

En la última parte de la obra, el autor aborda la difícil tarea de desentrañar el significado jurídico con que se presenta el acto de comunicación pública en el marco de la LPI. En este sentido, considera que la definición jurídica de cada uno de los elementos de dicho acto debe llevarse a cabo a partir del bagaje teórico acumulado hasta el momento a lo largo del libro objeto de comentario y a la vista del desarrollo y de los efectos que sobre el Derecho de autor han tenido y siguen teniendo los nuevos medios de comunicación. Como resultado, observa que el criterio jurídico que permite atraer el acto de comunicación pública a la órbita del Derecho de autor gravita en torno a la decisión, en cuanto responsabilidad, de hacer accesible la obra radiodifundida al público.

De forma resumida se puede decir que la noción de organismo a la que se llega, debe ser comprendida en función del criterio de decisión en la responsabilidad de hacer accesible la obra al público. Lo decisivo, entonces, no es, a su juicio, el aspecto formal (la personalidad jurídica), sino que la actividad del transmisor por cable y la del emisor por vía hertziana-terrestre o vía satélite aparezcan enlazadas por una unidad de decisión.

A su vez, considera que la accesibilidad debe entenderse objetivamente, como necesidad de que el público tenga posibilidades reales de recepción; y subjetivamente, es decir, como intención o ánimo del emisor de llegar a determinado público.

Como conclusión final, el profesor Erdozain pone de manifiesto que el concepto de público sufre una variación del mismo, toda vez que los nuevos adelantos tecnológicos abonan un concepto no absoluto, sino relativo; no basado en las relaciones personales, sino de acuerdo con factores de orden económico, esto es, de relevancia económica del grupo al cual se hace accesible la obra. Por último, conforme con dicha construcción resuelve seguidamente diversos problemas prácticos, entre los que cabe destacar los actos de comunicación en lugares públicos como bares, restaurantes, hoteles y hospitales.

Por lo demás, no quisiera finalizar estas notas sin resaltar el interés que despierta el libro objeto de esta recensión, tanto por el rigor científico con el que se abordan cuestiones de indudable complejidad técnica, como por la actualidad que presentan los problemas resueltos. Se trata, en definitiva, de una obra que viene a ocupar un vacío existente sobre un tema de indudable importancia, e insuficientemente analizado por nuestra doctrina científica tradicional.

FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ

FELIÚ REY, Manuel Ignacio: *El tanteo convencional*, ed. Civitas, Madrid, 1997, 171 pp.

1. La obra objeto de esta recensión se ocupa de una figura jurídica, el tanteo convencional, que carece de regulación en el Código Civil. Los estudios que la doctrina ha realizado sobre la misma se apoyan fundamentalmente en sentencias del Tribunal Supremo y en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El autor se propone llevar a cabo un estudio del tanteo convencional con la finalidad de clarificar y al mismo tiempo determinar su régimen jurídico. El esquema de la obra es el siguiente: en primer lugar se ocupa del concepto y de la evolución histórica de la figura objeto de estudio, analizando posteriormente el denominado retracto convencional (capítulos I y II). Después examina el título constitutivo del tanteo convencional (capítulo III). A continua-

ción, se centra en la distinción entre el tanteo y otras figuras afines (capítulo IV), dedicando más tarde sus esfuerzos al estudio del contenido y eficacia del derecho de tanteo (capítulos V y VI). Por último, expone, de forma breve, las conclusiones que se derivan del estudio realizado (capítulo VII).

2. En el capítulo I nos acerca a la figura del tanteo definiéndolo como una «preferencia que por disposición de la ley o por virtud de acto o negocio jurídico, tiene su titular para la adquisición de una cosa cuando su propietario *se dispone a (pretenda)* enajenarla». Por su parte, el retracto negocial (lo diferencia del retracto convencional regulado en los arts. 1507 a 1520 CC), según el autor, consiste en «el establecimiento de una preferencia a favor de determinado sujeto, ejercitable en el caso de que un tercero adquiera del concedente el bien sobre el que recae la misma».

Feliú Rey señala que la diferencia entre ambas figuras (tanteo y retracto) se encuentra en que el tanteo permite a su titular ejercitarlo antes de la enajenación proyectada, mientras que el retracto faculta a su titular a adquirir el bien sobre el que recae dicho derecho una vez que el bien ha sido transmitido a un tercero. El autor, en virtud del artículo 1637 CC, de los artículos 25 y 31 LAU y de jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTs de 22 de noviembre de 1902, 7 de mayo de 1927 y 5 de diciembre de 1981), concluye que el tanteo y el retracto legales no son derechos distintos, sino dos fases o formas de ejercicio del mismo derecho. Señala que cuando la ley concede a un sujeto un derecho de tanteo, también, aunque expresamente no lo mencione, le está otorgando un derecho de retracto para el caso en que no pueda ejercitar el derecho de tanteo. Feliú Rey finaliza este primer capítulo preguntándose si el titular de un derecho de tanteo convencional también es titular de un derecho de retracto. La respuesta dependerá, en gran medida, de la configuración y de la eficacia personal o real que las partes atribuyan al derecho de tanteo.

3. En el capítulo II se tratan dos asuntos diferentes: por una parte se aborda el estudio de los antecedentes históricos de la figura del tanteo y por otra se analiza el denominado retracto convencional o pacto de retro.

3.1 Como ya se ha mencionado, el autor de la obra dedica la primera parte del capítulo II a los antecedentes históricos del tanteo. Comienza señalando que en Derecho Romano no se conoció el retracto legal. Afirma que en la Edad Media el tanteo y el retracto gentilicios alcanzaron un considerable desarrollo apareciendo en diversos Fueros. Posteriormente ambas figuras (tanteo y retracto) son reguladas en el Fuero Real, en concreto, en la Ley 13, título 10, Libro 3.º. De la regulación que el Fuero Real realiza del tanteo y del retracto, según afirma el autor, se desprende la nota que diferencia a ambas figuras: mientras que el tanteo debe ejercitarse antes de la celebración del contrato, el retracto debe utilizarse una vez que se ha celebrado el contrato. Asimismo de la regulación del Fuero Real pueden señalarse varias circunstancias que actualmente siguen vigentes: a) plazo de ejercicio de nueve días para el retracto legal; b) la limitación del ejercicio del retracto a los supuestos de venta; c) la obligación de entregar el mismo precio por el que fue adquirido el bien. Por su parte, las Leyes de Toro regularon no sólo la preferencia gentilicia sino también la del superficiario, la del enfiteuta y la de los coherederos. Sin embargo, en la Nueva Recopilación existe un vacío casi absoluto respecto de las figuras del tanteo y retracto. Con la aprobación de la Novísima Recopilación se produce un cambio radical debido a que el título XIII del Libro X de la misma está dedicado a los retractos y al derecho

de tanteo. Feliú Rey se apoya en un autor como Riaza para señalar que en la Novísima Recopilación se confunden los términos de tanteo y retracto.

A continuación, analiza, de forma breve, la etapa codificadora. Señala que en el Proyecto de CC de 1836 se distinguen, de forma clara, las figuras del tanteo y retracto, aunque tienen idéntica finalidad. El autor destaca que mientras que en el Proyecto de CC de 1836, al regular la enfiteusis, sólo se menciona el tanteo, por el contrario, en el Proyecto de CC de 1851, en los preceptos destinados a la regulación de la enfiteusis, tan sólo se hacía mención expresa al retracto; en cambio, en el Libro IV del Anteproyecto de CC de 1885-1888, en la regulación de la enfiteusis, se contempla el tanteo y el retracto.

3.2 Feliú Rey, en la segunda parte del capítulo II, se ocupa del denominado retracto convencional (pacto de retro) que es regulado en la Sección Primera, capítulo VI, título IV, Libro cuarto del CC. Afirma que en España, al igual que en Francia, se ha producido una confusión terminológica al considerar una misma institución al retracto convencional del artículo 1507 CC y al retracto legal del artículo 1521 CC. El autor mantiene que las diferencias entre ambas figuras son numerosas (configuración, naturaleza jurídica, ...). Feliú Rey asegura que durante la Edad Media el retracto convencional (pacto de retro) era un contrato accesorio de garantía, con los caracteres propios de un mutuo pignoraticio o de un préstamo hipotecario. Considera, al igual que el resto de la doctrina, que el pacto de retro encubría préstamos usurarios. Realiza una enumeración de sentencias del TS en las que se aprecia claramente la función de garantía de la mencionada figura. Asimismo, en apoyo de la tesis que considera al pacto de retro una garantía, transcribe diversos preceptos de legislaciones extranjeras de los que se deduce claramente su finalidad de garantía. Para el autor el pacto de retro es la plasmación legal de la denominada *fiducia cum creditore* con función de garantía. Concluye este capítulo afirmando que la denominación común de retracto se debe a la falta de regulación del retracto negocial y de la consiguiente asimilación de la figura del retracto legal como variante del retracto convencional, que sí es regulado por el CC.

4. El capítulo III es dedicado al análisis del título constitutivo del tanteo convencional. Feliú Rey distingue según se trate de actos *inter vivos* o *mortis causa*.

4.1 En el primer apartado del capítulo analiza la constitución del tanteo convencional por actos *inter vivos*. Feliú Rey centra sus esfuerzos en demostrar la equivocación de aquellos autores que han defendido que el título del que emana el derecho de tanteo es una simple promesa de venta regulada en el artículo 1451 CC. Señala que el objeto del tanteo no es formalizar un compromiso de venta futura, sino sólo conceder a un sujeto concreto la preferencia de adquirir un determinado bien, para el supuesto de que el propietario del bien decida enajenarlo. Afirma que existen tres importantes diferencias entre el tanteo y la promesa de venta: el objeto perseguido, la indeterminación del precio y el distinto contenido del derecho que surge. Por todo ello, rechaza categóricamente que el tanteo convencional sea un precontrato o una promesa de venta unilateral sometida a condición suspensiva y potestativa (postura muy defendida en Italia). Igualmente rechaza la configuración del tanteo convencional como un supuesto de opción sujeta a condición suspensiva y potestativa (este tema es tratado en profundidad en el capítulo IV de la obra objeto de esta reseña).

Para Feliú Rey el título constitutivo del tanteo convencional es un contrato consensual, de carácter instrumental, que encuentra su razón de ser en la posible

(no necesaria ni obligatoria) celebración posterior del contrato para el que se establece la preferencia.

Especial atención dedica el autor al tema de la concesión de la preferencia adquisitiva (tanteo) a título gratuito. Tras analizar el concepto de donación, concluye que la constitución a título gratuito de un tanteo convencional no será nunca un supuesto de donación y, por tanto, no son de aplicación los artículos del CC que en materia de donaciones se ocupan del tema de la forma (arts. 632 y 633 CC) y de los requisitos de capacidad (arts. 624 a 626 CC). Afirma que el título por el que se establece una preferencia adquisitiva voluntaria gratuita debe ser calificado como un contrato atípico a título gratuito.

Por último, Feliú Rey es partidario de diferenciar la capacidad contractual exigible para celebrar el tanteo y la capacidad exigible en el momento de la perfección del contrato que se celebra en virtud de la preferencia (tanteo). Ello le permite afirmar que los menores de edad están capacitados para constituir un derecho de tanteo mediante acto *inter vivos*, tanto a título gratuito como oneroso.

4.2 En el segundo apartado del capítulo III examina la constitución del tanteo convencional por acto *mortis causa*. El autor asegura que no existe inconveniente alguno para que se establezca la preferencia (tanteo) mediante disposición testamentaria. Admitida la posibilidad de constituir una preferencia por vía *mortis causa*, Feliú Rey se plantea, en primer lugar, si la preferencia debe ser calificada como un modo o un legado y, en segundo lugar, si es posible constituir testamentariamente una preferencia sobre cosa ajena.

Con relación a la primera cuestión y después de analizar las diversas opiniones de la doctrina, el autor afirma que la preferencia de origen testamentario es un legado obligatorio desde el momento en que el testador impone al heredero o a otro legatario la obligación de preferir, en la enajenación de un concreto bien, a un determinado sujeto, el cual asume la condición de legatario pues adquiere, en virtud de testamento, un derecho de crédito que consiste en ser preferido para adquirir el bien en el caso de que el sujeto gravado (heredero o legatario) decida enajenarlo.

Respecto de la segunda cuestión (posibilidad de constituir un legado de preferencia sobre cosa ajena), Feliú Rey, de forma breve, señala que siempre que exista causa o interés legítimo es admisible el legado de preferencia adquisitiva sobre cosa ajena, siendo aplicables los artículos 861 a 864 CC. Se limita a mencionar que la ejecución de este tipo de legado consistirá en la entrega de la justa estimación, sin entrar a examinar cuál debe ser la justa estimación y qué criterios deben utilizarse para calcularla. Asimismo, afirma que estos casos son reconducibles a la figura de la «promesa de hecho ajeno», negando que se trate de un supuesto de mandato *post mortem*.

5. El capítulo IV es dedicado por el autor a la distinción del tanteo convencional con la opción y con la prohibición voluntaria de disponer. Para ello, Feliú Rey utiliza como principal instrumento a la jurisprudencia del TS.

5.1 Respecto a la distinción entre el tanteo convencional y la prohibición voluntaria de disponer, el autor señala que el concedente de un derecho de tanteo goza plenamente de la libre facultad de disponer. Si se afirmase lo contrario, el tanteo y el retracto no tendrían razón de ser, pues tan sólo cuando existe un acto dispositivo del sujeto gravado, el tanteo y el retracto despliegan su eficacia. Ello supone que el propietario del bien podrá realizar todos los actos de disposición que tenga por conveniente siempre que no frustre el derecho de adquisición preferente.

Feliú Rey considera que la preferencia adquisitiva no constituye una prohibición de disponer. A continuación, el autor examina la compatibilidad entre las prohibiciones de disponer y las preferencias adquisitivas (tanteo, retracto). Para ello, se sirve de la jurisprudencia del TS y de la doctrina de la DGRN. Llega a la conclusión de que son incompatibles, pues afirma que se produciría una distorsión de la preferencia debido a que dejaría de ser tal para convertirse, en palabras del autor, en una «adquisición a la carta».

5.2 En el apartado segundo del capítulo IV, el autor se ocupa de las diferencias existentes entre la opción y las figuras del tanteo y retracto convencionales. Al igual que en el apartado anterior, recoge diversas sentencias del TS que utiliza para ir estableciendo las diferencias entre las figuras mencionadas. Hace alusión a la corriente doctrinal que califica el tanteo convencional como supuesto atípico de derecho de opción. Para Feliú Rey dicha postura es incorrecta, ya que mientras que en la opción están determinados todos los elementos necesarios del contrato proyectado, en las preferencias adquisitivas (tanteo, retracto) no existe tal determinación. Asimismo señala la diferente finalidad empírica y económica que persiguen el tanteo y retracto frente a la opción.

6. En el capítulo V de la obra de Feliú Rey, se analiza el contenido, tiempo y forma de la notificación que el propietario-concedente debe realizar al titular del derecho de preferencia (tanteo) cuando pretenda enajenar el bien. También analiza si dicha notificación equivale a una oferta.

6.1 En lo referente al contenido de la notificación, el autor señala que debe contener, además del propósito de vender, el precio y las condiciones de pago. Respecto de la exigencia o no de comunicar la identidad del tercero interesado en adquirir el bien, Feliú Rey considera que la identificación del tercero, como regla general, no es relevante. En cuanto a la forma de la notificación, el autor señala que, en defecto de pacto expreso, será válida cualquier forma que permita dar testimonio de la fecha y contenido. Mantiene que el plazo para efectuar la notificación sera el que hayan acordado las partes. Si no han previsto nada en relación con el plazo, entonces se deberá aplicar por analogía lo establecido por la ley para aquella figura jurídica con la que guarde identidad de razón. El autor nos deja con la duda de cuál es esa figura jurídica, pues nada señala al respecto.

6.2 Determinado el contenido de la notificación, Feliú Rey analiza si dicha notificación tiene valor de oferta y, en su caso, si es revocable o irrevocable. Defiende, siempre que las partes no dispusieren lo contrario, que la notificación tiene el valor de una oferta al contener los elementos esenciales del contrato que se propone celebrar. Señala que así lo entiende la jurisprudencia del TS para las preferencias legales. Por otra parte, Feliú Rey considera que no existe impedimento alguno para que el propietario del bien transmita al titular de la preferencia dicho bien en condiciones más ventajosas que las ofrecidas a un tercero.

Una vez que ha señalado que la notificación tiene el valor de una oferta, el autor se ocupa del tema de la revocabilidad o no de la misma. Después de mencionar la polémica que suscita este tema en la doctrina italiana, Feliú Rey concluye que se trata de una oferta revocable en los términos del artículo 1262 CC, es decir, se convierte en irrevocable una vez que es conocida y aceptada por el titular del derecho de preferencia. Por último, en apoyo de su postura, señala que la Convención de Naciones Unidas de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías adopta el mismo criterio.

7. El autor dedica el capítulo VI de la obra al estudio de la eficacia del tanteo convencional. Estructura este capítulo en tres apartados: en el primero analiza los problemas derivados de la eficacia personal del tanteo, en el segundo apartado se ocupa de la posible configuración real del mencionado derecho de adquisición preferente y en el tercer y último apartado establece el régimen jurídico aplicable a las preferencias adquisitivas voluntarias. Para ello examina, de forma pormenorizada, la escasa y contradictoria jurisprudencia del TS y doctrina de la DGRN sobre la cuestión.

Feliú Rey concluye que la preferencia adquisitiva se podrá ejercitar frente a un tercero, siempre que dicho tercero conozca la existencia del mencionado derecho de adquisición preferente. El TS, en los supuestos en los que el tercero conoce la existencia de la preferencia, declara, según los casos, la nulidad o la resolución del contrato que frustra el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Considera, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que el tanteo y retracto legales son auténticos derechos reales. Ello le permite mantener que cuando las preferencias adquisitivas voluntarias adopten el esquema de las preferencias legales nos encontraremos ante derechos con eficacia real. En contra de dicha postura puede señalarse que la jurisprudencia no admite la calificación de derecho real para los supuestos de tanteo y retracto convencionales. Por otra parte, se muestra crítico con la jurisprudencia del TS que rechaza la aplicación por analogía de la regulación del retracto convencional (arts. 1507 a 1520 CC) a los supuestos de tanteo convencional.

8. La valoración final de la obra de Feliú Rey sobre el tanteo convencional es positiva, no sólo por enfrentarse al estudio de una figura carente de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual siempre es de agradecer, sino también por el modo de afrontar dicha tarea. Es de destacar la continua remisión que el autor realiza a la jurisprudencia del TS y a la doctrina de la DGRN, así como la amplia bibliografía manejada.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: *La lesión extracontractual del crédito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 437 pp.

1. El derecho de crédito pertenece a la categoría de los derechos subjetivos y concede a su titular (acreedor) un poder para exigir de otra persona (deudor) un determinado comportamiento consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Frente a los derechos reales que tienen eficacia *erga omnes*, se encuentran los derechos de crédito, de los cuales normalmente se afirma, en virtud del artículo 1257 CC, que tan sólo tienen eficacia entre las partes. Esta afirmación llevada a sus últimas consecuencias supondría que los terceros no tendrían ningún deber de respetar los derechos de crédito, lo cual parece que no puede defenderse.

La obra de Fernández Arévalo se ocupa de un tema poco tratado por la doctrina y que, sin embargo, es confuso: la lesión por un tercero de un derecho de crédito y la determinación de la posible responsabilidad en la que puede incurrir el tercero al lesionarlo es lo que la autora denomina tutela aquiliana del crédito.

El esquema de la obra es el siguiente: en el capítulo I se ocupa, de forma breve, de establecer cuál es la posición que se mantiene en Derecho comparado y en Derecho español respecto de la llamada tutela aquiliana del crédito. En los capítulos II, III y IV se analizan los diversos supuestos en los que la lesión sólo es