas, no han jugado, en realidad, con la eficacia anhelada a causas de la debilidad económica de muchos de los beneficiarios de aquellos derechos".

(50) Ley de 15 de julio de 1952 modificada por otra de 24 de abril de 1958.

(51) El Ordenamiento positivo nos muestra al respecto situaciones diferentes. De

renda podría hacerse una matización en función de la clase de vivienda y de las circunstancias del inquilino, en relación con la necesidad de que las viviendas se transmitieran o no por subasta.

En la legislación mercantil encontramos además del derecho de tanteo y retracto a favor del socio en las sociedades de responsabilidad limitada, el consagrado a favor de los copartícipes de un buque en el artículo 575 del Código de Comercio. En el primer caso consideramos que la enajenación de las participaciones estatales no se producirá por subasta por cuanto la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada, en su artículo 20, establece un procedimiento para fijar el precio en forma contradictoria sobre el que han de ejercer el derecho de preferencia los socios que desean adquirir participaciones. La subasta, en este caso supondría modificar el procedimiento legal establecido para la fijación del precio.

Por lo que hace a los buques, el artículo 575 del Código de Comercio concede derecho de tanteo y retracto a los partícipes en la propiedad de los mismos, en las ventas hechas a extraños. Por supuesto que nada se establece en orden al supuesto de buques en que la Administración sea copartícipe. La situación antieconómica que constituye toda comunidad podría hacer aconsejable la extinción de tales situaciones, pero la naturaleza económica de los bienes de que se trata no debe impedir a la Administración el intentar obtener a través de la licitación el máximo de precio en la venta.

No debe confundirse el supuesto anterior en el que se vende la participación de un copartícipe con el regulado en el artículo 592 del Código de Comercio, en el que, por decisión de la mayoría, lo que se

una parte el artículo 15 del Real Decreto de 23 de junio de 1928, en una época muy diferente de la nuestra en el orden de la vivienda, otorgaba derecho de preferencia, a través de la subasta, a los arrendatarios de fincas rústicas y en las urbanas a los que tuvieran un establecimiento mercantil o industrial en los casos de fincas heredadas por el Estado. En el caso de viviendas no se concedía siquiera derecho de preferencia.

El Decreto de 18 de marzo de 1955 relativo a los edificios de la Dirección General de Regiones Devastadas concedía derecho de preferencia eliminador de la subasta, a los arrendatarios de fincas urbanas tanto de viviendas como de locales de negocios cuando estos se enajenaran.

En la práctica conocemos casos de Corporaciones locales en los que la enajenación de viviendas arrendadas con derecho de tanteo en favor de los inquilinos se realiza a través de subastas.

En cuanto al derecho de tanteo que corresponde al propietario sobre los traspasos de locales de negocio, no se crea problema alguno por cuanto la Ley de arrendamientos urbanos considera en su artículo 4-2 que dichos locales cuando sean arrendados por la Administración tendrán la calificación de contratos de inquilinato en las que no se da dicho traspaso.

vende es el buque mismo. En este caso de no existir acuerdo unánime de los coparticipes, la venta ha de realizarse por subasta con sujeción a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando siempre a salvo los derechos de tanteo y retracto, que lógicamente tendrían que ejercitarse a través de la subasta y por el precio de adjudicación, quedando por determinar el caso, estudiado por la doctrina, de si tales derechos serían ejercitables cuando el comprador fuese precisamente un coparticipes, habida cuenta de que se conceden cuando la venta es a un extraño (52).

6. CONCLUSIÓN.

Dispersos por la legislación administrativa existen consagrados infinidad de derechos de preferencia específicamente relacionados con la contratación adjudicación de obras, suministros, servicios públicos y bienes de la Administración. Por otra parte, y en general, la legislación civil y mercantil consagran también derechos de preferencia que pueden ser ejercitados frente a la Administración.

No existe necesariamente una contradicción entre el ejercicio de estos derechos de preferencia y la forma de subasta, que constituye la regla general de enajenación de los bienes de la Administración o la licitación correspondiente en los casos de otras adjudicaciones contractuales. Por el contrario, en muchas ocasiones nuestro Ordenamiento previene que tales preferencias se ejerciten precisamente en base a las mejores ofertas producidas en las licitaciones públicas. Pero otras veces el propio Ordenamiento excluye la subasta y establece que el derecho de preferencia debe ejercitarse antes de la subasta, mediante una adjudicación directa, y acudirse a aquélla sólo cuando no interesa a su titular el ejercicio del derecho de preferencia. En otros muchos casos el Ordenamiento positivo guarda silencio al respecto y, en consecuencia, hay que obtener una solución en función de la naturaleza de las cosas y de la comparación con casos similares sin, por supuesto, olvidar tampoco que la licitación es una regla general.

La investigación realizada sobre bastantes de los supuestos de nuestro Ordenamiento permite llegar a las siguientes conclusiones: el principio que inspira a los casos de derechos de preferencia en la adjudicación de obras públicas, suministros y servicios públicos es que tales

(52) URÍA. *¿Procede el retracto de un coparticipes contra otro adquirente del buque común en pública subasta?*, "Anuario de Derecho civil", julio-septiembre, 1949, pág. 1.123.

derechos se ejerciten sin excluir la licitación. Por el contrario, en la enajenación de bienes de la Administración, para las que existe derecho de preferencia en favor de un tercero, no puede descubrirse la existencia de un específico principio general que imponga la subasta, ya que son muy frecuentes las adjudicaciones directas en base a un precio unilateralmente fijado por la Administración o, en pocas ocasiones, contradictoria o automáticamente fijado. Los casos de derecho de readquisición eliminan, por regla general, a la subasta y también los de colindancia, salvo el caso derogado de la Ley de Puertos, así como aquellos en los que el derecho de preferencia se concede más que como un privilegio, como un instrumento para acabar con situaciones antieconómicas que constituyen un obstáculo al interés público. En estos casos parece como si se antepusiera el interés público a la necesidad de la subasta que, como instrumento de elevar, en beneficio de la Administración, el precio de adjudicación podría enervar el ejercicio del derecho de preferencia consolidándose situaciones antieconómicas contrarias al interés público.

Los supuestos de derechos de preferencia consagrados en la legislación civil o mercantil no contemplan, como es lógico, las características de la contratación de las Administraciones públicas, y por ello parece aconsejable que de *lege ferenda* o a veces por vía interpretativa se tengan en cuenta estas características para hacer viables los fines perseguidos en las instituciones en el caso de que se apliquen a la Administración. En este trabajo y en cada uno de los distintos supuestos examinados se hacen sugerencias al respecto.

No han sido examinados en este estudio los derechos de preferencia concedidos por la Administración a los particulares en vía contractual. Consideramos que, en general, y salvo la existencia de norma habilitante, el principio de igualdad de los ciudadanos a la adquisición de los bienes de la Administración y el de concurrencia en la contratación administrativa, limitan extraordinariamente esta posibilidad.

Son fácilmente perceptibles en el campo del Derecho Administrativo los siguientes tipos de derechos de preferencia legal. En primer lugar, el ejercicio del derecho de preferencia, eliminador de la subasta, y a realizar sobre la base de un precio fijado unilateralmente por la Administración en el plazo al efecto concedido. No consideramos que tal derecho se extinga por su no ejercicio en el plazo referido, sino que en estos casos a la Administración se le debería fijar un plazo para convocar la subasta, pasado el cual o caso de quedar desierta ésta, habría de concederse otro plazo al particular para el ejercicio de su

derecho antes de convocar una nueva licitación. Esta no extinción del derecho de preferencia creemos que aleja a este tipo de derecho de las llamadas opciones legales.

En segundo lugar, el derecho de tanteo, en sentido estricto, a ejercer en la correspondiente subasta o licitación, permitiendo a su titular la adjudicación del contrato en las condiciones de la mejor oferta formulada. Este derecho de tanteo es absoluto cuando existe un derecho de sustituir sin más a la mejor oferta económica y relativo cuando la preferencia sólo es viable de no existir una determinada diferencia entre la oferta del titular del tanteo y la más ventajosa de las presentadas.

El retracto supone la sustitución del comprador en una transmisión ya perfeccionada y, desde el punto de vista de las formas contractuales, tal derecho se da tanto en las adjudicaciones directas como en las subastas, ya que su naturaleza supone la existencia de una transmisión y en base al derecho positivo no existe fundamento para en estos casos impedir la licitación. Se dan ciertos retractos en el orden civil que en la contratación de las Administraciones públicas podrían jugar de *lege ferenda* como preferencias eliminadoras de la subasta por estar esta solución más de acuerdo con la naturaleza de las cosas y con los fines de las instituciones.

Finalmente, los derechos de readquisición o retractos propiamente dichos, como la reversión expropiatoria, adquisición de fincas atribuidas a la Hacienda por impago de contribuciones, adquisición de fincas adjudicadas a los Pósitos por impagos, derecho del colindante con la zona marítimo terrestre a revertir los terrenos sobrantes que en su día fueron invadidos por el mar, etc., etc., se ejercitan mediante adjudicaciones directas eliminatorias de licitación.

Sólo queda decir, para terminar, que somos conscientes de que algunas de las tesis generales ofrecidas y de las soluciones dadas a cada uno de los supuestos concretos examinados son, desde luego, discutibles y que el trabajo tiene un carácter limitado, ya que, como hemos dicho, no agota el estudio de todos los casos dispersos por la múltiple legislación positiva. Con todo, hemos preferido formular estas reflexiones con el carácter provisional que siempre han de tener las investigaciones sobre materias, como las estudiadas, que no han merecido hasta ahora una especial atención de la doctrina.

