

**Sesión II.**

**EL DERECHO DE ABOLORIO EN LA NUEVA LEY DE  
DERECHO CIVIL PATRIMONIAL**

**PONENTE:**

*D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona*  
PÁG. 75

**COPONENTES:**

*D. Manuel Domínguez Pérez*  
PÁG. 115

*D. Javier Mazana Puyol*  
PÁG. 123



## EL DERECHO DE ABOLORIO EN LA LEY DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL <sup>1,2</sup>

AURORA LÓPEZ AZCONA

Profesora de Derecho civil. Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** I. PRESENTACION. II. INTRODUCCION. III. HISTORIA LEGISLATIVA. IV. NOCION LEGAL. V. ESTATUTO APLICABLE. VI. NATURALEZA JURIDICA. VII. ESTRUCTURA. 1. Elementos personales. 1.1. Titulares del derecho. 1.1.1. Los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes. A) Parentesco colateral. B) Límite de parentesco entre el titular del derecho y el enajenante: El cuarto grado. C) Pertenencia a la línea familiar de procedencia de los bienes. 1.1.2. Los ascendientes, respecto de los bienes de abolorio que hayan donado al enajenante. 1.1.3. Los descendientes mayores de catorce años titulares de bienes de abolorio. 1.1.4. Naturaleza del parentesco. 1.1.5. Concurrencia de titulares. 1.2. Legitimado pasivo. 1.2.1. Legitimado pasivo en cada una de las fases del derecho de abolorio. 1.2.2. Presupuesto legal del derecho de abolorio en fase de retracto: enajenación a extraño o pariente más allá del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes.

---

<sup>1</sup> El texto que aquí se reproduce se corresponde con la ponencia expuesta en la sesión de 16 de noviembre de 2010 en el marco de los XX Encuentros del Foro de Derecho civil aragonés. No obstante, la ulterior aprobación de la Ley de Derecho Civil Patrimonial de 2 de diciembre de 2010 y del Código del Derecho Foral de Aragón de 22 de marzo de 2011 ha exigido una profunda revisión de dicha ponencia.

<sup>2</sup> Lista de abreviaturas utilizadas:

AAMN: Anales de la Academia Matritense del Notariado.

AFDUE: Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

AC: Actualidad Civil.

ADA: Anuario de Derecho Aragonés.

AUM: Anales de la Universidad de Murcia.

BCAZ: Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza.

BOA: Boletín Oficial de Aragón.

BOCA: Boletín Oficial de las Cortes de Aragón.

BJC: Boletín de Jurisprudencia Constitucional.

Cc: Código civil.

CDFA: Código del Derecho Foral de Aragón.

Comp.: Compilación.

coord.: coordinador.

2. Elementos objetivos. 2.1. Bienes objeto del derecho. 2.1.1. Bienes de abolorio. A) La naturaleza inmobiliaria de los bienes. B) La procedencia familiar y la permanencia en la familia. C) La necesaria ubicación de los bienes en Aragón. 2.1.2. Enajenación de cuota indivisa y enajenación de pluralidad de inmuebles. A) Enajenación de parte alícuota. B) Enajenación de pluralidad de inmuebles. 2.2. Enajenaciones originadoras. 3. Elementos formales. 3.1. Plazos de ejercicio. 3.1.1. Naturaleza jurídica de los plazos. 3.1.2. Plazo de ejercicio en fase de tanteo. 3.1.3. Plazos de ejercicio en fase de retracto. A) Plazo en caso de que haya notificación fehaciente de la enajenación. B) Plazo en defecto de notificación fehaciente de la enajenación. 3.1.4. Plazo máximo de caducidad. 3.2. El pago o consignación del precio. 3.3. Requisitos de admisibilidad de la demanda: La presentación de un principio de prueba documental del título en que se funde la demanda y la justificación de la consignación o garantía. VIII. EFECTOS. 1. Efectos comunes a todos los derechos de adquisición preferente. 1.1. Adquisición de la propiedad de los bienes de abolorio en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado. 1.2. Reembolsos definitivos a efectuar por el retrayente. 2. Efecto específico del derecho de abolorio: La prohibición de disponer del bien adquirido por derecho de abolorio. IX. LA RENUNCIA. X. COLISION CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE. XI. LA OPORTUNA SUPRESION DE LA FACULTAD MODERADORA

---

dtor.: director.

Ed.: Editorial.

ed.: edición.

JC: Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

idem: misma obra.

LDCP: Ley de Derecho Civil Patrimonial.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LH: Ley Hipotecaria.

Lsuc.: Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte.

p.: página.

p.e.: por ejemplo.

pp.: páginas.

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado.

RDN: Revista de Derecho Notarial.

RDP: Revista de Derecho Privado.

RGD: Revista General del Derecho.

RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

SJPI: Sentencia de Juzgado de Primera Instancia.

SS: Sentencias.

ss.: siguientes.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

*A M<sup>a</sup> Luisa Marín Padilla, compañera y ante todo amiga,  
cuyo recuerdo permanece imborrable.*

## **I.- PRESENTACION.**

Respetadas autoridades. Sras. y Sres.

Mis primeras palabras deben ser necesariamente de agradecimiento a los organizadores de la presente edición del Foro, por encargarme la ponencia sobre un tema muy querido para mí, como es el derecho de abolitorio.

Además, como es sabido, la elección del tema es muy oportuna, debido a la tramitación en estos momentos de un Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial en el que se renueva el régimen jurídico de la institución, lo que constituye un nuevo acicate para retomar su examen.

Dentro del capítulo de agradecimientos, es de justicia, por cierto, reconocer lo fácil que ha sido trabajar con los coponentes y coordinar nuestros esfuerzos dirigidos a lograr una explicación, lo más interesante posible, de este derecho familiar de adquisición preferente.

Dicho esto, me parece clarificador presentar el planteamiento que quienes me acompañan y yo misma vamos a seguir para desarrollar nuestra intervención.

En primer lugar, ofreceré una visión general de la institución, teniendo en cuenta el Proyecto de Ley y las vicisitudes de su tramitación parlamentaria hasta llegar a su aprobación definitiva. En concreto, procuraré resaltar las posibles novedades de que ha sido objeto su régimen jurídico, eso sí, con un planteamiento absolutamente respetuoso con la tarea desarrollada tanto por la Comisión Aragonesa de Derecho civil como por las Cortes de Aragón.

Acto seguido, los coponentes se encargarán de analizar dos importantes extremos del estatuto jurídico del derecho de abolorio objeto de modificación en la futura Ley. En concreto, Javier Mazana, Notario de Calatayud, se ocupará de examinar el elemento objetivo del derecho de abolorio y, más en concreto, la restricción de que han sido los bienes sobre los que recae el mismo. Por su parte, Manuel Domínguez, Registrador de la Propiedad de Boltaña, abordará uno los temas más polémicos como es el relativo a la conveniencia de mantener o (no) la facultad moderadora y su conexión con la finalidad del derecho.

## II.- INTRODUCCION.

El derecho de abolorio constituye uno de los derechos familiares de adquisición preferente que rigen en la actualidad en algunos Ordenamientos Jurídicos territoriales españoles. Ello contrasta con la situación normativa del Derecho civil estatal donde no es posible encontrar manifestaciones legales similares, ya que el retracto gentilicio castellano, como otros retractos, fue excluido del Código civil, de acuerdo con la ideología propia del movimiento codificador.

En los Derechos civiles territoriales donde se regula esta institución se utilizan diferentes denominaciones para su identificación: derecho de abolorio en Derecho aragonés, retracto gentilicio en Derecho navarro, saca foral en Derecho vizcaíno y derecho de tornería en Derecho catalán, aunque circunscrito territorialmente al Valle de Arán. Obviamente, entre estos derechos existen importantes diferencias de regulación, siendo la saca foral vizcaína la que presenta mayores peculiaridades tanto en orden a su mecanismo de actuación como a sus efectos. En cualquier caso, todos ellos obedecen a la misma finalidad, que radica en evitar la enajenación de determinados bienes a personas extrañas a la familia de donde proceden.

Ciertamente todos estos derechos han venido sufriendo una serie de críticas por quienes entienden que su reconocimiento atenta contra la facultad de disposición de los bienes y la libertad de tráfico inmobiliario. Tal valoración, sin dejar de ser cierta, no puede compartirse, pues las referidas opiniones se basan en planteamientos propios del liberalismo posiblemente ya superados. Frente a

los juicios negativos expuestos, y por lo que se refiere al Derecho aragonés, importa notar que el derecho de abolorio se ha caracterizado siempre como una institución protectora de la familia, vinculándose con el principio de troncalidad, en virtud del cual los bienes deben mantenerse en la línea familiar de donde proceden. Junto a ello, y como justificación adicional, cabe recordar que es la propia Constitución española la que impone la tutela de la familia en su art. 39.1, lo que bien puede amparar que el legislador module el derecho de propiedad y sus facultades integrantes sobre la base de intereses familiares.

### III.- HISTORIA LEGISLATIVA.

El derecho de abolorio es una institución estrechamente vinculada a la tradición jurídica aragonesa.

En efecto, su primera regulación se encuentra en el Fuero (extenso) de Jaca, donde se configura como un derecho de tanteo y retracto subsidiario a favor de los hermanos coherederos cuando, tras la disolución del consorcio foral, uno de ellos pretende vender o ya ha vendido la parte que le ha correspondido en la partición de la heredad familiar.

Con posterioridad se ocupa de la institución la Compilación de Huesca de 1247, donde, a mi entender y sin dejar de reconocer que la cuestión resulta discutible, deja de contemplarse exclusivamente como una preferencia adquisitiva de antiguos miembros del consorcio foral para convertirse en un derecho de tanteo y retracto que se reconoce a los parientes en general por la línea de procedencia de los bienes.

Durante el siglo XIX, el retracto gentilicio no se incorpora al Código civil, por lo que deja de regir en los territorios del llamado Derecho común. Por el contrario, los territorios con Derecho propio abogan por mantener sus preferencias adquisitivas familiares. Con todo, por lo que se refiere a Aragón ha de precisarse que en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 se propone la supresión del derecho de abolorio; y debe señalarse también que en la Memoria de Franco y López no se incluye entre las instituciones aragonesas a conservar excepcionalmente. No obstante, superado este primer momento inmediatamente anterior a la aprobación del Código civil, lo cierto es que el derecho de abolorio se incluirá en todos los Proyectos de Apéndice, así como en el propio Apéndice de Derecho foral de Aragón de 1925.

El mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho de abolorio se adopta en la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, si bien merece reseñarse que su tenor definitivo, fruto de la Comisión General de Codificación, se separa notablemente de la redacción que propuso la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, la cual destacaba por recoger con mayor acierto los perfiles propios de la institución<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre la historia legislativa del derecho de abolorio hasta la Compilación de 1967 vid. más ampliamente mi libro *El derecho de abolorio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, pp. 43-250.

La aprobación de la Constitución Española en 1978 supone el inicio de una nueva etapa en el proceso de renovación de los Derechos civiles territoriales, toda vez que en su art. 149.1.8<sup>a</sup> posibilita la asunción de competencias sobre «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

Al amparo de dicha competencia, las Cortes de Aragón en fechas muy recientes han adoptado una regulación completa del derecho de abolorio en virtud de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial<sup>4</sup>. La importancia de dicha Ley resulta indudable, ya que, tal y como puede leerse en su Preámbulo, con la misma «se cierra el ciclo de algo más de diez años que abrió la Ley de sucesiones por causa de muerte en 1999 y se culmina el entonces anunciado proceso de reformulación y actualización del Derecho civil aragonés». En lo que aquí interesa, la Ley, según declara expresamente su Preámbulo, ha optado por el mantenimiento del derecho de abolorio, ya que «responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección». Partiendo de esta premisa, ofrece una nueva regulación más detallada de la preferencia adquisitiva en sus arts. 54 a 64, presidida por el criterio «de mantener[la] con sus rasgos esenciales, tal como fueron fijados en la Compilación, y aclarar y completar aspectos debatidos o controvertibles, a fin de contribuir a una mayor seguridad jurídica» (Preámbulo LDGP). Hace poco más de un mes esta Ley ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho foral de Aragón aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar su Libro IV bajo el título *Derecho patrimonial*, sin variante alguna en cuanto ha su contenido. De ahí que las referencias normativas que se hacen en esta ponencia a la LDGP, hayan sido debidamente concordadas con sus correspondencias en el CDFA.

#### IV.- NOCION LEGAL.

La Ley de Derecho Civil Patrimonial introduce novedosamente una noción legal del derecho de abolorio, al objeto de clarificar de antemano la naturaleza del derecho y algunos de sus elementos constitutivos. Así, su art. 52 (art. 588 CDFA) lo define como «aquel derecho de adquisición preferente, ejercitable como tanteo y subsidiariamente como retracto, que la ley concede a determinados parientes de quien pretende enajenar o enajene bienes de abolorio a quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes»<sup>5</sup>.

Varios son los aspectos que merecen destacarse de este nuevo precepto:

1. La inclusión del abolorio en términos taxativos y concluyentes en la categoría de los derechos de adquisición preferente y, en concreto, en los de origen legal. Se prescinde así de la expresión equívoca que utilizaba el art. 149.1 Comp. («los parientes gozan del derecho de abolorio o de la saca de preferente adquisición y, a falta de ofrecimiento de venta, de retracto»).

<sup>4</sup> La Ley de Derecho Civil Patrimonial ha sido publicada en el BOA, núm. 248, de 22 diciembre 2010.

<sup>5</sup> Interesa notar que el texto definitivamente aprobado se corresponde íntegramente con el del Proyecto de Ley (art. 54), sin que haya sido objeto de enmienda alguna durante su tramitación parlamentaria.

2. La configuración explícita del derecho de abolorio como un derecho susceptible de ejercicio en fase de tanteo y, subsidiariamente, de retracto. Se pone fin de este modo a la ambigüedad con que se expresaba la Compilación sobre esta cuestión. En efecto, la lectura del art. 149.1 Comp. podía originar cierta confusión, ya que parecía referirse a dos derechos distintos: de un lado, el «derecho de abolorio o de la saca de preferente adquisición» y, de otro, el «derecho de retracto». Con todo, en los artículos siguientes se regulaba con mayor acierto del derecho de abolorio como un único derecho, siendo destacable que el art. 150, referente al modo de ejercicio, contemplase la posibilidad de ejercitarlo antes y después de la enajenación, aunque sin aludir expresamente al tanteo.

3. Por último, en orden a la legitimación pasiva, el art. 52 LDCP adopta la solución de la Compilación de reconocer el derecho de abolorio no sólo frente a extraños sino también frente a los parientes del enajenante en grado posterior al fijado como límite para ser titular del mismo. Ahora bien, modifica la fórmula legal empleada por la Compilación en aras de una mayor claridad, poniendo así fin a los problemas interpretativos que planteaba aquella. En efecto, si el art. 149.1 Comp. utilizaba una fórmula de gran amplitud («extraño o pariente más allá del cuarto grado»), el art. 52 LDCP emplea la siguiente expresión, mucho más precisa: «quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes», como tendremos oportunidad de analizar más detenidamente al referirnos al legitimado pasivo.

## V.- ESTATUTO APLICABLE.

Asimismo, es de destacar que la nueva Ley haya delimitado el ámbito de aplicación del derecho de abolorio, cuestión ésta no contemplada en la anterior regulación, lo que generó no poca confusión en la práctica<sup>6</sup>. En concreto, la Ley

<sup>6</sup> En efecto, hasta el momento presente, en defecto de previsión normativa sobre el particular, han sido muy diversas las soluciones adoptadas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

De este modo, y por lo que se refiere a la jurisprudencia, es posible identificar una primera línea jurisprudencial que se pronuncia a favor de la aplicabilidad del estatuto territorial, representada fundamentalmente por la STS de 4 diciembre 1912 que, haciendo caso omiso a la circunstancia -alegada por los recurrentes- de que el vendedor hubiese perdido la vecindad civil aragonesa para adquirir, en su lugar, la vecindad civil común por residencia, concedió la pretensión de abolorio formulada por la parte actora. También acude al estatuto real la SAT de Zaragoza de 7 diciembre 1909 para declarar la sujeción al Derecho civil aragonés del supuesto enjuiciado.

Una segunda orientación jurisprudencial estaba representada por aquellas sentencias que, en cambio, consideran aplicable al derecho de abolorio el estatuto personal, exigiendo la vecindad civil aragonesa del ejercitante y, en su caso, del enajenante. En esta línea jurisprudencial se incardina la SAT de Zaragoza de 12 febrero 1912 -anulada, no obstante, por la precitada STS de 4 diciembre 1912- que denegó un derecho de abolorio en atención a la circunstancia de que el vendedor del inmueble litigioso no tuviese la vecindad civil aragonesa, por entender que «el retracto gentilicio en Aragón tiene su exclusivo fundamento en las relaciones de familia», por lo que no puede afectar a personas que no se encuentran sujetas al Derecho aragonés. Asimismo, aplicó el estatuto personal la SAT de Zaragoza de 23 enero 1967 para rechazar la pretensión de abolorio ejercitada frente a la venta de inmuebles ubicados en Aragón por una pariente del vendedor que había perdido la vecindad civil aragonesa por haber adquirido la vecindad civil catalana por residencia continuada durante más de diez años en Cataluña sin manifestar su intención de conservar la vecindad aragonesa. Por último, también se sitúa dentro de la precitada orientación jurisprudencial la SJPI de Ejea de los Caballeros de 10 marzo 1976 que conoció de una pretensión de abolorio formulada respecto a inmuebles ubicados en Aragón por una persona que, aragonesa de nacimiento, había adquirido la vecindad catalana por residencia continuada en Cataluña por un periodo temporal superior a diez años sin declaración en contrario, con la consiguiente pérdida de la vecindad aragonesa. El Juzgado aplicó el estatuto personal, en atención a la naturaleza familiar del derecho, por lo que denegó el derecho de abolorio. Con todo, no puede afirmarse que la sentencia prescindiese estatuto territorial, ya que no sólo se da la circunstancia fáctica de la ubicación de las fincas en Aragón, sino que, además, el propio juzgador incorporó como argumento adicional para desestimar la

de Derecho Civil Patrimonial ha optado por el estatuto territorial, que exige la ubicación en Aragón de los inmuebles de abolorio (art. 53.1, actual art. 589.1 CDFa). No requiere, sin embargo, la vecindad civil aragonesa a los titulares del derecho -ni, en general, a ninguno de los sujetos implicados-, en cuanto que en su art. 54.1 (art. 590.1 CDFa) lo reconoce a ciertos parientes del enajenante, «cualquiera que sea su vecindad civil».

## VI.- NATURALEZA JURÍDICA.

Como ya se ha indicado, la naturaleza jurídica del derecho de abolorio viene especificada en la propia Ley de Derecho Civil Patrimonial. Así, su art. 52 (art. 588 CDFa) incluye el derecho de abolorio en los derechos de adquisición preferente y, más concretamente, en los de origen legal.

A partir de la inclusión del derecho de abolorio en la categoría genérica de los derechos de adquisición preferente, la Ley lo configura, al igual que la Compilación, como un derecho con dos posibles fase de ejercicio que, en principio, se articulan de modo subsidiario: el tanteo y el retracto, en función de que la enajenación de los bienes haya sido (o no) efectuada.

Así, el derecho de abolorio es ejercitable como tanteo cuando el dueño notifique fehacientemente a sus parientes su intención de enajenar a un tercero uno o varios bienes de abolorio -o cuotas indivisas de los mismos-, así como las condiciones esenciales de la enajenación proyectada. Según resulta del art. 58.2 LDCP (art. 594.2 CDFa), tal notificación no se trata de un mero aviso del propósito de enajenar a un tercero, sino que se configura como una verdadera oferta de carácter vinculante y, por ende, irrevocable durante el plazo que tienen los parientes notificados para ejercitar el tanteo.

En cambio, en fase de retracto, el derecho, en principio, sólo es susceptible de ejercicio subsidiario, esto es, en caso de vulneración del tanteo, lo que sucederá, de acuerdo con el art. 58.2 y 4 LDCP (art. 594.2 y 4 CDFa), en los supuestos que se enuncian a continuación<sup>7</sup>:

1º) cuando una vez efectuada la notificación previa a los parientes, el dueño proceda a la enajenación de los bienes de abolorio sin que haya transcurrido el

---

demandado la ausencia de prueba del origen familiar de los inmuebles retraídos.

La misma disparidad de criterios era apreciable en la doctrina, pudiéndose encuadrar las diversas opiniones existentes en tres órdenes diferentes. Los dos primeros vienen representados por aquellos autores partidarios bien del estatuto real (M. ISÁBAL BADA, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVII, voz «retracto gentilicio», cit., p. 545; y R. BADENES GASSET, *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto, opción)*, Ed Bosch, Barcelona, 1958, p. 115), bien del estatuto personal circunscrito a los titulares del derecho (L. VIDAL TOLOSANA, «Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas», *SSDA*, Jaca, 1943, p. 244; y R. SAINZ DE VARANDA, «El retracto gentilicio», *ADA*, t. III, 1946, p. 297). Una tercera orientación trata de aunar las dos anteriores, exigiendo la concurrencia del estatuto real y personal. Tal es la tesis ecléctica o acumulativa de J.M. DE LASALA SAMPER, «Retracto de abolorio y Derecho interregional», *BCAZ*, 1968, pp. 22-24; e, igualmente, la propuesta de estatuto familiar de J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980, pp. 134-142, quienes estimaban necesaria tanto la ubicación de los inmuebles en territorio foral como la vecindad civil aragonesa ya no sólo de los titulares del derecho, sino también del enajenante e, incluso, de los anteriores titulares de los bienes.

<sup>7</sup> El art. 58.4 LDCP debe su redacción definitiva a una enmienda (la núm 39) del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, al objeto de «reflejar de forma expresa todos los supuestos en que debería poder tener lugar el retracto, que no son sólo los casos de falta de notificación» a los que se refería únicamente el Proyecto de Ley (art. 60.3). Las enmiendas presentadas al Proyecto de ley de Derecho civil Patrimonial pueden consultarse en el BOCA, núm. 214, de 13 de abril de 2010.

plazo del tanteo. En este supuesto aquellos ya no podrán ejercitarlo como tanteo, ya que la propiedad del bien se ha transmitido a un tercero, sino como retracto en los plazos previstos legalmente para esta fase de ejercicio, esto es, treinta o noventa días, en función de que hayan sido (o no) notificados fehacientemente de la enajenación efectuada. En cualquier caso, entiendo que los parientes adquirirán el bien o bienes de abolorio en las condiciones notificadas con carácter previo, con independencia de que el dueño los haya enajenado a un tercero en condiciones distintas.

2º) cuando el dueño enajene a un tercero sin haber notificado previamente a sus parientes su intención de enajenar;

3º) cuando la notificación del propósito de enajenar sea incompleta -o carezca de *fehaciencia*-;

4º) cuando la enajenación se efectúe en condiciones diferentes a las notificadas;

Por contra, si los parientes fueron notificados previamente de la enajenación proyectada y dejaron transcurrir el plazo del tanteo sin ejercitarlo, de efectuarse la enajenación en el año siguiente a la notificación previa en las mismas condiciones que las notificadas, aquellos no podrán ejercitar el retracto, porque en tal caso no ha habido vulneración del tanteo, sino renuncia al mismo que conlleva la renuncia al retracto. En cambio, si la enajenación se lleva a cabo pasado un año desde la notificación previa, podrá ejercitarse el retracto, aunque propiamente no haya habido vulneración del tanteo. Y es que, como se analizará más detenidamente en el epígrafe dedicado a los elementos formales, el art. 58.3 LDCP (art. 594.3 CDFA) ha limitado la eficacia de la notificación previa al plazo de un año.

## VII.- ESTRUCTURA.

### 1. Elementos personales

#### 1.1. Titulares del derecho

##### 1.1.1. Los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes

En orden a los titulares del derecho, la Ley de Derecho Civil Patrimonial (art. 54.1, actual art. 590.1 CDFA) ha mantenido la previsión del art. 149.1 Comp., según la cual eran titulares del derecho de abolorio los parientes colaterales del enajenante hasta cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes, no sin importantes modificaciones, como se verá a continuación.

De esta fórmula legal que reproduce la nueva Ley se derivan las siguientes notas caracterizadoras:

#### A) PARENTESCO COLATERAL

El parentesco ha de ser, en principio, colateral. Ello implica la exclusión de los parientes en línea recta, cuestión que ha sido tradicionalmente muy debatida.

En efecto, esta polémica puede calificarse de histórica ya que trae causa de los términos no suficientemente precisos en que se expresaban los Fueros y Observancias, lo que provocó la falta de un criterio unánime en la doctrina tanto forista como foralista, con autores partidarios de restringir la legitimación activa al parentesco en línea colateral y otros, favorables de incluir el parentesco en línea recta y, en concreto, la línea descendente<sup>8</sup>. Los autores omitieron, sin embargo, cualquier referencia a la línea recta ascendente, lo que parece coherente con las reglas de la sucesión intestada -cuya aplicación al derecho de abolorio se venía predicando tradicionalmente por la doctrina<sup>9</sup>-, que excluían, como regla, a los ascendientes entre los llamados a suceder. En cualquier caso, y aunque la cuestión resulte discutible, creo que puede afirmarse que en el Fuero (extenso) de Jaca sólo ostentaron legitimación activa los parientes colaterales y, en concreto, los hermanos y descendientes de hermanos, en cuanto antiguos miembros del consorcio foral y sólo en un momento posterior la Compilación de Huesca -fuero 5º *De communi dividundo*- extendió la referida titularidad a los parientes en general, sin distinción entre la línea recta y colateral. No obstante lo anterior, las diferentes versiones de los Fueros de Aragón mantuvieron la doble regulación del derecho de abolorio y, por ende, un doble sistema de legitimación activa<sup>10</sup>.

Posteriormente, tanto en los trabajos preparatorios del Apéndice de Derecho foral de Aragón de 1925, como en los de la Compilación de 1967 el tratamiento legal que merecen los parientes en línea recta distó de ser una cuestión pacífica, si se atiende a la variedad de fórmulas adoptadas por los diferentes proyectos de Apéndice y anteproyectos de la Compilación hasta llegar a la fórmula definitivamente aprobada en uno y otro texto, que restringe el derecho a los parientes colaterales del enajenante<sup>11</sup>. En cualquier caso, la toma de postura tanto del Apéndice como posteriormente de la Compilación a favor exclusivamente de los parientes de la línea colateral no solventó la controversia en este punto. Así, la doctrina mayoritaria se mostró favorable a dar cabida a los descendientes por considerar su exclusión injusta<sup>12</sup>, aunque tampoco faltaron opiniones contrarias a su legitimación, apelando

8 Sobre esta polémica doctrinal vid. más ampliamente mi monografía *El derecho de abolorio*, cit., pp. 304-316.

9 Sirvan de ejemplo las siguientes afirmaciones que se transcriben a continuación. J.I. DE BARDAXÍ, *Commentarii in quator Aragonensium Fororum libros*, Caesaraugustae, Laurentium Robles Regni Aragonum & Universitatis Typographum, 1592, comentario al fuero 4º *De communi dividundo*, f. 370 v.: «ita quod successio in hoc retractu regulatur secundum successionem ab intestato». J. SESSÉ, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum*, et Curiae Domini Justitiae Aragonum causarum civilium et criminalium t. I, Caesaraugustae, apud Ioannem à Lanaja & Quartanet, 1615, decisión XLIII, núm 22, p. 317: «...retractus regulatur secundum successionem ab intestato»; y D. FRANCO DE VILLALBA, *Fororum atque Observantiarum Aragoniae Code sive innotata methodica compilatio iure civile fulcita legibus Castellae conciliata et omnigena eruditione contexta*, Caesaraugustae, Tipographia haeredum Joannis Malo, 1743, t. I, p. 360: «Beneficium istud de la Saca vel retractus Vicem Successionis obtinet».

10 La argumentación en que sustento esta tesis puede consultarse en mi obra *El derecho de abolorio*, cit., pp. 298-303.

11 Sobre esta cuestión vid. más ampliamente mi libro *El derecho de abolorio*, cit. pp. 347-350.

12 Bajo la vigencia del Apéndice de 1925: M. VITORIA GARCÉS, «Dos cuestiones sobre el retracto de abolorio», *Primera Semana de Derecho Aragonés (Jaca 1942)*, Universidad de Zaragoza, pp. 93-94; P. DE LA FUENTE PERTEGAZ, «Concurrencia y prelación de retractos», *idem*, p. 85; L. MARTIN-BALLESTERO COSTEA, *La Casa en el Derecho aragonés*, CSIC, Zaragoza, 1944, p. 123; y R. SAINZ DE VARANDA, «El retracto...», cit., p. 262. Bajo la vigencia de la Compilación de 1967: J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., pp. 52-53; F. SANCHO REBULLIDA, «Ponencia sobre Derecho de bienes y Derecho de obligaciones», en las *Actas de las Jornadas de Derecho aragonés*, Zaragoza, 18-20 diciembre de 1969 publicadas en el ADA, t. XIV, 1968-1969, p. 560; y S. SERENA PUIG, «El derecho de abolorio», en *Actas de los Octavos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 139.

a la necesidad de una exégesis restrictiva y al propósito de evitar fraudes<sup>13</sup>. También hubo autores partidarios de extender la legitimación igualmente a los ascendientes<sup>14</sup>.

Esta polémica se ha reproducido, de nuevo, en la tramitación del Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial, para finalmente dar entrada a los parientes en línea recta, tanto descendientes como ascendientes, aunque de modo muy restringido, como veremos más adelante.

#### B) LÍMITE DE PARENTESCO ENTRE EL TITULAR DEL DERECHO Y EL ENAJENANTE: EL CUARTO GRADO

Por lo que se refiere al límite de parentesco entre el pariente colateral y el enajenante, el art. 54.1 LDGP (art. 590.1 CDFR) mantiene el previsto en la Compilación (art. 149.1), esto es, el cuarto grado, límite que, por lo demás, coincide con el previsto para la sucesión de los colaterales en los bienes troncales simples (art. 213 Lsuc., actual art. 526 CDFR).

Tal previsión, sin duda, merece una valoración positiva por razones de seguridad jurídica. Con todo, habida cuenta del modelo de familia hoy imperante -muy alejado de la familia troncal-, y en coherencia con la limitada legitimación de los parientes en línea recta, quizá hubiese sido oportuna una mayor reducción del círculo de sujetos legitimados, restringiendo el límite de parentesco al tercer grado, en cuyo caso sólo podrían ejercitar el derecho de abolorio los hermanos, tíos y sobrinos del enajenante.

#### C) PERTENENCIA A LA LÍNEA FAMILIAR DE PROCEDENCIA DE LOS BIENES

En tercer lugar, el art. 54.1 LDGP (art. 590.1 CDFR) exige la pertenencia de los parientes colaterales a la línea de procedencia de los bienes, requisito que constituye una constante histórica en el Derecho aragonés, al igual que en los restantes Ordenamientos donde se contemplan derechos similares<sup>15</sup>. Ello se explica en atención a la finalidad perseguida por estos derechos de adquisición preferente, que no es otra que la de mantener los bienes en la familia de origen, entendiendo por tal los parientes pertenecientes a la misma línea parental.

##### **1.1.2. Los ascendientes, respecto de los bienes de abolorio que hayan donado al enajenante**

Junto a los colaterales hasta el cuarto grado la Ley de Derecho Civil Patrimonial (art. 54.1 actual art. 590.1 CDFR) extiende el derecho de abolorio a los ascendientes del enajenante, si bien de modo muy limitado, toda vez

<sup>13</sup> Bajo la vigencia del Apéndice de 1925: L. VIDAL TOLOSANA, «Retracto gentilicio...», cit., p. 244. Bajo la vigencia de la Compilación de 1967: J. LORENTE SANZ, en las *Actas de las Jornadas de Derecho aragonés*, Zaragoza, 18-20 diciembre de 1969, cit., pp. 561; y J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *Colisión entre derechos de adquisición preferente*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, p. 107.

<sup>14</sup> Bajo la vigencia del Apéndice de 1925: L. MARTÍN-BALLESTERO COSTEA, *La Casa...*, cit., p. 123. Bajo la vigencia de la Compilación de 1967: J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., p. 47; y S. SERENA PUIG, «El derecho...», cit., p. 139.

<sup>15</sup> Según resulta del estudio de las fuentes históricas, tal y como puede constatarse en mi libro *El derecho de abolorio*, cit., pp. 325-335.

que, por aplicación de la regla del recobro de liberalidades, únicamente les faculta para ejercitar el derecho de abolorio respecto del bien o bienes de abolorio que hayan donado al enajenante, cuando éste pretenda enajenarlos o ya los haya enajenado<sup>16</sup>, opción esta que ya se había barajado en los textos preparatorios de la Compilación, si bien finalmente no llegó a prosperar.

### **1.1.3. Los descendientes mayores de 14 años titulares de bienes de abolorio**

La cuestión concerniente a la legitimación (o no) de los descendientes ha sido una de las más controvertidas durante la elaboración de la Ley de Derecho Civil Patrimonial. En efecto, inicialmente preteridos en el Proyecto de Ley, durante su tramitación parlamentaria el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista presentó una enmienda (la núm. 31) favorable a su inclusión sin restricción alguna.

Esta enmienda ha sido finalmente aprobada en fase de Ponencia, si bien con importantes limitaciones. Así, los descendientes del enajenante han sido incorporados a los titulares el derecho, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) que sean mayores de catorce años, requisito con el que parece se pretende evitar fraudes de ley en la representación de los hijos por los progenitores en el ejercicio de este derecho, pero cuya adecuación al principio de igualdad puede cuestionarse, al no existir una restricción similar para los restantes titulares.

b) que sean titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia a la de los bienes enajenados, limitación que, igualmente, resulta cuestionable, al no afectar a los demás titulares del derecho.

### **1.1.4. Naturaleza del parentesco**

En orden a la naturaleza del parentesco, resulta claro, sin necesidad de mención legal expresa, que sólo el parentesco consanguíneo legitima el ejercicio del derecho de abolorio, de acuerdo con la propia finalidad del derecho que no es otra que la conservación de los inmuebles en su familia de origen. Por tanto, quedan excluidos del ejercicio del derecho los parientes afines del enajenante y, en particular, su cónyuge.

Por añadidura, a los efectos del derecho de abolorio resulta indiferente la naturaleza matrimonial o no matrimonial, biológica o adoptiva del parentesco, en atención al principio de igualdad de las filiaciones que rige en nuestro país desde la Constitución española de 1978 y que se ha recogido expresamente en Derecho aragonés en virtud del art. 53 de la Ley de Derecho de la Persona (art. 56 CDFA).

### **1.1.5. Concurrencia de titulares**

Puede suceder que dos o más parientes concurren en el ejercicio del derecho de abolorio frente a una misma enajenación, planteándose el problema de a quien de ellos corresponde el bien o bienes enajenados.

<sup>16</sup> De acuerdo con la fórmula propuesta por el Proyecto de Ley, que se ha mantenido inalterada durante su tramitación parlamentaria.

Tal concurrencia de titulares se resuelve en la nueva Ley (art. 54.2, actual art. 590.2 CDFA) de modo más sencillo que en la Compilación<sup>17</sup>, toda vez que se prescinde del orden previsto para la sucesión troncal en los num. 1º y 3º del art. 211 Lsuc. (art. 526 CDFA) al que acudía aquella y que planteaba numerosos problemas interpretativos<sup>18</sup>, para fijar unos criterios propios exclusivamente aplicables al derecho de abolorio.

En concreto, de la lectura del art. 54.2 LDGP (art. 590.2 CDFA) resulta, en primer lugar, la preferencia de los descendientes frente a cualquier otro titular del derecho de abolorio. Planteándose la colisión entre varios parientes de la línea recta descendente, habrá de resolverse acudiendo al criterio de proximidad de parentesco con el enajenante.

En segundo lugar, en defecto de descendientes y únicamente respecto de aquellos bienes de abolorio que hayan sido donados al enajenante por un ascendiente o hermano, será preferido el donante; criterio éste ya barajado en los trabajos preparatorios de la Compilación de 1967, si bien no llegó a prosperar en el texto definitivo. Ahora bien, para que entre en juego esta regla entiendo que el ascendiente o hermano habrá de pertenecer a la línea de procedencia de los bienes, habida cuenta del concepto de bienes de abolorio que ofrece el art. 53 LDGP. (art. 589 CDFA) Además, resulta obvio que en caso de que el ascendiente o hermano perteneciese a línea distinta, éstos habrían salido de la familia en el momento en que los adquirió aquél.

El tercer lugar en este orden jerárquico corresponde al pariente colateral más próximo del enajenante por la línea de procedencia de los bienes. Se acude así al criterio de la proximidad de parentesco, siguiendo la pauta del Derecho histórico<sup>19</sup>.

Finalmente, en caso de concurrir en el ejercicio del derecho parientes de igual grado, se otorga prioridad al primero que lo ejercite; esto es, se opta como criterio de cierre por el de prioridad en el ejercicio, ya presente en el Apéndice de 1925, de donde pasó a la Compilación de 1967<sup>20</sup>.

17 Interesa notar que el orden inicialmente previsto en el Proyecto de Ley (art. 56.2) se ha visto alterado durante su tramitación parlamentaria, al haber prosperado en fase de Ponencia la propuesta del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista favorable no sólo a extender el derecho de abolorio a los descendientes (enmienda 31), sino a reconocerles prioridad absoluta en caso de concurrencia con cualquier otro titular (enmienda núm. 33).

Adicionalmente, este mismo Grupo Parlamentario propuso, para el caso de concurrencia de titulares en la enajenación de cuota indivisa, atribuir preferencia al pariente que tuviese la condición de comunero. Se trata de la enmienda 34 que no llegó a prosperar, aunque personalmente la considero muy razonable, en cuanto guardaba coherencia con la prioridad atribuida por el art. 62 LDGP (art. 598 CDFA) al retracto de comuneros sobre el derecho de abolorio.

18 Esta cuestión, no exenta de complejidad, puede consultarse en mi libro *El derecho de abolorio*, cit., pp. 409.

19 En concreto, es J. PORTOLÉS, *Scholia sive Adnotationes ad repertorium Micaelis Molini super Foris et Observanties Regni Aragonum*, Caesaraugustae, ex officina Laurentium & Didaci Robles fratrum, 1587, voz consanguineus, p. 387, quien asienta este criterio que será acogido unánimemente por la doctrina posterior hasta la derogación del Cuerpo de Fueros y Observancias, así como por el Apéndice de 1925.

20 Personalmente considero que hubiese resultado oportuno matizar tal criterio en el sentido de exigir que el ejercicio fuese judicial. Y es que conviene tener en cuenta que existe una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual la concurrencia entre retrayentes debe resolverse ante los órganos judiciales y que, por añadidura, el Alto Tribunal no reconoce eficacia al ejercicio extrajudicial si no media el consentimiento del legitimado pasivo. Un análisis crítico de esta jurisprudencia puede consultarse en mi libro *El derecho de abolorio*, cit., pp. 785-790.

## 1.2. Legitimado pasivo

### 1.2.1. Legitimado pasivo en cada una de las fases del derecho de abolorio

Desde el momento en que la nueva regulación (art. 52 LDCP, actual art. 588 CDFA) mantiene el criterio de la Compilación de configurar el derecho de abolorio como un derecho de adquisición preferente ejercitable como tanteo y retracto, su titular habrá de dirigirse contra el dueño actual de los bienes, siendo, por tanto, decisivo el momento de su ejercicio. Así, si se ejercita como tanteo el legitimado pasivo será el pariente dueño del bien o bienes de abolorio cuya enajenación pretende.

En cambio, en fase de retracto habrá de intentarse contra el adquirente -o, si ha fallecido, contra su sucesor-, resultando indiferente a tales efectos que éste haya inscrito (o no) su título en el Registro de la Propiedad, ya que propiamente no es un tercero respecto de la incidencia del retracto<sup>21</sup>.

No obstante, puede suceder que dentro de los plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto, el adquirente inicial enajene el bien o bienes adquiridos a un tercero y así sucesivamente, surgiendo de este modo uno o varios subadquirentes contra los cuales también podrá hacerse efectivo el derecho de abolorio, aun cuando reúnan la condición de terceros hipotecarios, en atención a lo dispuesto en el art. 37.3 LH. Es más, en tal caso y de ejercitarse judicialmente el derecho de abolorio, de acuerdo con la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de retractos legales, deben demandarse conjuntamente al primer y posteriores adquirentes, siempre que el demandante tenga conocimiento de su existencia ya sea en el momento de la presentación de la demanda o durante el periodo expositivo del juicio, originándose así un litisconsorcio pasivo necesario<sup>22</sup>.

Por contra, no resulta necesario retraer contra el enajenante, ya que frente a él queda subsistente el contrato inicial, si bien subrogándose el retrayente en la posición del comprador. Ello no obsta para que éste pueda intervenir en el proceso de retracto, ya sea por propia iniciativa, siempre que tenga un interés serio y legítimo en el resultado del pleito (art. 13 LEC) o a solicitud

21 Como advierten atinadamente R.M<sup>a</sup>. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 8<sup>a</sup> ed., 1995, t. III, pp. 533-536, el primer adquirente afectado directamente por la actitud enervante del retracto legal es un sujeto que no preocupa a la Ley Hipotecaria, debido a que propiamente no es tercero respecto de la incidencia retractual, pues el debía saber que la ley amenazaba con destruir su adquisición. En términos similares se expresa F.A. RODRÍGUEZ MORATA, *El derecho de Tanteo y Retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2<sup>a</sup> ed., 2001, p. 182.

22 Vid. p.e. la STS de 20 junio 1980 (RJ 1980/3079, retracto de colindantes) y la STS 24 mayo 1986 (RJ 1986/2821, retracto de comuneros). Las razones esgrimidas por el Tribunal Supremo para justificar tal exigencia son diferentes en función del sujeto implicado. Así, en cuanto al primer adquirente, se fija en que la transmisión verificada a su favor es la que genera el retracto; respecto del último adquirente, atiende a la circunstancia de que se encuentra en posesión del bien litigioso; y, finalmente, en lo que se refiere a los adquirentes intermedios, se basa en la imposibilidad de dejar sin efecto dichas transmisiones sin la concurrencia en el juicio de los afectados. Esta exigencia, por lo demás, ha sido asumida por buena parte de la doctrina, tanto procesalista (p.e. M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho procesal civil*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 491; y A. DE LA OLIVA y M.A. FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. IV, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 222) como civilista (p.e. M. LÓPEZ ALARCÓN, «El derecho de preferencia», *AUM (Derecho)*, vol. XVIII, 1959-1960, p. 238; R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto gentilicio*, Ed. Montecorvo, Madrid, pp. 378-385 y 467; D. BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 215-220; Á. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de prelazione y retratto en Italia», *RCDI*, 1998, p. 890; y M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, 9<sup>a</sup> ed. revisada por José Manuel GÓNZALEZ PORRAS, J.M. Bosch Ed., Barcelona, 2002, p. 813, nota 11).

del demandado (art. 14 LEC), originándose una situación de litisconsorcio pasivo voluntario<sup>23</sup>.

### 1.2.2. Presupuesto legal del derecho de abolorio en fase de retracto: Enajenación a extraño o pariente más allá del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes

En caso de que el derecho de abolorio se ejercite en fase de retracto, el art. 52 LDCP (art. 588 CDFA), de modo similar al art. 149.1 Comp., supe-dita la prosperabilidad del mismo a que la enajenación se haya verificado a favor de «quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes».

Obviamente, en caso de transmisiones sucesivas, esta condición sólo debe predicarse respecto del primer adquirente, resultando indiferente la condición de los adquirentes posteriores, ya que los presupuestos del derecho solo han de exigirse respecto de la primera transmisión que es la que lo origina<sup>24</sup>.

En cualquier caso, de acuerdo con la fórmula legal transcrita, el derecho de abolorio podrá prosperar cuando el adquirente sea:

1º. Un extraño o persona no unida por vínculo de parentesco a la familia de donde provienen los bienes.

Lógicamente, los parientes afines del enajenante, en cuanto son considerados extraños a los efectos del derecho de abolorio han de ser incluidos en el círculo de los legitimados pasivos. A este respecto, los órganos judiciales se han pronunciado acerca de la procedencia del derecho de abolorio en las ventas de bienes de abolorio de un cónyuge al otro ajeno a la familia de procedencia de los bienes<sup>25</sup>.

2º Un pariente del enajenante de la línea distinta a aquella de donde proceden los bienes, lo que se justifica por la conexión existente entre la institución analizada y el principio de troncalidad.

3ª Un pariente en línea recta o colateral del enajenante de la misma línea de donde proceden los bienes en quinto o posterior grado.

A la inversa, el derecho de abolorio no será viable frente al adquirente de los bienes de abolorio, que sea pariente en línea recta o colateral del enajenante dentro del cuarto grado por la línea de los bienes; y ello aun en el supuesto de que el retrayente sea pariente del enajenante en grado más próximo<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Como así se pone de relieve en SJPI núm. uno de Jaca de 14 diciembre 2004.

<sup>24</sup> Del mismo parecer es R. BARBER CARCAMO, en *Comentarios al Fuero Nuevo o Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, dtor. E. Rubio Torrano y coord. Mª.L. Arcos Vieira, Gobierno de Navarra-Aranzadi, Pamplona, t. XXXVIII, vol. 1º, p. 765.

<sup>25</sup> SAP de Huesca de 14 enero 1991 y SJPI núm. dos de Teruel de 18 mayo 1991.

<sup>26</sup> Solución ésta que ya se adoptó en el Apéndice de 1925 (art. 76), de donde pasó a la Compilación de 1967. Adviértase, sin embargo, que, según se hace constar en mi monografía *El derecho de abolorio*, cit., pp. 423-432, durante la vigencia de los Fueros y Observancias fue unánime el criterio doctrinal y jurisprudencial favorable a privilegiar al retrayente que acreditarse un parentesco más cercano al enajenante que el adquirente.

## 2. Elementos objetivos

### 2.1. Bienes objeto del derecho

#### 2.1.1. Bienes de abolorio

En orden a los bienes objeto del derecho, que no son otros que los bienes de abolorio, la Ley de Derecho Civil Patrimonial (art. 53, actual art. 589 CDFA) mantiene la fórmula de la Compilación (art. 149.1) si bien con importantes novedades. La primera, y, sin duda, más relevante, radica en la exclusión de los inmuebles que no sean de naturaleza rústica, excepción hecha de los edificios o parte de ellos. En segundo lugar, se clarifica la expresión legal «permanencia en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del enajenante», en consonancia con la definición que ofrece el art. 212 Lsuc (art. 527 CDFA). de los bienes troncales de abolorio a los efectos de la sucesión troncal. Por último, se precisa que los inmuebles han de estar situados en Aragón.

En concreto, el art. 53 LDCP (art. 589 CDFA) dispone lo siguiente:

«A los efectos de este título son bienes de abolorio los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios o parte de ellos, siempre que estén situados en Aragón y hayan permanecido como tales en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del enajenante, cualquiera que sea su procedencia y modo de adquisición inmediatos»<sup>27</sup>.

Tres son, por tanto, los elementos que delimitan la condición de los bienes de abolorio: su naturaleza inmobiliaria, la procedencia familiar y permanencia en la familia; y la necesaria ubicación en Aragón.

#### A) LA NATURALEZA INMOBILIARIA DE LOS BIENES

En primer lugar, se exige, en línea con el Derecho histórico<sup>28</sup>, que se trate de bienes inmuebles, lo que se encuentra plenamente justificado, ya que tales bienes en la actualidad continúan poseyendo las notas de afección e identificabilidad familiar que requiere el objeto de la institución.

Ahora bien, mientras de la fórmula legal que empleaba el art. 149.1 Comp. resultaba que podían ser objeto del derecho de abolorio todos los inmuebles, cualquiera que fuese su naturaleza rústica o urbana, la Ley de Derecho Civil Patrimonial ha optado por restringirlo, sin duda tratando de

<sup>27</sup> Interesa notar que el texto definitivamente aprobado se corresponde íntegramente con el del Proyecto de Ley (art. 55), ya que, aunque éste fue objeto de varias enmiendas por diferentes Grupos Parlamentarios (enmienda núm. 27 del Grupo Parlamentario Popular, enmiendas núm. 28 y 29 del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, y enmienda núm. 30 del Grupo Parlamentario Mixto), ninguna llegó a ser aprobada.

<sup>28</sup> De *haereditas* hablaban los fueros 4º y 5º *De communi dividendo*, así como las obs. 8º *De consortibus eisdem rei* y 21 *De generalibus privilegiis totius regni Aragonum* de la Colección oficial, término cuyo significado fue objeto de concreción por los foristas del siglo XVI, en el sentido de circunscribir el objeto del derecho a los inmuebles (el primero, M. DE MOLINO, *Repertorium et Observantiarum Regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonum practis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, 3ª ed., Caesaraugustae, ex officina Dominici a Portonariis S.C.R.M. Regni Aragoniae, 1585, voz *avolorium*, f. 45 r.), sin perjuicio de que algún autor lo extendiese singularmente a ciertos bienes muebles (J. PORTOLÉS, *Scholia...*, cit., voz *avolorium*, p. 268). Posteriormente, en el Fuero de 1678 *Que tenga lugar el beneficio de la saca en las vendiciones hechas en Corte* se substituyó el término *heredad* por el de *bienes sitios*. Por su parte, el Apéndice de 1925 (art. 76) empleaba indistintamente los términos *bienes raíces y finca* para referirse al objeto del derecho de abolorio. Y por último, la Compilación de 1967 (art. 149.1) optó por el término *inmuebles*.

evitar el ejercicio del derecho con mero ánimo especulativo, en cuanto que excluye del mismo los inmuebles que no sean de naturaleza rústica, salvo los edificios o parte de ellos.

Del examen de esta fórmula legal se ocupará más detenidamente, por sus importantes repercusiones en la práctica, Javier Mazana. Sólo señalar aquí que esta previsión ha sido objeto de una enmienda por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (la núm. 29) en el sentido de ampliar el objeto del derecho, por una parte, a los bienes muebles de extraordinario valor (como podrían ser las joyas, una biblioteca o las obras de arte), por entender que pueden tener el mismo arraigo en la familia que un inmueble; y por otra, a las explotaciones económicas de cualesquiera naturaleza<sup>29</sup>. Ahora bien, esta enmienda no ha sido aprobada por la Ponencia ni por el Pleno y, por ende, no se ha incorporado al texto definitivo.

## B) LA PROCEDENCIA FAMILIAR Y LA PERMANENCIA EN LA FAMILIA

El segundo requisito a cumplir por los bienes es el relativo a su procedencia familiar, requisito éste presente a lo largo de toda la historia de la institución<sup>30</sup>. En concreto, el art. 53.2 LDCEP (art. 589.2 CDFEA), de forma coincidente con el art. 149.1 Comp., exige para poder calificar los inmuebles de abolorio su permanencia en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del enajenante.

Adicionalmente, la Ley de Derecho Civil Patrimonial ha optado con acierto por aclarar el significado de esta fórmula legal, en términos coincidentes con lo dispuesto en el art. 212.2 Lsuc. (art. 527 CDFEA) en materia de sucesión troncal. Así, de acuerdo con el art. 53.2 del nuevo texto legal (art. 589.2 CDFEA) «se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias». De la fórmula legal transcrita resulta que los inmuebles para ser calificados de abolorio deben cumplir los siguientes requisitos:

1º. Que hayan sido incorporados a la familia (debiendo entender por tal, a mi juicio, la integrada por parientes del enajenante por la línea de los bienes sin límite de grado)<sup>31</sup>, al menos, por el abuelo del enajenante o

<sup>29</sup> La propuesta de extender el derecho a los bienes muebles más valiosos ya fue formulada bajo la vigencia del Apéndice de 1925 por R. SAINZ DE VARANDA, «El retracto gentilicio», cit., p. 271, y suscrita bajo la vigencia de la Compilación de 1967 por la autora de estas páginas en su monografía *El derecho de abolorio*, cit., p. 486. Asimismo, en la obra citada (pp. 493-494) defendí la inclusión en el ámbito objetivo de las explotaciones económicas no sólo agrarias, sino mercantiles e industriales.

<sup>30</sup> Como así se puede constatar en mi libro *El derecho de abolorio*, cit., pp. 494-512.

<sup>31</sup> Bajo la vigencia de la Compilación de 1967 el término *familia* fue objeto de diferentes interpretaciones por parte de la doctrina, en atención a los diversos criterios de delimitación que ofrecían los hoy derogados arts. 132 y 133 Comp., referidos respectivamente a la sucesión troncal y a la sucesión en bienes troncales de abolorio. Así, MERINO en un primer momento se mostró partidario de restringir tal término a los parientes que formasen parte de la Casa, con base en el art. 133 Comp. que conceptuaba los bienes troncales de abolorio como aquellos «adquiridos por el causante a título lucrativo y que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones» (*El derecho...*, cit., pp. 110-111 y 116). Posteriormente, el mismo Merino cambió de criterio y con un planteamiento más amplio pasó a definir la familia como

por un colateral perteneciente a la generación del mismo (esto es, un tío abuelo)<sup>32</sup>.

2º. Que no hayan salido la familia desde su ingreso en la misma hasta que el enajenante efectúe la transmisión originadora del derecho de abolorio. Por consiguiente, los bienes perderán su condición de abolorio cuando salgan de la familia en alguna de las generaciones anteriores a la del enajenante por su transmisión ya sea a personas ajenas a la misma, a parientes afines o a parientes de la otra línea de procedencia de los bienes<sup>33</sup>. Obviamente, de ingresar de nuevo en la familia, habrá que esperar dos generaciones para que recuperen la condición de abolorio y, por consiguiente, puedan ser adquiridos preferentemente por los parientes legitimados para ello en caso de ser enajenados de nuevo.

3º. En cuanto al tiempo de permanencia de los bienes en la familia, se exige un periodo de dos generaciones, en concreto, las dos inmediatamente anteriores a la del enajenante. Este requisito se cumple, sin duda, cuando los bienes, antes de pasar a poder del enajenante, han pertenecido a un pariente de la generación de los abuelos y luego a un pariente de la generación de los padres. Pero también, dado el tenor del art. 53.1 LDCA (art. 589.1 CDFR) («cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias»), en el caso de bienes transmitidos directamente por el abuelo o por pariente de la generación del abuelo al enajenante<sup>34</sup>.

Por el contrario, no cumplen el requisito de la permanencia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores los bienes que haya recibido el enajenante de algún pariente de su misma generación (p.e. un hermano) o de la generación posterior (p.e. un hijo o un sobrino), si no proceden de

«el conjunto de consanguíneos, ascendientes y descendientes y colaterales hasta el cuarto grado», sirviéndose del orden sucesorio troncal del art. 132 Comp. (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dtor. M. Albaladejo, t. XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, p. 282).

Por su parte, GARCÍA CANTERO optó por acudir al concepto de bienes troncales que ofrecía el mismo art. 132 Comp. *ab initio*, entendiendo así que los bienes sujetos al derecho de abolorio podían provenir tanto de un ascendiente como de un colateral hasta el límite del sexto grado («El derecho...», cit., p. 200).

En cualquier caso, no parece que ninguna de estas propuestas interpretativas sea defendible en la actualidad. En primer lugar, no creo que sea posible la identificación entre familia y Casa, toda vez que no debe olvidarse que el derecho de abolorio no se trata propiamente de un instrumento al servicio de la Casa, sino que más bien obedece al principio más general de conservación de los bienes en la familia de origen, esté o no constituida en Casa aragonesa. En segundo lugar, la opción de limitar la noción de familia a aquellas personas unidas al disponente por un determinado grado de parentesco, ya sea el cuarto grado (como pretendía MERINO por aplicación del orden sucesorio troncal del art. 132 Comp.) o el sexto grado (en la propuesta de GARCÍA CANTERO, con base en la definición de bienes troncales formulada en el mismo precepto), si ya era discutible vigente el Libro II de la Compilación, hoy no parece factible en atención a los términos en que se expresa el art. 53.2 LDCA (art. 589.2 CDFR), ya que el único requisito exigido por este precepto es la permanencia en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a las del causante -disponente en el derecho de abolorio-, «cualquiera que sea su procedencia inmediata», esto es, cualquiera que sea el pariente del tronco familiar de quien aquél haya recibido los bienes.

32 Con ello se consagra una fórmula más restrictiva que lo que era propio en Derecho histórico, donde también eran objeto del derecho los bienes procedentes de los padres.

33 Tal es el parecer de J.A. SERRANO GARCÍA, *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal)*, Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, p. 97, que suscribo.

34 Durante la tramitación parlamentaria esta regla ha sido cuestionada, aunque sin argumentación alguna, por los Grupos Parlamentarios Popular (enmienda núm. 27) y Mixto (enmienda núm. 30) para proponer como regla alternativa la exigencia de que los bienes hayan pasado por las dos generaciones anteriores a la del enajenante. Tales enmiendas no ha prosperado finalmente.

un pariente de la generación de los abuelos<sup>35</sup>, y ello con independencia del número de transmisiones de que hayan sido objeto dentro de la familia<sup>36</sup>.

En cualquier caso, la idea de la permanencia familiar durante dos generaciones parece exigir *prima facie* el transcurso de lo que se considera tiempo normal de duración de esas dos generaciones -esto es, unos veinticinco a treinta años por cada generación-, ya que de otro modo resultaría muy sencillo atribuir a unos determinados bienes la condición de abolorio mediante su transmisión en un breve lapso temporal de un pariente de la generación de los abuelos al actual dueño y enajenante, ya sea directamente o través de un pariente de la generación de los padres. Con todo, creo que lo más razonable será interpretar la cláusula legal en el sentido de evitar ejercicios abusivos del derecho de abolorio, pero sin que ello suponga establecer imperativamente unos lapsos temporales necesarios de permanencia del bien en cada generación. De este modo, sólo la identificación de transmisiones intergeneracionales indicativas de un uso torticero del derecho podría llevar a los órganos judiciales a la denegación del mismo, por aplicación de la regla de la prohibición del abuso de derecho.

4º. En cuanto al pariente de quien ha recibido los bienes el enajenante, en los términos en que se expresa el art. 53.1 LDCP (art. 589.1 CDFa) («cualquiera que sea su procedencia inmediata»), puede tratarse de un pariente en línea recta o en línea colateral, siempre que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes, ya que de no ser así no se cumpliría el requisito de permanencia en la familia, pero sin que haya límite de grado alguno<sup>37</sup>.

5º. Por último, en lo que atañe al título en virtud del cual ha recibido los bienes el enajenante, la LDCP (art. 53.1, actual art. 589.1 CDFa) ha optado por admitir cualquiera, ya sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, al calificar de abolorio los bienes «cualquiera que sea el título de adquisición inmediato». Se consagra así la solución adoptada por la jurisprudencia bajo la vigencia de la Compilación de 1967<sup>38</sup>.

35 En concreto, de acuerdo con M<sup>a</sup>. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, vol. 2º, pp. 159-160, no podrán calificarse de troncales de abolorio los bienes transmitidos por el padre al hermano y por éste al causante -entiéndase enajenante, por lo que respecta al derecho de abolorio-, sin haber estado en poder de ningún miembro de la generación del abuelo (tal supuesto se plantea precisamente en la SJPI núm. dos de Zaragoza de 8 febrero 2005, denegatoria de la pretensión de abolorio). Ni tampoco aquellos bienes que haya transmitido el abuelo al nieto y éste al tío. Ello es así porque en ambos supuestos los bienes sólo han permanecido en la familia una generación inmediatamente anterior a la del causante o disponente.

36 Y es que como advierte G. GARCÍA CANTERO, «El derecho...», cit., p. 201, los desplazamientos patrimoniales pueden haberse realizado horizontal o verticalmente, y también de forma ascendente o descendente; en todo caso, el requisito mínimo es que el bien no haya salido de la familia en el espacio de dos generaciones.

37 La misma interpretación propone, en relación con la sucesión troncal, M<sup>a</sup>. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La sucesión legal...*, cit., vol. 2º, p. 157.

38 STSJ de Aragón de 26 abril 2001, SAP de Huesca de 3 junio 1994 y SAP de Zaragoza de 16 noviembre 2001. Adviértase, no obstante, que tanto en el Cuerpo de Fueros y Observancias como en el Apéndice de 1925 se exigía el título sucesorio.

### C) LA NECESARIA UBICACIÓN DE LOS BIENES EN ARAGÓN

Como tercer y último requisito, la Ley exige explícitamente la necesaria ubicación de los bienes en Aragón, delimitando así el ámbito de aplicación del derecho de abolorio.

#### **2.1.2. Enajenación de cuota indivisa y enajenación de pluralidad de inmuebles**

También en relación a los bienes objeto del derecho, interesa destacar que la nueva Ley ofrece solución legal a dos cuestiones hasta ahora carentes de regulación y que han planteado no pocos problemas en la práctica. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de ejercitar el derecho de abolorio sobre cuotas indivisas de bienes de abolorio, ya lo sean en su totalidad o parcialmente<sup>39</sup>. Y la segunda, al ejercicio del derecho en las enajenaciones de pluralidad de inmuebles.

#### A) ENAJENACION DE PARTE ALICUOTA

La primera de las cuestiones enunciadas ha sido resuelta por el art. 56 LDCP (art. 592 CDFA) en sentido favorable al derecho de abolorio, siempre que se enajene, no la totalidad del inmueble, sino una o varias porciones indivisas -lógicamente familiares-<sup>40</sup>. Por el contrario, en caso de enajenarse la totalidad del inmueble, habrá de ejercitarse el derecho sobre todo él. Con esta fórmula se trata de evitar situaciones de comunidad de bienes no existentes de antemano, adoptando así el criterio de la jurisprudencia existente sobre el particular<sup>41</sup>.

Ahora bien, admitida la posibilidad de ejercitar el derecho sobre cuota indivisa, de concurrir en tal caso el derecho de abolorio con el retracto de comuneros, la Ley (art. 62, art. 598 CDFA) otorga prioridad a éste último, lo que, a mi juicio, resulta plenamente justificado, como se indicará más adelante al tratar de la colisión del derecho de abolorio con otros derechos de adquisición preferente.

#### B) ENAJENACION DE PLURALIDAD DE INMUEBLES

Asimismo, la Ley de Derecho Civil Patrimonial ha acertado en fijar unas pautas de ejercicio del derecho de abolorio en el caso de se enajenen una pluralidad de inmuebles, ya sean todos de abolorio o sólo alguno de ellos. En concreto, el art. 57 (art. 593 CDFA) admite el ejercicio del derecho sobre alguno o algunos de los bienes de abolorio enajenados (por tanto, no necesariamente sobre todos los bienes de abolorio objeto de transmisión) y ello aunque la contraprestación sea única. Esta regla a *priori* creo que merece una valoración positiva, toda vez que, de una parte, admite la viabilidad del derecho con independencia de que la contraprestación sea única o esté diferenciada;

---

39 Piénsese en el caso de un inmueble cuyo propietario en parte lo haya heredado de su padre y en parte lo haya comprado a un extraño.

40 Nótese que el texto definitivamente aprobado se corresponde con el del Proyecto de Ley (art. 56), sin que haya sido objeto de enmienda alguna durante su tramitación parlamentaria.

41 Un análisis de esta jurisprudencia puede consultarse en mi monografía *El derecho de abolorio*, cit., pp. 570-575.

y de otra, evita posiciones maximalistas, según las cuales sólo se satisfará el interés familiar cuando se adquieran todos los bienes de abolorio objeto de la enajenación. No obstante, quizá hubiese sido oportuno introducir una excepción a la misma, tal y como propuso el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista en su enmienda núm. 35, para el caso de que los bienes de abolorio enajenados constituyan una unidad de explotación. En tal supuesto, de acuerdo con la referida enmienda -que no llegó a prosperar-, habrá de ejercitarse el derecho sobre todos los bienes enajenados y únicamente en el caso de que todos ellos sean de abolorio, solución ésta que ya había sido acogida por la jurisprudencia bajo la vigencia de la Compilación<sup>42</sup>.

## 2.2. Enajenaciones originadoras

La efectividad del derecho de abolorio, en su doble condición de tanteo y retracto, presupone que el actual dueño de los inmuebles familiares proyecte su enajenación a favor de una persona distinta del titular de aquel derecho o que ésta ya haya sido consumada. Es por ello que la enajenación desencadenante del mismo constituye, asimismo, uno de los elementos esenciales de su estructura. Interesa, por tanto, concretar qué actos transmisivos del dominio pueden dar lugar al derecho de abolorio y cuáles, por el contrario, impiden su ejercicio.

A este respecto, el art. 55 LDCP (art. 591 CDFA) mantiene la fórmula del art. 149.1 Comp.<sup>43</sup>, según la cual sólo se permite el ejercicio del derecho frente a dos tipos de transmisión onerosa: la compraventa y la dación en pago<sup>44</sup>. De ello resulta, por consiguiente, la exclusión del derecho en las transmisiones gratuitas (ya sean *inter vivos* o *mortis causa*); e, igualmente, en las transmisiones onerosas distintas de la venta o dación en pago.

Por añadidura, la nueva Ley, al objeto de eliminar cualquier duda que existiese al respecto, ha introducido una previsión específica en la que, de modo coincidente con la jurisprudencia recaída bajo la vigencia de la Compilación<sup>45</sup>, se admite la viabilidad del derecho en las enajenaciones forzosas, ya sean verificadas mediante subasta judicial o extrajudicial<sup>46</sup>, o mediante otras formas de realización de bienes en procedimiento de apremio<sup>47</sup>.

42 STSJ de Aragón de 26 abril 2002, SAP de Zaragoza de 5 abril 1990 y SJPI núm. dos de Huesca de 28 de marzo de 1995.

43 Interesa advertir que el texto definitivamente aprobado se corresponde con el del Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial (art. 57), sin que haya sido objeto de ninguna enmienda durante su tramitación parlamentaria.

44 En cuanto a la mención legal a la dación en pago, a mi juicio, parece pensada únicamente para aquellos casos en que la obligación a extinguir se trate de una deuda dineraria, de tal manera que la cantidad a satisfacer por el ejercitante del derecho de abolorio será el importe de la deuda.

45 En concreto, los órganos judiciales aragoneses se han pronunciado a favor de la admisión del ejercicio del derecho de abolorio en las subastas judiciales. Vid. p.e. la STSJ de Aragón de 26 abril 2002, las SSAP de Zaragoza de 19 septiembre 1989, de 17 marzo 1997 y de 16 noviembre 2001 -no sin ciertas objeciones-, la SJPI núm. dos de Huesca de 28 marzo 1995 y la SJPI núm. diez de Zaragoza de 24 abril 2001.

46 Con todo, no pueden dejar de reconocerse las dificultades para ejercitar el derecho como tanteo frente a esta modalidad de ventas. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades de extender la obligación de notificación de la futura enajenación al juez o Administración ejecutante. E igualmente, son obvios los obstáculos que, para su ejercicio, se derivan de la falta de determinación del precio.

47 Recuérdese a este respecto que el art. 636 LEC señala como mecanismo prioritario de realización de los bienes embargados el convenio de realización, que presupone la existencia de un acuerdo entre ejecutante y ejecutado que debe ser ratificado por el Juez a través del procedimiento contemplado en el art. 640 LEC. Un segundo mecanismo en que el legislador parece haber puesto sus esperanzas con vistas a agilizar los procesos ejecutivos es la realización por persona o entidad especializada a que se refiere el art. 641 LEC. Pues bien, de acuerdo con el art. 55 LDCP (art. 591 CDFA), la enajenación que se derive tanto del acuerdo de realización como de la actuación de la persona o entidad especializada podrá dar lugar, asimismo, al derecho de abolorio.

Quedan excluidas, en todo caso, las expropiaciones forzosas, debido a la causa de utilidad pública que legitima el ejercicio de la potestad expropiatoria<sup>48</sup>. Sin embargo, tratándose de la adquisición de inmuebles de abolorio por parte de la Administración en virtud de un contrato de compraventa, tal preeminencia del interés público no concurre, al menos, en los llamados contratos privados de la Administración, por lo que en dicho supuesto, a mi juicio, debería reconocerse plena virtualidad al derecho de abolorio. Más cuestionable resulta, sin embargo, la viabilidad del derecho de abolorio en las compraventas que puedan calificarse de contrato administrativo por estar vinculadas a un servicio público.

Una vez expuesto el marco legal aplicable, interesa formular dos precisiones adicionales.

La primera idea a subrayar consiste en que la calificación que las partes hayan dado a la correspondiente enajenación se subordinará, en todo caso, a la que finalmente determinen los órganos judiciales<sup>49</sup>. En concreto, el derecho de abolorio será viable en los negocios simulados que encubran alguna de las enajenaciones previstas legalmente, siempre que se ejercite previa o simultáneamente una acción de nulidad por simulación relativa en fraude de ley<sup>50</sup>.

Como segunda precisión conviene advertir que el tipo de enajenación legalmente requerido sólo se predica de la primera enajenación, en cuanto desencadenante del derecho de abolorio, pero no de las que se hayan verificado posteriormente dentro del plazo del derecho, de manera que podrán tratarse de enajenaciones excluidas de su ámbito de aplicación<sup>51</sup>.

### 3. Elementos formales

Junto a los elementos subjetivos y objetivos ya analizados, la Ley de Derecho Civil Patrimonial (arts. 58 y 59.1 y 2, actuales arts. 594 y 595.1 y 2 CDFR), de igual modo que la Compilación (art. 150), condiciona el ejercicio del derecho de abolorio al cumplimiento de dos requisitos de índole formal como son la sujeción a unos determinados plazos de ejercicio, y la entrega o consignación del precio.

A estos dos requisitos, exigibles ya se ejercite el derecho por la vía judicial o extrajudicial<sup>52</sup>, el art. 59.3 LDCP (art. 595.3 CDFR) incorpora novedosamente dos

48 Coinciden en esta apreciación, bajo la vigencia del Apéndice de 1925, R. SAINZ DE VARANDA, «El retracto...», cit., pp. 270 y 278; y bajo la vigencia de la Compilación de 1967, J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., p. 148; G. GARCÍA CANTERO, «El derecho...», cit., p. 206; y S. SERENA PUIG, «El derecho...», cit., p. 146.

49 En efecto, es doctrina jurisprudencial constante que la calificación que las partes atribuyan a la correspondiente enajenación queda subordinada, en todo caso, a la que finalmente determinen los Tribunales. Vid. p.e. las SSTs de 18 octubre 1986 (*RJ* 1986/5942, retracto arrendaticio rústico), de 6 junio 1988 (*RJ* 1988/4019, retracto arrendaticio rústico), de 20 septiembre 1988 (*RJ* 1988/6843, retracto arrendaticio urbano), de 30 septiembre 1991 (*RJ* 1991/6074, retracto arrendaticio urbano) y de 3 diciembre 1996 (*RJ* 1996/9043, retracto arrendaticio urbano).

50 Puede consultarse sobre este particular la STS de 6 marzo 1999 (EDJ 1999/5808, retracto arrendaticio urbano).

51 Participan de esta opinión, entre otros, R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., p. 173; Á.L. REBOLLEDO VARELA, en *Comentario del Código civil*, art. 1521, dtos. C. Paz-Arés Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo y P. Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. II., p. 1008; F. BLASCO GASCÓ, en A.M. López, V.L. Montés y E. Roca, *Derecho civil. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 423; D. BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros...*, cit., p. 62; J.Mª. CUTILLAS TORNS, *El retracto legal de coherederos*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp 138-139; y J. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «El retracto legal en el Código civil», *RCDI*, 2002, p. 979. En la jurisprudencia cabe mencionar las SSTs de 14 mayo 1912 (JC, t. 124, núm. 49, retracto de coherederos) y de 27 febrero 1954 (JC, enero-febrero 1954, núm. 96, retracto de colindantes).

52 Como ya se ha indicado en la nota 20, el ejercicio extrajudicial del derecho requiere el consentimiento del legitimado pasivo, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de retractos legales (SSTs de 12 febrero 1981,

adicionales para el caso de ejercicio judicial del derecho: la presentación de un principio de prueba documental del título en que se funde la demanda y la justificación de la consignación efectuada o garantía prestada.

### 3.1. Plazos de ejercicio

El art. 58 LDCP (art. 594 CDFa) mantiene los plazos de ejercicio previstos en el art. 150.1 y 2 Comp. (treinta y noventa días, en función de que haya habido o no notificación fehaciente), si bien con importantes variantes, a saber:

1. Clarifica su naturaleza jurídica.

2. Distingue, a efectos de los plazos, entre las dos fases de ejercicio del derecho, esto es, el tanteo y el retracto, en aras de una mayor claridad y, sobre todo, según resulta de la lectura del Preámbulo de la Ley, al objeto de fomentar la fase del tanteo, mucho menos problemática que la de retracto, en cuanto todavía no se ha verificado una enajenación a favor de un tercero.

3. Suprime la inscripción registral como *dies a quo* del plazo de noventa días en que se puede ejercitar el retracto en defecto de notificación fehaciente de la enajenación.

Junto a los plazos indicados de treinta y noventa días, la Ley mantiene sin modificación alguna el plazo máximo de caducidad de dos años.

Expuestas las líneas generales de la nueva Ley en orden a los plazos, procede hacer un examen detallado de los mismos, distinguiendo a tal efecto entre la fase de tanteo y retracto, en coherencia con lo dispuesto en el art. 58. Ello no sin antes abordar la cuestión referente a su naturaleza jurídica, cuestión ésta que, como se ha indicado, ha encontrado solución expresa en la nueva regulación.

#### 3.1.1. Naturaleza jurídica de los plazos

La cuestión de la naturaleza de los plazos ha sido resuelta por la Ley de Derecho Civil Patrimonial (art. 58.1 y 4, actual art. 594.1 y 4 CDFa), atribuyéndoles, de una parte, naturaleza civil y, de otra, calificándolos de caducidad, lo que resulta coherente con el criterio que hasta la fecha había sustentado tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>53</sup>.

---

de 20 julio 1993, de 17 junio 1997 y 20 mayo 2004). De este modo, el Alto Tribunal estima que si el retraído se opone o guarda silencio, el solo ejercicio extrajudicial no basta para evitar el transcurso del plazo de caducidad. En la práctica dicho ejercicio suele efectuarse por requerimiento notarial, lo que no impide que pueda verificarse por requerimiento verbal ante testigos o por cualquier otra forma que permita su acreditación. En cualquier caso, para que el derecho puede entenderse bien ejercitado extrajudicialmente resulta necesario el cumplimiento de todos los requisitos legales, sin que el ejercitante pueda ser exonerado de los mismos por el legitimado pasivo, dada la naturaleza imperativa del régimen jurídico del derecho de abolorio.

<sup>53</sup> Atribuyen naturaleza civil a los plazos de ejercicio del derecho de abolorio las SSAP de Huesca de 7 junio 1993 y de 30 julio 2007, y las SSAP de Zaragoza de 17 marzo 1997 y de 14 septiembre 2001. Por lo demás, ya con anterioridad a estas resoluciones había defendido la naturaleza civil de los plazos del derecho de abolorio J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., pp. 185-186, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de retractos legales.

Califican de caducidad los plazos del derecho de abolorio las SSAT de Zaragoza de 12 febrero 1969, de 16 abril 1970, de 22 diciembre 1977, de 5 octubre 1982 y de 22 diciembre 1987, las SSAP de Zaragoza de 6 febrero 1990, de 6 junio 1996, de 17 marzo 1997 y de 26 enero 1999, y las SSAP de Huesca de 14 enero 1991 y de 30 julio 2007. También la doctrina y, en concreto, J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., pp. 190-191; G. GARCÍA CANTERO, «El derecho...», cit., p. 216; y S. SERENA PUIG, «El derecho...», cit., pp. 148-150, coinciden en esta apreciación.

### 3.1.2. Plazo de ejercicio en fase de tanteo

En la nueva Ley (art. 58.1, actual art. 594 CDFR) el plazo de ejercicio del derecho en fase de tanteo es, como en la Compilación (art. 150.1), de treinta días naturales.

Igualmente, la Ley de Derecho Civil Patrimonial ha optado por mantener la notificación fehaciente como hito para el inicio del cómputo de dicho plazo. Es más, en su Preámbulo se refiere a la conveniencia de que el dueño notifique fehacientemente a sus parientes titulares del derecho de abolorio su intención de enajenar, para que así, una vez transcurrido el plazo de treinta días que tienen aquellos para ejercitar el tanteo, la enajenación a extraños devenga inatacable por este concepto.

En relación al carácter necesariamente fehaciente de la notificación no está de más recordar el cambio de criterio jurisprudencial acaecido hace unos años en aras de una mayor flexibilidad a la hora de entender cumplido este requisito. De este modo, la notificación por conducto notarial ha dejado de ser el modo exclusivo, sino preponderante, de notificación fehaciente, para ser admitidos nuevos medios de notificación fruto de los avances tecnológicos, tales como la notificación verificada por fax, télex, burofax o correo electrónico<sup>54</sup>. Con todo, pese a la dulcificación de este requisito por parte de la jurisprudencia, ha de entenderse excluida de la noción de notificación fehaciente tanto la practicada verbalmente como la telefónica<sup>55</sup>. Del mismo modo, tampoco puede considerarse fehaciente la notificación por carta, salvo, según se matiza en alguna sentencia<sup>56</sup>, que así se admita por el ejercitante del derecho de abolorio, lo que, por lo demás, resulta aplicable a cualquier otro medio de comunicación.

<sup>54</sup> A este respecto puede traerse a colación la STS de 31 mayo 1993 (RJ 1993/4061), donde puede leerse lo siguiente: «...al margen de que, en su pura literalidad, el télex no estuviese, explícitamente, admitido como tal, instrumento de negociación según lo que hubiesen pactado las partes, no obstante, se subraya que (...) dicho instrumento, dentro del tráfico comercial, es un acto de comunicación suficiente para crear expectativas y relaciones comerciales, y tal medio de negociación estaba, de hecho, admitido por los propios interesados»; así como la STS de 30 julio 1996 (RJ 1996/6079) que contiene la siguiente declaración: «El medio técnico utilizado, es decir la comunicación por fax, no resulta para nada impeditiva a efectos de llevar a cabo actos de contratación. El Código Civil, atendiendo a la fecha de su publicación en su art. 1262 ya es previsor, en cuanto autoriza la aceptación hecha por carta, si bien no obliga al que hizo la oferta sino desde que llega a su conocimiento, lo que cabe extender a otros medios de comunicación aportados por los avances de la técnica moderna; así sucede con el telégrafo, télex, telefax y correo electrónico en todas sus variedades, que sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados. La Sentencia de 31 mayo 1993 admitió la contratación por télex y el Código de Comercio en su artículo 51 se refiere a la correspondencia telegráfica, al declarar que producirá obligación entre los contratantes, supeditándola a su emisión o manifestación». De esta jurisprudencia se hace eco la SAP de Huesca de 29 de octubre 1997, en materia de derecho de abolorio.

<sup>55</sup> Niegan el carácter fehaciente de las notificaciones verbal y telefónica la SAT de Zaragoza de 31 octubre 1986, SAP de Zaragoza de 23 junio 1989, SAP Huesca de 14 enero 1991, SAP de Zaragoza de 25 octubre 1996, SJPI de Ejea de los Caballeros de 31 julio 1993, SJPI núm. cuatro de Zaragoza de 25 octubre 1996 y SJPI núm. uno de Jaca de 14 diciembre 2004, todas ellas en materia de derecho de abolorio. No obstante, G. GARCÍA CANTERO, «El derecho...», cit., p. 215 admite la notificación verbal ante testigos, siempre que éstos aseveren el cumplimiento de los requisitos formales. Por mi parte, y en punto a la notificación mediante testigos, creo que habrá que estar al caso concreto, pues la fehaciencia dependerá del número y cualidad de los testigos, así como de las circunstancias espaciales y temporales de la notificación.

<sup>56</sup> SAT de Zaragoza de 16 abril 1970: «tanto la fecha, fijada en oficina pública por el sello de la oficina de recepción en el lugar de destino, puesto por el funcionario de Correos (...), como la realidad de estar escrita de mano del firmante y vendedor y con arreglo a su libre manifestación de voluntad, están fijadas de modo demostrativo para la parte a quien esta notificación interesa». SJPI de Calamocha de 24 noviembre 1969: «solamente cabe interpretar por notificación fehaciente, la carta que fechada en 7 de noviembre de 1968 escribió el vendedor don G.B. al retrayente -hermano de doble vínculo- don C.B., ya que con tal carácter de fehaciente la considera la propia actora».

También orden al contenido de la notificación la Ley de Derecho Civil Patrimonial mantiene prácticamente inalterada la fórmula empleada en el art. 150.1 Comp. Así, prevé que la notificación ha de referirse a un propósito -entiéndase, serio e inequívoco<sup>57</sup>- de enajenar. Adicionalmente, exige que sea completa, el sentido de que debe expresar «el precio y las demás condiciones esenciales del contrato», por lo que su contenido deberá incluir, al menos, junto al precio -o las bases para calcularlo-, las condiciones y garantías del pago del mismo, la descripción del inmueble que se pretenden enajenar y, en su caso, de sus cargas y gravámenes<sup>58</sup>. Con todo, interesa advertir que la nueva regulación ha suprimido del contenido de la notificación la referencia a la oferta de venta a los parientes que, sin embargo, exigía el art. 150.1 Comp., omisión que, a mi modo de ver, no desvirtúa el valor de la notificación como una verdadera oferta contractual, en los términos expuestos al analizar la naturaleza jurídica del derecho.

En cualquier caso, el legislador aragonés está pensando en una notificación personal -como, por lo demás, ha sido hasta ahora-, lo que conlleva la exclusión las notificaciones mediante publicación edictal, ya sea en tablones o en diarios oficiales o privados. Ciertamente, esta segunda modalidad de notificación es la que se practica en Vizcaya -los denominados *llamamientos forales* mediante edictos a publicar en el ayuntamiento del término municipal donde radican las fincas-, lo que se explica por la existencia de una consolidada práctica en este sentido, sin olvidar el restringido ámbito de aplicación de la saca foral vizcaína (el Infanzonado). Sin embargo, desde el momento que tales circunstancias no concurren en Derecho aragonés, difícilmente tal notificación puede extrapolarse al derecho de abolorio, ya que se correría el indudable riesgo de que sus titulares no accedieran a dicha información y, por consiguiente, no pudieran ejercitarlo, aunque es innegable que presenta indudables ventajas para el enajenante y el adquirente frente al sistema de notificación personal.

Por añadidura, tal notificación no se configura en la nueva Ley como una obligación jurídica en sentido estricto, sino más bien como una carga para el dueño que pretende enajenar, toda vez que su no realización sólo implicará que no empezará a correr el plazo para el ejercicio del derecho en fase de tanteo y que, adicionalmente, quedará abierta la posibilidad de ejercer el retracto en el caso de consumarse la enajenación.

Ahora bien, el art. 58.2 LDCP (art. 592.2 CDFA) prevé novedosamente que, una vez realizada la notificación previa a la enajenación, el dueño que pretende enajenar quedará obligado frente al pariente o parientes destinatarios de la misma durante los treinta días que tienen éstos para ejercitar

57 Vid. en este sentido las SSAP de Huesca de 4 marzo 2005 y de 2 febrero 2006, la SJPI de Calamocha de 24 noviembre 1969, la SJPI núm. dos de Huesca de 28 diciembre 2000 y la SJPI n.º tres de Zaragoza de 6 de junio de 2006. En la doctrina participa de esta opinión G. GARCÍA CANTERO, «El derecho...», cit., p. 216.

58 No creo, sin embargo, que en la expresión «condiciones esenciales del contrato» puede considerarse incluida la identidad del adquirente, como pretende J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., p. 189. Y es que, como señala acertadamente F.A. RODRÍGUEZ MORATA, *El derecho de Tanteo...*, cit., p. 156, «no es ésta una circunstancia que pueda colaborar a la formación de la voluntad adquisitiva del retrayente».

el tanteo, aunque desista de su intención de enajenar. Tal previsión parece que debe ser interpretada en el sentido de que el titular del derecho que haya sido notificado de la intención de enajenar podrá exigir al dueño que efectúe la enajenación a su favor en las condiciones notificadas y ello aunque éste haya desistido de su intención de enajenar. No parece, sin embargo, que el hecho de realizar la notificación previa prive al notificante de la facultad de enajenar a quien quiera y en las condiciones que quiera antes de que transcurran los treinta días del tanteo, si bien en este caso el titular notificado podrá ejercitar el derecho en fase de retracto, entiendo, qué en las condiciones notificadas, aunque la enajenación se haya realizado en condiciones diferentes.

Por añadidura, la nueva Ley fija un límite temporal a la eficacia de la notificación previa, toda que en su art. 58.3 (art. 594.3 CDFA) dispone que los efectos de la misma caducarán si la enajenación proyectada no se realiza en el plazo de un año. De ello resulta, como ha matizado el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista en una de sus enmiendas (la núm. 37) finalmente aprobada, que si, una vez transcurrido este plazo se lleva a cabo la enajenación, el pariente o parientes previamente notificados de la intención de enajenar podrán ejercitar el retracto. El precepto citado no especifica, sin embargo, el *dies a quo* de este plazo, lo que quizá hubiese resultado oportuno por razones de seguridad jurídica<sup>59</sup>.

### 3.1.3. Plazos de ejercicio en fase de retracto

En cuanto al plazo de ejercicio del derecho de abolorio en fase de retracto, el art. 58.4 LDCP (art. 594.4 CDFA) mantiene los dos plazos que preveía la Compilación (art. 150.1 y 2), esto es, el de treinta y el de noventa días, en función de que la enajenación haya sido (o no) notificada fehacientemente a los titulares del derecho.

#### A) PLAZO EN CASO DE QUE HAYA HABIDO NOTIFICACIÓN FEHACIENTE DE LA ENAJENACIÓN

El art. 58.4.a LDCP (art. 594.4.a CDFA) dispone, en los mismos términos que el art. 150.2 Comp., que, cuando se notifique fehacientemente la enajenación, con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, el plazo de ejercicio del retracto será de treinta días naturales.

Dos son, por tanto, los requisitos a cumplir por la notificación para que determine el inicio del cómputo de los treinta días: que sea fehaciente y completa; requisitos coincidentes con los exigidos a la notificación previa que determina el ejercicio del tanteo. Por lo demás, la notificación de la enajenación tampoco constituye una obligación, sino una carga, ya que su incumplimiento conllevará como única consecuencia una ampliación del

<sup>59</sup> Lo cierto es que tal omisión fue subsanada por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista en una de sus enmiendas (la núm. 36) en el sentido de fijar como *dies a quo* el de la notificación, si bien dicha enmienda no ha sido finalmente aprobada.

plazo, de treinta a noventa días, del que disponen los titulares del derecho para su ejercicio.

De cualquier modo, la notificación de la enajenación podrá ser practicada indistintamente por el enajenante o por el adquirente<sup>60</sup>.

#### B) PLAZO EN DEFECTO DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE DE LA ENAJENACIÓN

En defecto de notificación de la enajenación, el art. 58.4.b LDCP (art. 594.4.b CDFA) prevé, de modo igualmente coincidente con el art. 150.2 Comp., que el plazo para ejercitar el retracto será de noventa días naturales. Adviértase, sin embargo, que este plazo no sólo entrará en juego en este supuesto -el único previsto legalmente-, sino también cuando la notificación de la notificación carezca de *fehaciencia*, sea incompleta (por no expresar las condiciones esenciales de la enajenación) o incorrecta (por haberse efectuado la enajenación en condiciones distintas a las notificadas).

Ahora bien, en cuanto al inicio del cómputo de este plazo, la nueva Ley ha optado por desvincularse parcialmente de las previsiones de la Compilación. En efecto, mientras el art. 150.2 Comp. fijaba como *dies a quo* el de la inscripción de la enajenación en el Registro de la Propiedad y, subsidiariamente, el del conocimiento de la enajenación por el retrayente, el art. 58.4.b LDCP prescinde de la inscripción registral para fijar como único *dies a quo* aquél en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales. Esta opción, en principio, parece adecuada, por cuanto la inscripción registral se trata de una publicidad formal que no garantiza necesariamente el conocimiento de la enajenación por los titulares del derecho de abolorio, pero no por ello puede obviarse la problemática, principalmente de índole probatorio, que genera el criterio del conocimiento.

De hecho, esta cuestión ha distado de ser pacífica durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial, toda vez que han sido varios los grupos parlamentarios que han presentado enmiendas al respecto. En concreto, los Grupos Parlamentarios Popular y Mixto (enmiendas núm. 38 y 41, respectivamente) propusieron recuperar los hitos previstos en la Compilación, esto es, la inscripción registral y, en su defecto, el conocimiento por el retrayente. Por su parte, el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (enmienda núm. 40), compartió el planteamiento del Proyecto de Ley de fijar el criterio del conocimiento por el retrayente como único hito para el inicio del cómputo del plazo, si bien propuso incorporar la solicitud de información registral por el retrayente a modo de presunción del conocimiento de la transmisión, propuesta a todas luces muy razonable. Finalmente, este último planteamiento es el que se ha impuesto en la Ponencia, si bien no ha prosperado la referida enmienda en orden a la presunción de conocimiento. En su lugar, la Ponencia ha introducido un añadido, a mi

<sup>60</sup> Afirmación vertida bajo la vigencia de la Compilación tanto por la doctrina (J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., p. 189; G. GARCÍA CANTERO, «El derecho...», cit., p. 217; y A. LÓPEZ AZCONA, *El derecho de abolorio*, cit., p. 699) como por la jurisprudencia (SAP de Zaragoza de 14 septiembre de 2001) y que hoy puede mantenerse.

juicio, innecesario, referente a que el conocimiento podrá tener lugar «bien a través de los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, o bien por cualquier otro medio».

### 3.1.4. Plazo máximo de caducidad

Junto a los plazos de treinta y noventa días, el art. 58.5 LDCP (art. 594.5 CDFA) mantiene el plazo máximo de caducidad del derecho de dos años a contar desde la enajenación que preveía el art. 150.3 Comp. Ello implica que, una vez agotado este límite temporal de dos años, el derecho se extingue automáticamente en cualesquiera situación; es decir, resulta irrelevante que la transmisión haya sido notificada a los parientes o conocida por aquellos. De este modo, la notificación o el conocimiento en los dos años siguientes a la enajenación producirán un acortamiento de este plazo, entrando en juego el de treinta, o en su caso, noventa días; pero, si tales circunstancias acontecen con posterioridad al mismo, éste no experimentará ampliación alguna.

Obviamente, la previsión de este plazo resulta plenamente justificada por razones de seguridad jurídica. Sin embargo, y a pesar de esta justificación general, quizá hubiese resultado oportuno introducir alguna matización a este plazo de caducidad, de manera que no pudiera extinguirse el derecho de abolorio en el caso de que la enajenación que le da origen hubiese sido ocultada intencionadamente por las partes a los titulares del mismo a fin de eludir su ejercicio<sup>61</sup>.

### 3.2. El pago o consignación del precio

La segunda formalidad esencial para el ejercicio del derecho de abolorio, ya se ejercite en fase de tanteo o retracto, viene constituida, en atención a lo dispuesto en el art. 59.1 y 3 LDCP (art. 595.1 y 3 CDFA), en coincidencia con el art. 150.1 Comp., por el pago o consignación del precio.

Interesa destacar *a priori* que este requisito, tal como se configuraba en la Compilación<sup>62</sup> y ahora en la nueva Ley, tiene carácter sustantivo, en cuanto que su justificación reside en razones de justicia conmutativa o correspectividad, ya que con el mismo se trata de garantizar la indemnidad del sujeto afectado por el ejercicio del derecho de abolorio, pero también en razones preventivas, a fin de evitar demandas infundadas<sup>63</sup>. En este sentido el art. 59.1 LDCP (art. 595.1 CDFA), al objeto de eliminar cualquier duda que existiese al respecto, dispone que «el ejercicio del derecho de abolorio requiere *ineludiblemente* el pago o consignación del precio» (la cursiva es nuestra).

Precisada la naturaleza jurídica de este requisito, varios son los extremos que conviene abordar.

<sup>61</sup> De hecho, esta situación fue prevista por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista en una de sus enmiendas (la núm. 42) para proponer una reducción del plazo máximo de caducidad de dos a un año en tal supuesto. No obstante, esta enmienda no ha llegado finalmente a prosperar.

<sup>62</sup> Sobre la naturaleza sustantiva del pago o consignación del precio bajo la vigencia de la Compilación de 1967 vid. mi libro *El derecho de abolorio*, cit., pp. 714-715.

<sup>63</sup> En tales términos se expresa G. GARCÍA CANTERO, «El derecho...», cit., p. 223.

La primera cuestión tiene que ver con el importe de la cantidad a pagar o consignar, la cual tiene que coincidir con el precio de venta -o con el importe de la deuda, en la dación en pago-, sin que a estos efectos sea relevante el valor real del inmueble enajenado. Con todo, ello no obsta para que en supuestos discutidos los órganos judiciales hayan admitido el valor fijado pericialmente<sup>64</sup>. Por lo demás, en el supuesto de pluralidad de enajenaciones dentro del plazo de ejercicio del derecho, habrá que atender al precio de la primera transmisión, ya que es la que da origen al derecho de abolorio y determina sus condiciones de ejercicio<sup>65</sup>.

En cuanto al momento en que debe efectuarse el pago o la consignación, la Ley de Derecho Civil Patrimonial exige, en los mismos términos que la Compilación, que se verifique dentro de los plazos de ejercicio del derecho. Ello conlleva que un pago o consignación extemporánea hagan inviable el derecho, por haber ya caducado, según ha tenido oportunidad de declarar la jurisprudencia vertida bajo la vigencia de la Compilación<sup>66</sup>.

Por lo que se refiere a la persona a quien se debe verificar el pago o a cuyo favor debe efectuarse la consignación, es posible establecer una distinción obvia en función de la fase en que se ejercite el derecho. En efecto, es evidente que en fase de tanteo el pago habrá de efectuarse al dueño que se dispone a enajenar, mientras que en fase de retracto el precio se entregará al adquirente. Más dudosa resulta la cuestión en caso de que el adquirente haya transmitido, a su vez, el bien o bienes adquiridos a un tercero. No obstante, entiendo que en tal supuesto el destinatario del pago seguirá siendo el primer adquirente, sin perjuicio de las acciones contractuales que puedan corresponder al subadquirente para mantener su indemnidad. Por su parte, la consignación debe efectuarse ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto, de conformidad con la doctrina legal emitida por el Tribunal Supremo en materia de retractos legales<sup>67</sup>.

64 A este respecto puede traerse a colación la SAT de Zaragoza de 14 enero 1981, donde puede leerse la siguiente afirmación: «si bien es cierto que lo que ha de averiguarse en juicio y es decisivo en estos casos, es el precio en que la cosa se haya vendido y no el que realmente se aprecie como real valor de lo vendido por peritos tasadores o por baremos u otro medio de determinar teóricamente el valor de cada predio según sus cualidades, situación y circunstancias, no es menos cierto que regularmente las cosas se venden por lo que valen (...) y por ello se ha de prestar atención a los peritajes practicados en juicio sobre el valor de las fincas objeto de este retracto». En el supuesto enjuiciado los compradores aportan al pleito un documento privado, de fecha no probada, en el que figura un precio muy superior al escriturado y, por ende, consignado por el actor. Ante esta situación, el Tribunal atiende a la valoración de las fincas efectuada por los peritos del demandante, que coincide con la cantidad consignada, llegando a la conclusión de que en «el documento público se hizo figurar un valor real de venta y que en el privado (...) se intenta cohibir el derecho de retracto consignando un precio excesivo respecto al valor real de las fincas vendidas».

65 La STS de 7 julio 1995 (RJ 1995/5564, retracto de comuneros) es terminante al respecto: «Naturalmente el precio a satisfacer ha de ser el pagado por el primer adquirente en cuya posición se subroga la retrayente, y ello aunque una Sentencia de 7 febrero 1959, que por ser única no constituye jurisprudencia, hiciera referencia a que el pago en caso de segunda transmisión, había de ser el de ésta. Criterio que además de aislado es insostenible, porque ello podría alterar los requisitos del retracto contenidos en el artículo 1518 del Código Civil, simplemente con sucesivas transmisiones». Vid. en el mismo sentido C.M. DÍEZ SOTO, *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 140.

66 Sirvan de ejemplo las SSAT de Zaragoza de 16 abril 1970 y de 19 enero 1987. Este criterio resulta coincidente, por lo demás, con el sustentado por la doctrina del Tribunal Supremo en materia de retractos legales; vid. p.e. SSTS de 30 septiembre 1992 (RJ 1992/7419, retracto de comuneros) y de 25 marzo 1994 (RJ 1994/2536, retracto de coherederos).

67 STS de 30 septiembre 1992 (RJ 1992/7419, retracto de comuneros): «La Sala no desconoce su propia doctrina, en cuanto viene reiteradamente declarando: que (...) la consignación efectuada ante Juez que carece de jurisdicción para el conocimiento del proceso, no puede surtir efectos de clase alguna». En el supuesto enjuiciado el Alto Tribunal declara bien hecha la consignación efectuada en un Juzgado de Primera Instancia diferente del que finalmente conoce del litigio, argumentando lo que sigue: «realmente la consignación efectuada y admitida por el Juzgado núm. 3 de Valencia, lo fue ante un órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto, de tal forma que bien pudo haberle correspondido en el reparto el conocimiento de la demanda que aquí nos ocupa».

Otro asunto de interés vinculado con las cuestiones expuestas que ha encontrado solución explícita en la nueva regulación tiene que ver con el modo en que debe efectuarse la consignación. En este punto, el art. 59.1 LDCP (art. 595.1 CDFA) prevé que la consignación podrá realizarse no sólo en metálico, sino también mediante un medio de garantía el aval cambiario o el cheque conformado<sup>68</sup>, haciéndose así eco de la jurisprudencia en materia de retractos legales vertida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo desde la década de los noventa del pasado siglo<sup>69</sup>.

En todo caso, en la Ley de Derecho Civil Patrimonial, al igual que sucedía bajo la vigencia de la Compilación, el cumplimiento de este requisito se supedita al conocimiento por parte del ejercitante del derecho de abolorio del precio de venta o, en general, de la contraprestación pactada. En cambio, si lo desconoce, el art. 59.2 LDCP (art. 595.2 CDFA) le exige de modo novedoso la consignación -o garantía, ha añadido el Informe de la Ponencia, en línea con el art. 266.3º LEC<sup>70</sup>- del precio en que estime que se ha verificado la enajenación, si bien faculta al juez a ordenarle que la complete, de considerarla insuficiente.

Una última precisión a efectuar en relación con la consignación consiste en que tal presupuesto no alcanza a los gastos del contrato ni a los gastos necesarios y útiles hechos en el bien o bienes transmitidos. En efecto, aunque tales gastos, según dispone el art. 60.2 LDCP (art. 596.2 CDFA), deban reembolsarse al adquirente en el caso de ejercitarse con éxito el derecho de abolorio, no se exige su consignación al presentar la demanda, lo que resulta a todas luces lógico habida cuenta de la dificultad de conocer la cuantía de dichos gastos en tal momento, sin olvidar la existencia de una consolidada doctrina del Tribunal Supremo en tal sentido<sup>71</sup>. Cuestión diferente es que el retrayente voluntariamente consigne los gastos ya conocidos, sin perjuicio que durante el proceso tales gastos se vean incrementados por otros abonos que también haya efectuado el adquirente<sup>72</sup>.

### **3.3. Requisitos de admisibilidad de la demanda: La presentación de un principio de prueba documental del título en que se funde la demanda y la justificación de la consignación o garantía**

Junto a los requisitos formales analizados, el art. 59.3 LDCP (art. 595.3 CDFA) introduce novedosamente dos requisitos adicionales, a cumplir cuando el derecho se ejercite judicialmente.

<sup>68</sup> La introducción de esta precisión, a mi juicio innecesaria, obedece a una enmienda del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (la núm . 43), aprobada en fase de Ponencia.

<sup>69</sup> En este punto hay que hacerse eco de la flexibilización que, respecto a la manera de materializarse la consignación, ha operado el Tribunal Constitucional, al que ha seguido el Tribunal Supremo, al admitir primeramente el cheque conformado (STC 12/1992, de 27 de enero; y SSTs de 30 mayo 1995 y de 16 febrero 2004) y con posterioridad el aval bancario (SSTC 145/1998, de 30 de junio y 189/2000, de 10 julio; y SSTs de 15 abril de 1998, de 8 abril 2000, de 17 mayo 2002 y de 14 mayo 2004). La STS de 11 julio 1996 niega, sin embargo, la condición de medio consignatorio a los cheques cruzados, «pues es llano que (...) ni tienen la garantía propia del aval bancario ni menos aún valor como cheques bancarios conformados».

<sup>70</sup> Añadido fruto de la enmienda 43 del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista.

<sup>71</sup> En efecto, el Tribunal Supremo desde fechas tempranas excluye los gastos legítimos de la obligación de consignar, tal y como resulta de las sentencias enumeradas a continuación: SSTs de 31 diciembre 1897 (JC, t. 82, núm. 233, retracto de colindantes, de 13 julio 1945 (JC, junio-sept., núm. 60, retracto de comuneros), de 20 junio 1949 (RJ, núm. 735, venta a carta de gracia catalana), de 20 mayo 1991 (RJ, núm. 3773, retracto de comuneros), de 16 marzo 1992 (RJ, núm. 2185, retracto arrendaticio urbano) y de 28 julio 1997 (RJ, 1997/6308, retracto arrendaticio urbano).

<sup>72</sup> Tal y como sucedió en la SJPI núm. uno de Huesca de 26 de octubre de 1991.

El primero de ellos radica en la exigencia de un principio de prueba documental del título en que se funde aquella, sin duda a fin de garantizar la seriedad de las pretensiones de abolorio. Tal presupuesto, contemplado genéricamente en el art. 266.3º LEC en relación con las demandas de retracto, a efectos del derecho de abolorio se concreta en la justificación tanto del parentesco del demandante con el enajenante como de la condición de abolorio de los inmuebles enajenados.

En segundo lugar, la Ley de Derecho Civil Patrimonial impone al ejercitante del derecho, también de modo coincidente con el art. 266.3º LEC, la obligación de acompañar con el escrito de la demanda el documento que justifique la consignación del precio o la prestación de la garantía. Con ello se pretende asegurar al demandado que será reembolsado de las cantidades a que se refiere el art. 60.2 LDCP (art. 596.2 CDFa) en caso de prosperar la demanda<sup>73</sup>.

La aportación de los documentos indicados se requiere como requisito de admisibilidad de la demanda, de tal modo que, por aplicación de los arts. 269.2 y 403.3 LEC, su falta de presentación conllevará la inadmisión a trámite de toda demanda de derecho de abolorio<sup>74</sup>.

## VIII.- EFECTOS.

### 1. Efectos comunes a todos los derechos de adquisición preferente

Válidamente ejercitado el derecho de abolorio en tiempo y forma se derivan los efectos propios de los derechos de adquisición preferente, concretamente en sus modalidades de tanteo y retracto. Tales efectos, silenciados en la Compilación, han sido objeto de regulación específica en el art. 59 LDCP (art. 596 CDFa), poniendo así fin a la incertidumbre existente al respecto<sup>75</sup>.

#### 1.1. Adquisición de la propiedad de los bienes de abolorio en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado

En cuanto derecho de adquisición preferente, el principal efecto que genera el derecho de abolorio es de carácter adquisitivo, produciéndose la adquisición de la propiedad del inmueble o inmuebles familiares por parte del ejercitante en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado; efecto al que se refiere el art. 60.1 LDCP (art. 596.1 CDFa), en términos práctica-

<sup>73</sup> Este segundo requisito, no previsto en el Proyecto de Ley, ha sido introducido en fase de Ponencia, con base en una enmienda (la núm 44) del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista.

<sup>74</sup> Tal es la interpretación del art. 266.3º LEC que ofrece la doctrina procesalista mayoritaria y que bien puede adoptarse en relación con el art. 59.3 LDCP (art. 595.3 CDFa). Vid. p.e. A. DE LA OLIVA SANTOS, en A. DE LA OLIVA SANTOS et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 495-496; J.F. VALLS GOMBAU, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, art. 266, coords. M.Á. Fernández-Ballesteros, J.M. Rifá Soler y J.F. Valls Gombau, t. I, cit., pp. 1209-1212 y 1214-1216; F. CORDÓN MORENO, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, art. 266, coords. F. Cerdón Moreno, T. Armenta Deu, J. Muerza Esparza e I. Tapia Fernández, vol. I, cit., pp. 983-986; y A. RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el desahucio, retracto y otros procesos de arrendamiento», *AC*, 2001-3, pp. 1013-1014. Singularmente, A.A. PÉREZ UREÑA, «La consignación en el retracto de arrendamientos urbanos», *El Derecho. Diario de jurisprudencia*, núm. 1985, 3 de mayo de 2004, p. 3, propone una interpretación flexible del art. 266 LEC, de tal manera que, a su juicio, la no acreditación de la consignación antes de la presentación de la demanda no puede ser causa de inadmisión de la misma, pudiendo ser subsanada posteriormente con base en el art. 231 LEC.

<sup>75</sup> Interesa notar que el texto definitivamente aprobado se corresponde íntegramente con el del Proyecto de Ley (art. 62), ya que si bien éste fue objeto de una enmienda del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (la núm. 45), la misma no llegó a ser aprobada.

mente coincidentes con los del art. 1521 Cc. De ello resulta que el retrayente sólo estará obligado a soportar las cargas y gravámenes constituidos sobre la cosa antes de consumarse la enajenación pero no los que imponga posteriormente el adquirente<sup>76</sup>. En efecto, el retrayente quedará afectado por los derechos reales limitados y, en general, los gravámenes que se hayan constituido sobre el inmueble con anterioridad al momento señalado, de tal manera que sus titulares tendrán frente a él todas las acciones derivadas de los mismos. Por el contrario, y como consecuencia lógica de la eficacia del retracto legal frente a terceros, aun cuando hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos *ex art. 37.3º LH*, aquellos derechos o gravámenes que haya constituido el adquirente tras la enajenación quedarán extinguidos como consecuencia del ejercicio de la preferencia adquisitiva<sup>77</sup>, siempre que así lo solicite judicialmente, en virtud del principio dispositivo que rige los procesos civiles, y demande a sus respectivos titulares<sup>78</sup>. Adicionalmente, en caso de haber tenido acceso tales derechos al Registro de la Propiedad, serán canceladas las correspondientes inscripciones<sup>79</sup>.

La nueva Ley, sin embargo, ha optado por no pronunciarse acerca del mecanismo o procedimiento a través del cual tiene lugar la adquisición de la propiedad por aquél que ejercita el derecho de abolorio, lo que resulta razonable habida cuenta del carácter esencialmente dogmático de esta cuestión. Para clarificarla resulta necesario, por consiguiente, tener en cuenta las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales que se han acuñado en torno a los tanteos y retractos legales.

De este modo, en el caso del tanteo, la práctica totalidad de la doctrina considera que tal derecho opera mediante la subrogación del tanteante en la posición del comprador<sup>80</sup>.

Sin embargo, por lo que se refiere al retracto, la cuestión resulta mucho más discutida, habiéndose sucedido diversas teorías al respecto.

<sup>76</sup> Tal es el parecer de la doctrina científica y legal relativa a la figura genérica del retracto legal. Vid. p.e. C.M. DÍEZ SOTO, *Ejercicio y efectos...*, cit., p. 183; E. BOSCH CAPDEVILA, E. BOSCH CAPDEVILA, *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 218; y, en la jurisprudencia más reciente, las SSTs de 9 marzo 1999 (EDJ 1999/2230, retracto arrendaticio rústico) y de 14 junio 2004 (RJ 2004/5055, retracto arrendaticio rústico).

<sup>77</sup> Se pronuncian en este sentido Á.L. REBOLLEDO VARELA, en *Comentario del Código civil*, art. 1521, t. II, cit., p. 1009; M. FERNÁNDEZ ARROYO, «Una aproximación al estudio del retracto legal en el Código civil español», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 10, 1992, p. 263; R.Mª. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 8ª ed., 1995, t. III, p. 540; R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., pp. 471-472; D. BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros...*, cit., pp. 247-248; y J. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, *El retracto legal...*, cit., p. 997. Asimismo, puede traerse a colación la RDGRN de 8 mayo 1959 (RJ 1959/1944, retracto arrendaticio rústico), de cita reiterada por la doctrina.

<sup>78</sup> Ello de acuerdo con la STS de 9 marzo 1999 (RJ 1999/2230, retracto arrendaticio rústico). G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dtres. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XIX, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1991, p. 622, defiende, sin embargo, la liberación automática de los gravámenes.

<sup>79</sup> Acerca del modo de proceder a la cancelación de los derechos inscritos, la precitada RDGRN de 8 mayo 1959 se pronuncia a favor de la cancelación automática, no sin la opinión en contra de R.Mª. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. III, cit. p. 542.

<sup>80</sup> En tal sentido se pronuncian p.e. A. DEL MORAL Y DE LUNA, «Los derechos de adquisición y el problema de su rango», *AAMN*, t. VIII, 1954, p. 331; J. SANTOS BRIZ, «Los derechos de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española», *RDP*, 1971, p. 337; M. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto...*, cit., p. 56; M. FERNÁNDEZ ARROYO, «Una aproximación...», cit., p. 252; Á. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «El derecho de tanteo...», cit., p. 880; F.A. RODRÍGUEZ MORATA, *El derecho de Tanteo...*, cit., pp. 55 y 73; J.M. CUTILLAS TORNS, *El retracto...*, cit., p. 129; y E. BOSCH CAPDEVILA, *Opción, tanteo y retracto...*, cit., p. 212. De este planteamiento mayoritario discrepa, sin embargo, I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, p. 330, para defender la celebración de un contrato de compraventa entre el dueño y el tanteante, distinto del celebrado por aquél con un tercero.

Así, la doctrina inmediatamente anterior al Código civil predicaba del retracto legal el efecto de *rescindir* o *anular* la venta<sup>81</sup>, sin que faltasen los autores que adicionalmente le atribuían un efecto subrogatorio<sup>82</sup>.

Tras la publicación del Código civil, y tratando de conciliar lo dispuesto en sus arts. 1506 y 1521, la generalidad de los autores atribuyeron al retracto un doble efecto, resolutorio y subrogatorio, en relación con el contrato transmisivo que le da origen<sup>83</sup>.

En la doctrina más reciente las opiniones se decantan mayoritariamente por la subrogación, negando la resolución del contrato<sup>84</sup>. Una tesis que suscita menos adhesiones es la que combina ambos efectos<sup>85</sup>. Asimismo, puede calificarse de minoritaria la posición de aquellos que defienden la resolución del contrato inicial y la celebración de uno nuevo<sup>86</sup>. Por lo demás, hay autores que, al margen de lo dispuesto en los arts. 1506 y 1521 Cc, consideran que el ejercicio del retracto legal no comporta un efecto subrogatorio ni resolutorio, sino una segunda transmisión del inicial adquirente al retrayente<sup>87</sup>, una facultad de opción<sup>88</sup>, una novación

81 F. GARCÍA GOYENA y J. AGUIRRE, *Febrero ó Librería de jueces, abogados y escribanos*, t. III, Madrid, Imprenta de I. Boix, 1844, p. 45; I.J. DE ASSO y M. DE MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 7ª ed. (revisada por J.M. PALACIOS), Madrid, Imprenta de D. Tomás Alban, 1806. t. II, p. 109; y J. SALA, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, 2ª ed., t. II, Valladolid, Imprenta de H. de Rodríguez, 1868, p. 409.

82 J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, ed. revisada por L. GALINDO Y DE VERA y J. VICENTE Y CARAVANTES Madrid, Imprenta de E. Cuesta, t. IV, 1876, voz «retracto», p. 936; B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, Librería de Sánchez, t. II, 2ª ed., 1868, p. 401; M. NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, t. II, Madrid, 1880, p. 246; J. SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, *El Derecho civil español* (en forma de Código), Madrid, 1871, p. 362; P. GÓMEZ DE LA SERNA y J.M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, t. II, 13 ed., Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881, p. 268; y J.A. ELÍAS, *Derecho civil general y foral de España*, t. III, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, 1884, p. 99.

83 Así se hace constar por R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., pp. 459-460, nota 350, con cita de numerosa doctrina en este sentido, a la que cabe añadir G. BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español*, t. III, Valladolid, Imprenta de Andrés Martín, 1900. p. 840; y F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. I, Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1929, p. 433.

84 Se pronuncian en este sentido A. DEL MORAL Y DE LUNA, «Los derechos de adquisición...», cit., p. 331; L. STAMPA, «Retratos legales y normas de preferencia a las que dan lugar», RDN, t. XIX, 1958, p. 239; J. SANTOS BRIZ, *Derechos reales de adquisición...*, cit., p. 350; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 3º, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1974, p. 402; D. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. II, 7ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pp. 649-650; G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil...*, art. 1521 Cc, t. XIX, cit., p. 637; F. SANCHO REBULLIDA, en J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2º, nueva ed. revisada y puesta al día por A. LUNA SERRANO, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 434 y 441; P. AVILA NAVARRO y F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil», RCDI, 1993, p. 697; F. BLASCO GASCÓ, en A.M. LÓPEZ, V.L. MONTÉS y E. ROCA, *Derecho civil. Derechos reales...*, cit., p. 422; y M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE et al., *Curso de Derecho civil*, vol. III, Ed. Colex, Madrid, 2004, pp. 632-633.

Esta opinión, sin embargo, es matizada por C.M. DÍEZ SOTO, *Ejercicio y efectos...*, cit., pp. 181-196, en el sentido de que el efecto subrogatorio sólo opera respecto de las posiciones activas derivadas del contrato transmisivo que da origen al retracto; en cambio, respecto de las posiciones pasivas, el ejercicio del retracto implica una novación de las obligaciones asumidas por el retraído.

85 Tal es el parecer de C. ALVÁREZ MARTÍNEZ, «La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser», RGD, 1955, pp. 359 y 469; J. GÓMEZ CALERO, «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español», RDP, 1963, pp. 779-780; y R.Mª. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. III, cit., p. 535, nota 110.

86 Vid. en este sentido M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª ed., Universidad de Madrid, Madrid, 1986, pp. 353-354.

87 Son de esta opinión A. BALLARÍN MARCIAL, «Comentario a la STS de 19 de noviembre de 1955», RDP, 1956, p. 294; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Retracto...», cit., p. 332; M. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto...*, cit., p. 56, y P.A. MUNAR BERNAT, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, art. 25, coord. C. Lasarte, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 674; R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., pp. 465-468; M. FERNÁNDEZ ARROYO, «Una aproximación...», cit., p. 252; D. BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros...*, cit., pp. 23 y 198; J.Mª. CUTILLAS TORNS, *El retracto...*, cit., p. 129; V. RIVERA SABATÉS, *El retracto convencional*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 142; y M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, cit., pp. 811-812.

88 Defienden esta tesis L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 5ª reimpresión de la 7ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 512; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, en *Comentario del Código civil*, art. 1506, dtres. C. Paz-Arés

legal<sup>89</sup> o una cesión del contrato *ex lege*<sup>90</sup>. Finalmente, algunos autores mantienen una posición ecléctica, como es el caso de López-Galiacho, al señalar que sólo cabe hablar de subrogación si los efectos de la transmisión no se han consumado; pero de haberse consumado, lo que se produce es una segunda transmisión del adquirente retraído al retrayente<sup>91</sup>.

Una evolución similar es posible apreciar en la doctrina del Tribunal Supremo en materia de retracto legal. En efecto, mientras la jurisprudencia inmediatamente posterior al Código civil compatibiliza los efectos subrogatorio y resolutorio<sup>92</sup>, en fechas más recientes el Alto Tribunal adopta mayoritariamente la tesis de la subrogación<sup>93</sup>, sin perjuicio de la existencia de algunas sentencias en las que se advierte una posición distinta, ya que en las mismas se defiende la resolución del contrato transmisivo<sup>94</sup> o la existencia de una nueva transmisión<sup>95</sup>.

Examinadas las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales, por mi parte entiendo que el problema enunciado presenta dos aspectos diferentes: de una parte, el mecanismo en virtud del cual opera la referida adquisición tanto en la enajenación que da origen a la preferencia adquisitiva como, en su caso, en las enajenaciones posteriores, cuestión esta en la que parece haber centrado su atención exclusivamente la doctrina y la jurisprudencia<sup>96</sup>.

En relación con primera cuestión, creo que puede defenderse que el ejercicio del derecho de abolorio, siempre que concurren los requisitos legales, provoca la adquisición *ex lege* de la propiedad a favor del ejercitante, sin que, por tanto, sea necesaria la *traditio*<sup>97</sup>. De este modo, resultaría que la adquisición de la propiedad que tiene lugar en virtud del ejercicio del derecho de abolorio constituiría una adquisición «por ley» en los términos establecidos en el art. 609.2 Cc, y no una adquisición mediante contrato acompañado de *traditio*<sup>98</sup>.

Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo y P. Salvador Coderch, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, t. II, p. 989; y F.A. RODRÍGUEZ MORATA, *El derecho de Tanteo...*, cit., p. 75.

89 A. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, ed. revisada y puesta al día por M. DE COSSÍO MARTÍNEZ, Manuel y J. LEÓN ALONSO, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 353.

90 C. LASARTE, *Principios de Derecho civil*, t. V, 3ª ed., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 214.

91 J. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «El retracto legal...», cit., p. 993.

92 Vid. p.e. las SSTs de 6 marzo 1942 (RJ 1942/622, retracto de comuneros) y de 21 diciembre 1946 (RJ 1947/2, retracto de colindantes).

93 Vid. p.e. las SSTs de 9 abril 1957 (RJ, 1957/1947, retracto arrendaticio urbano), de 28 marzo 1969 (EDJ 1969/77, retracto arrendaticio urbano), de 20 septiembre 1988 (EDJ 1988/7137, retracto arrendaticio urbano), de 4 julio 1988 (RJ 1988/5555, retracto de origen convencional), de 31 octubre 1988 (EDJ 1988/8554, retracto arrendaticio rústico), de 30 enero 1989 (RJ 1989/158, retracto de comuneros), de 11 mayo 1992 (EDJ 1992/4554, retracto de comuneros), de 30 junio 1994 (EDJ 1994/5713, retracto de comuneros), de 7 julio 1995 (RJ 1995/5564, retracto de comuneros), de 20 mayo 2004 (RJ 2004/3574, retracto a favor de ente público) y de 14 marzo 2005 (RJ 2005/2231, tanteo convencional).

94 SSTs de 14 julio 1982 (retracto de coherederos) y de 16 diciembre 1993 (EDJ 1993/11554, retracto de comuneros).

95 SSTs de 17 abril 1958 (RJ 1958/1484, retracto arrendaticio urbano) y de 17 julio 1997 (EDJ 1997/49950, retracto de comuneros).

96 Así lo entiende, igualmente, G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil...*, art. 1521 Cc, t. XIX, cit., p. 636.

97 Tal es la opinión de G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil...*, art. 1521 Cc, t. XIX, cit., pp. 636, 639 y 641; y de M<sup>a</sup>.A. PARRA LUCÁN, en *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre el Anteproyecto de la Ley de Derecho Civil Aragonés, acta de la sesión de 22 octubre 2008*, que suscribo plenamente.

98 Defiende, por el contrario, la aplicación del sistema del título y modo a los derechos de adquisición preferente M. GARCÍA AMIGÓ, «Derechos reales de adquisición preferente (notas para una teoría general)», *RDP*, 1976, p. 130, tesis que suscribe C.M. DÍEZ SOTO, *Ejercicio y efectos...*, cit., p. 184. También se pronuncia en este sentido en relación con el derecho de abolorio J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho...*, cit., p. 239.

En lo que atañe al efecto que produce la adquisición de la propiedad mediante el ejercicio del derecho de abolorio en la enajenación que le sirve de base, la solución difiere según se haya ejercitado en fase de tanteo o de retracto. Adicionalmente, de ejercitarse como tanteo, habrá que atender a que el contrato translativo se haya (o no) perfeccionado. Así, en caso de que la preferencia adquisitiva opere en la fase preparatoria del contrato habrá que entender que quedará sin efecto la enajenación proyectada -ya sea en virtud de unos tratos preliminares o de una promesa de venta-, pudiendo identificarse una oferta de venta irrevocable del dueño al tanteante durante el plazo de ejercicio del tanteo. En cambio, en el supuesto de que se haya producido la perfección del contrato habrá que tomar en consideración el eventual cumplimiento por parte del adquirente de sus obligaciones. Así, de haber satisfecho sus obligaciones y, por ende, tener únicamente la condición de acreedor cabe identificar una subrogación en el crédito. En otro caso, no podrá hablarse propiamente de subrogación, sino de transmisión por virtud de la ley de la entera posición contractual del adquirente con todos los derechos y obligaciones que la integran<sup>99</sup>.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de abolorio en fase de retracto, debe rechazarse con la generalidad de la doctrina que tal ejercicio conlleve la resolución del contrato transmisivo que lo genera, ya que de ser así sus consecuencias jurídicas consistirían en el nacimiento de las recíprocas obligaciones de restitución entre las partes. Y éstas nos llevarían al resultado absurdo de que el comprador devendría obligado a la restitución de la cosa enajenada y retraída al vendedor, y éste, a la devolución del precio al comprador<sup>100</sup>. Por el contrario, dicho contrato queda subsistente, ocupando el retrayente *ope legis* la posición jurídica del adquirente con todos los efectos que aquélla lleve aparejados. No parece, en cambio, que haya una segunda enajenación por parte del adquirente al retrayente si se atiende al tratamiento fiscal de las adquisiciones derivadas del ejercicio del retracto, toda vez que no hay obligación de tributar por dos transmisiones<sup>101</sup>. Por añadidura, esta construcción no permite explicar satisfactoriamente la situación en que queda el retrayente como consecuencia del ejercicio del retracto, ya que de existir una segunda transmisión no resulta fácil justificar legalmente el que el retrayente asuma los derechos y obligaciones derivadas de la primera transmisión.

<sup>99</sup> Y es que, de acuerdo con la generalidad de la doctrina, el concepto técnico de subrogación sólo es aplicable a las posiciones crediticias. Vid. en este sentido C. VATTIER FUENZALIDA, «Notas sobre la subrogación personal», *RDP*, 1985, pp. 492-493; F. SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, art. 1209 Cc*, dtos. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XVI, vol. 1º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, p. 776; F. CAPILLA RONCERO, voz «subrogación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, t. IV, p. 6383; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., t. II, p. 826; y F. BONDÍA ROMÁN, «La subrogación en el crédito», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, J.M. Bosch Ed., Barcelona, 1993, t. II, pp. 980-981.

<sup>100</sup> En tal sentido se pronuncian p.e. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Retracto...», cit., p. 331; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema...*, cit., vol. III, p. 512; D. BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros...*, cit., pp. 23 y 198; R.Mª. ROCA SASTRE y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. III, cit., p. 536; F.A. RODRÍGUEZ MORATA, *El derecho de Tanteo y Retracto...*, cit., pp. 55 y 73; y J. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «El retracto legal...», cit., p. 990. Vid. en los mismos términos la STS de 11 mayo 1992 (RJ 1992/3896, retracto de comuneros).

<sup>101</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse P. GÓMEZ LÓPEZ, «Aspectos fiscales del derecho de abolorio», en *Actas de los Octavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., pp. 117-178.

## 1.2. Reembolsos definitivos a efectuar por el retrayente

Otro de los efectos del derecho de abolorio radica en los reembolsos definitivos a efectuar por su titular cuando lo ejercite después de la enajenación, cuestión a la que se refiere novedosamente el art. 60.2 LDGP (art. 596.2 CDFR), precepto que debe interpretarse conjuntamente con el art. 58.1 de la misma Ley (art. 594.2 CDFR).

De la lectura conjunta de ambos preceptos resulta que la obligación solutoria que recae sobre el retrayente no alcanza sólo al precio, sino que también se extiende a los demás gastos satisfechos por el adquirente en atención a la enajenación efectuada a su favor y al bien o bienes adquiridos. Ahora bien, a efectos de su cumplimiento es posible distinguir dos momentos diferentes.

Así, al tiempo de proceder al ejercicio del derecho de abolorio, ya sea judicial o extrajudicialmente, el pariente habrá de entregar o, en su caso, consignar el precio pagado o que se comprometió a pagar el adquirente.

Sólo en un momento posterior, y como efecto o consecuencia vinculada al ejercicio mismo del derecho de abolorio, el retrayente habrá de satisfacer los gastos ocasionados por el contrato y los gastos necesarios y útiles que el adquirente haya hecho en el bien adquirido, a fin de garantizar la indemnidad patrimonial de éste<sup>102</sup>. Obviamente, tales gastos, normalmente desconocidos por el retrayente, habrán de determinarse durante la tramitación del proceso o en ejecución de sentencia, en caso de que se haya ejercitado judicialmente el derecho<sup>103</sup>. En cambio, de haberlo ejercitado extrajudicialmente, los referidos gastos habrán de fijarse por el retrayente y el adquirente de mutuo acuerdo y sólo, en su defecto, cabrá acudir a la vía judicial para dirimir qué gastos ha efectuado el adquirente y cuáles son reembolsables.

En cualquier caso, el precio y demás cantidades reembolsables vendrán determinadas por la primera enajenación, ya que es la que origina el derecho de abolorio, sin que pueda admitirse la tesis mantenida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo (p.e. STS de 7 de febrero de 1959, sobre retracto de colindantes), según la cual, en caso de transmisiones sucesivas, el retrayente ha de reembolsar el precio pagado y los gastos realizados por los diferentes adquirentes<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> No obstante, si la enajenación tiene lugar dentro del plazo de treinta días previsto en el art. 58.1 LDGP (art. 594.2 CDFR) para ejercitar el tanteo, no parece que razonable que el retrayente asuma los gastos indicados, surgiendo la duda sobre si podrá repetirlos contra el enajenante. De hecho, tal hipótesis fue prevista por la enmienda núm. 45 del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista para cargar al retrayente con estos gastos únicamente en el caso de que el adquirente hubiese actuado de mala fe, esto es, a sabiendas de la existencia de la notificación previa a los parientes. No así cuando el adquirente hubiese actuado de buena fe, reconociendo en tal caso al retrayente el derecho a reclamar su reembolso al enajenante, así como la diferencia entre el precio pagado por el adquirente y el previamente notificado, de haberla. Esta enmienda, a todas luces muy razonable, no ha sido aprobada.

<sup>103</sup> Bajo la vigencia de la Compilación de 1967, consideran que los gastos han de determinarse durante la tramitación del procedimiento la SJPI núm. uno de Jaca de 31 julio 1991, la SJPI núm. uno de Huesca de 26 octubre 1991 y la SJPI núm. uno de Jaca de 14 diciembre 2004. En cambio, posponen la fijación de los gastos a la fase de ejecución de sentencia las SSAP de Zaragoza de 23 junio 1989 y de 16 noviembre de 2001, así como la SJPI de Calamocha de 25 octubre 1990.

<sup>104</sup> Así lo entienden, igualmente, C.M. DÍEZ SOTO, *Ejercicio y efectos...*, cit., pp. 140-141; y J. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «El retracto legal...», cit., p. 994. La STS de 7 febrero 1959 puede consultarse en RJ 1959/465.

## 2. Efecto específico del derecho de abolorio: La prohibición de disponer del bien adquirido por derecho de abolorio

Junto a los efectos expuestos, comunes a todos los derechos de tanteo y retracto, la nueva Ley mantiene en su art. 60.3 (art. 596.3 CDFA) como efecto específico del derecho de abolorio la prohibición de disponer el bien o bienes adquiridos por derecho de abolorio del art. 151 Comp., si bien con dos importantes novedades.

La principal innovación radica en la restricción del ámbito subjetivo de la prohibición. En efecto, en los términos en que se expresa el art. 60.3 LDGP («el adquirente por derecho de abolorio no podrá enajenar...») resulta claro que la prohibición sólo vincula al adquirente por derecho de abolorio y no a los posteriores subadquirentes, como, en cambio, se desprendía de la fórmula empleada por el art. 151 Comp. («el inmueble adquirido por derecho de abolorio es inalienable...»).

También es de destacar la limitación de que ha sido objeto el alcance de la prohibición. En efecto, la nueva Ley ha adoptado la solución de la Compilación, según la cual la prohibición sólo rige frente a las enajenaciones realizadas por actos *inter vivos*<sup>105</sup>, ya sean onerosos o gratuitos. Sin embargo, restringe su alcance -y aquí radica la novedad- a las enajenaciones voluntarias<sup>106</sup>, quedando excluidas, por consiguiente las enajenaciones forzosas de cualquier naturaleza que sean, solución que encuentro plenamente justificada. En efecto, como se defendió en otro lugar<sup>107</sup>, dicha prohibición no puede impedir las enajenaciones forzosas que sean el resultado del ejercicio de potestades administrativas, tales como la expropria-

105 Nada impide, por consiguiente, las transmisiones *mortis causa* mientras rige la prohibición, ya se efectúen a través de la sucesión legal, testada o paccionada. Y ello aunque el pacto sucesorio conlleve una transmisión actual de los bienes al instituido heredero o legatario -posibilidad que contempla el art. 71.1.a Lsuc. (actual art. 386.1.a CDFA)-, ya que ello no altera su naturaleza de acto *mortis causa*, en cuanto se dirige, en todo caso, a ordenar la sucesión del instituyente. A la misma conclusión puede llegarse con la ejecución de la fiducia sucesoria, toda vez que también tiene como objeto regular el destino *post mortem* del patrimonio de una persona, sin perjuicio de que deba verificarse, en principio, en virtud de acto *inter vivos* (art. 141 Lsuc., actual art. 456.1. CDFA). Por el contrario, habrá que considerar afectados por la prohibición aquellas enajenaciones a título oneroso que pueda efectuar el fiduciario o fiduciarios estando pendiente de ejecución la fiducia, al amparo del art. 138 Lsuc. (art. 453 CDFA).

106 Deben considerarse excluidos de la prohibición, por tanto, los actos de gravamen o constitutivos de derechos reales limitados, cuando no lleven ínsita la facultad de enajenar el bien gravado. De este modo, sobre el inmueble adquirido por derecho de abolorio podrá establecerse un derecho de usufructo, uso o habitación, una servidumbre, un censo consignativo o un derecho de superficie, siempre que sea temporal y que no se haya pactado la transmisión del dominio del suelo a favor del superficiario como modo de extinción de tal derecho. También podrán establecerse sobre el bien de abolorio cualesquiera derechos de adquisición preferente cuyo ejercicio se supedita al transcurso del plazo de duración de la prohibición. É igualmente, podrá ser gravado con una hipoteca con pacto de no ejecución hasta transcurrida la vigencia de la prohibición.

En cuanto a la renuncia abdicativa, aunque propiamente no constituya un acto de enajenación, también debe entenderse afectada por la prohibición, ya que, en otro caso, no se cumpliría la *ratio* de la norma, en cuanto los bienes salen del patrimonio del pariente

Por su parte, el arrendamiento, con independencia de que se asimile a los actos de disposición o a los actos de administración en función de sus concretas características, debe considerarse excluido, en todo caso, de la prohibición, al no implicar la enajenación del inmueble adquirido por derecho de abolorio.

Del mismo modo, han de considerarse ajenos a la prohibición aquellos actos que impliquen una modificación del inmueble, ya sea física (p.e. la accesión) o registral (p.e. agrupaciones, agregaciones y segregaciones, deslinde, declaración de obra nueva, exceso de cabida), o del propio derecho de propiedad (p.e. transformación de comunidad ordinaria en propiedad horizontal).

107 *El derecho de abolorio*, cit., p. 853.

ción forzosa, los procedimientos de gestión urbanística y de ordenación agraria o las subastas administrativas, en las que el interés público tiene evidente carácter prevalente; pero tampoco -aunque resulte más discutible- las enajenaciones judiciales seguidas en los procesos civiles.

Los demás extremos de la prohibición permanecen inalterables.

Así, como en la Compilación, en la nueva regulación su plazo de duración es de cinco años, plazo éste, sin duda, lo suficiente prolongado para disuadir a quienes pretendan ejercitar el derecho de abolorio con mero ánimo de lucro.

En segundo término, por lo que se refiere a las personas frente a las que opera la prohibición, la Ley de Derecho Civil Patrimonial le atribuye, al igual que la Compilación, carácter absoluto, en el sentido que alcanza tanto a las enajenaciones efectuadas a favor de extraños como a las efectuadas a favor de parientes. Ahora bien, suprime, por innecesaria, la expresión «aun a favor de parientes» que empleaba el art. 151 Comp.

En tercer y último lugar, el art. 60.3 LDPC (art. 596.3 CDFR) mantiene la excepción a la prohibición de disponer, consistente en que el adquirente por derecho de abolorio venga a *peor fortuna* antes del transcurso de los cinco años. Como es obvio, la referida expresión legal no deja de constituir un concepto jurídico indeterminado, cuya verificación corresponderá en última instancia a los órganos judiciales en atención a las circunstancias del caso concreto. Con todo, no creo que pueda hablarse de situación de peor fortuna cuando el adquirente por derecho de abolorio experimente una cierta disminución de su patrimonio, pero no de tal alcance que le resulte forzoso vender el bien adquirido. Y es que de otro modo bastaría con una leve reducción patrimonial para que el adquirente pudiese proceder a su enajenación, con lo que le resultaría muy fácil eludir la prohibición de disponer. Por el contrario, tampoco parece necesario para efectuar la enajenación que el adquirente se encuentre en una situación de total insolvencia económica y menos aún que se ha visto afectado por un procedimiento concursal.

Con independencia de lo anterior, es posible añadir que la expresión «venir a peor fortuna» implica que tal situación sea sobrevenida, de manera que deben excluirse de su apreciación aquellos hechos anteriores al ejercicio del derecho de abolorio.

En cualquier caso, la propia lógica de dicha excepción impone que las enajenaciones sean a título oneroso, ya que de lo que se trata es de paliar la situación de necesidad económica en que se encuentre el adquirente por derecho de abolorio.

## IX.- LA RENUNCIA.

Una cuestión, carente de regulación en la Compilación y que ahora resuelve la Ley de Derecho Civil Patrimonial en su art. 61 (art. 597 CDFR), es la relativa a la renuncia del derecho de abolorio, cuestión ésta que ha suscitado no poco debate en la doctrina y jurisprudencia, en especial, por lo que se refiere al momento en que debe verificarse aquella para que resulte válida y eficaz. A este respecto, debe señalarse que, si bien los autores y los órganos judiciales coinciden en aceptar la

renuncia a los derechos de tanteo y retracto desde el momento de la enajenación<sup>108</sup>, no existe un criterio unánime acerca de la posibilidad de renunciar anticipadamente a estos derechos, esto es, sin que todavía se haya efectuado la enajenación. De este modo, la jurisprudencia mayoritaria así como un sector de la doctrina -en el que me incluyo- niegan la validez de la renuncia anterior a la enajenación, con base en la idea de que, hasta que ésta no tiene lugar, la preferencia adquisitiva no ingresa en el patrimonio del titular y, además, en atención al carácter imperativo de las normas reguladoras de los derechos de adquisición preferente<sup>109</sup>. Frente a esta posición no faltan, sin embargo, los autores que admiten la validez de la renuncia efectuada con carácter previo a la enajenación<sup>110</sup>.

En línea con la segunda posición interpretativa se sitúa en el ámbito normativo el art. 112.3 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, en cuanto se refiere a la posibilidad de renunciar al derecho de saca «en cualquier tiempo», lo que debe entenderse en el sentido de que cabe la renuncia aun antes de que se produzca el intento de enajenación<sup>111</sup>. Y a la misma conclusión parece poder llegarse en relación con el derecho de tornería, en cuanto el art. 568-24.3 de la Ley del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña se refiere a la posibilidad de renunciar a aquél sin otra exigencia que su constancia en escritura pública. Por su parte, la ley 447 del Fuero Nuevo de Navarra se muestra más limitativa, ya que, aunque reconoce la validez de la renuncia de los derechos legales de tanteo y retracto antes de la enajenación, exige que la misma se efectúe con referencia a una enajenación determinada<sup>112</sup>.

Por su parte, el legislador aragonés ha optado por una solución intermedia, toda vez que reconoce la validez de la renuncia previa y genérica del derecho de abolorio, esto es, sin contemplación a una determinada enajenación, si bien debe estar referida necesariamente a bienes concretos. El art. 61 LDCP (art. 597 CDFa) no arbitra, sin embargo, un mecanismo de notificación o publicidad de la renuncia, lo que quizá hubiese sido aconsejable por razones de seguridad jurídica, para evitar así que la renuncia quede al arbitrio del renunciante.

108 Vid. en este sentido M. GARCÍA AMIGÓ, «Derechos reales...», cit., p. 129; J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La renuncia a los derechos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, p. 281; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., p. 352; G. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil...*, art. 1521 Cc, t. XIX, cit., p. 630; F. SANCHO REBULLIDA, en J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos...*, t. III, vol. 2º, cit., p. 443; D. BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros...*, cit., pp. 166-167; Á. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «El derecho de tanteo...», cit., p. 875; y M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, cit., p. 853. Vid., asimismo, la jurisprudencia que se cita en la nota siguiente.

109 SSTS de 21 enero 1965 (RJ 224/1965, retracto arrendaticio urbano), de 6 febrero 1979 (RJ 437/1979, retracto arrendaticio rústico) y de 11 octubre 2001 (RJ 2001/8796, retracto arrendaticio urbano). En la doctrina se pronuncian en contra de la renuncia previa a la enajenación E. SERRANO ALONSO, «Notas sobre el derecho de opción», *RDP*, 1979, pp. 1135-1136; M. GARCÍA AMIGÓ, *id. ibid.*; G. GARCÍA CANTERO, *id. ibid.*; Á. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *id. ibid.*; y A. LÓPEZ AZCONA, *El derecho de abolorio*, cit., p. 866.

110 En concreto, admiten la validez de la renuncia anterior a la enajenación J.I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La renuncia...*, cit., p. 281; F. SANCHO REBULLIDA, en J.L. LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos...*, t. III, vol. 2º, cit., p. 443; y C.M. DÍEZ SOTO, *Ejercicio y efectos...*, cit., pp. 77-78. Por su parte, D. BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros...*, cit., pp. 170-174; y M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, cit., pp. 854-856, llegan más lejos, al admitir, incluso, la renuncia antes del nacimiento de la preferencia adquisitiva -lo que constituye un pacto de no nacimiento-, siempre que su régimen jurídico sea dispositivo, como es el caso, a su juicio, del régimen del Código civil en materia de retractos, opinión de la que personalmente discrepo.

111 También A. CELAYA IBARRA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dtres. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, t. XXVI, cit., p. 510.

112 Como advierte R. BARBER CÁRCAMO, *El retracto...*, cit., p. 372, lo que no permite la legislación civil navarra es una renuncia «en blanco» de los derechos legales de tanteo y retracto, esto es, sin encontrarse todavía fijados los presupuestos para su ejercicio.

## **X.- COLISION CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.**

El derecho de abolorio puede concurrir con otros derechos de adquisición preferente en su ejercicio sobre un mismo bien, originándose una colisión de titularidades que encuentra ahora solución en el art. 62 LDGP (art. 598 CDFR). En este punto el legislador aragonés ha optado por desvincularse de la fórmula precedente (art. 152 Comp.) que atribuía preferencia absoluta al derecho de abolorio sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente, para supeditarlos tanto al retracto de comuneros como a los derechos de adquisición preferente reconocidos a los entes públicos.

Este nuevo orden de prelación resulta, a mi juicio, plenamente fundado. Así, la prioridad de los derechos de adquisición correspondientes a los entes públicos es incuestionable, habida cuenta de la preeminencia que, entiendo, ha de darse, en todo caso, al interés público que subyace en el reconocimiento de tales preferencias adquisitivas. Por su parte, la prevalencia otorgada al retracto de comuneros también se encuentra justificada, habida cuenta de la finalidad que inspira esta modalidad de retracto. Y es que de concurrir un pariente y un comunero -ya sea pariente o no- en la venta de cuota o cuotas indivisas de bienes de abolorio, parece razonable dar preferencia al comunero al objeto de favorecer la salida de la indivisión<sup>113</sup>.

## **XI.- LA OPORTUNA SUPRESION DE LA FACULTAD MODERADORA.**

Por último, y aunque de la polémica que ha existido durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Derecho Civil Patrimonial acerca de la conveniencia (o no) de mantener la facultad moderadora de los órganos judiciales se ocupará M. Domínguez, sí quiero expresar mi total conformidad con la opción del legislador aragonés de haberla suprimido. Y es que, como ya sostuve en otro lugar, dicha facultad que contemplaba el art. 149.2 Comp., aparte de ser absolutamente anómala en el panorama legislativo de los derechos de adquisición preferente, no constituía sino una concreción de la regla general de la prohibición del abuso de derecho del art. 7.2 Cc y, por ende, era superflua<sup>114</sup>.

Zaragoza, 20 de enero de 2011

---

<sup>113</sup> No lo entendió así el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, en cuanto propuso en sus enmiendas (la núm. 46, que fue rechazada) la supresión de la preferencia del retracto de comuneros sobre el derecho de abolorio, por entender que éste sólo ha de ceder ante los derechos de adquisición preferente reconocidos a los entes públicos, planteamiento del que personalmente discrepo.

<sup>114</sup> Vid. mi libro *El derecho de abolorio*, cit., p. 882.

## LA FACULTAD MODERADORA Y LA FINALIDAD DEL DERECHO DE ABOLORIO

MANUEL DOMÍNGUEZ PÉREZ  
Registrador de la Propiedad

### I.- LA FACULTAD MODERADORA.

El legislador de 1967, al introducir en la regulación del derecho de abolorio la luego llamada «facultad moderadora», se limitaba a decir en la Exposición de Motivos de la Compilación: «Se ha incluido una norma de arbitrio judicial para moderar equitativamente el ejercicio de este derecho» Al suprimir tal facultad, el legislador de este año 2010, en la Exposición de motivos de su Proyecto de Ley, se muestra mucho más claro en sus intenciones, y afirma rotundamente: «En cualquier caso el derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que los que la Ley establece.» Entre esas dos frases, hay mucho más que los cuarenta y tres años que las separan. Demasiada distancia, incluso para una figura que ha tenido ya tan largo recorrido. Voy a intentar resumir la historia y la problemática que plantea esta facultad, que de «instrumento de moderación equitativa» se transformó para el legislador en vehículo de «restricciones que la Ley no establece».

El punto inicial de ese recorrido -pues tal facultad no tenía precedentes en nuestro derecho, ni equivalente en otras legislaciones- se encuentra en el artículo 162,2 del Anteproyecto del Seminario de 1961, que decía: «En cualquier enajenación de tales bienes encaminada, a juicio del Tribunal, a eludir el derecho de la saca, podrá éste concederlo aun no mediando las condiciones señaladas en el párrafo anterior y, en todo caso, fijar o moderar equitativamente sus términos.»

Tal fórmula, que se mantuvo en los restantes dos anteproyectos realizados en Aragón, fue sin embargo muy significativamente modificada por la Comisión General de Codificación. A dicho órgano le corresponde la formulación definitiva de la facultad, la que se plasmó en el artículo 149.2 de la Compilación: «Los tribu-

nales, concurriendo las condiciones señaladas, podrán moderar equitativamente el ejercicio de este derecho.»

He calificado de muy significativo el cambio que se produce, porque en el camino entre uno y otro texto ésa «norma de arbitrio judicial» ha sido concretada... y limitada. En el Anteproyecto se le atribuían al Tribunal no una, sino dos facultades: la de conceder el derecho de la saca «aún no mediando las condiciones» -si bien en un supuesto muy determinado-, y la de fijar o moderar sus términos «en todo caso».

De dichos dos términos que usaba el Anteproyecto, «conceder» y «moderar», sólo este último pasa a la Compilación. Y creo que con ello, el legislador de 1967 nos estaba dando una interesante orientación sobre el alcance, contenido y límites de la facultad.

...Pero queda un tercer término. Y es precisamente ése -el que no aparece en ningún texto- el que mayor importancia va a adquirir en la historia y en la aplicación de la «facultad moderadora»: «Denegar» Luego hablaremos de él.

Como cabía esperar, dicha facultad se convirtió en uno de los aspectos más polémicos del régimen jurídico del derecho de abolorio. Y desde el principio. Baste como ejemplo un intercambio de opiniones entre dos reconocidos juristas, que tuvo lugar en el marco de la exposición y el posterior coloquio de una de las ponencias de este Foro, en el año 1969. Así, para Sancho Rebullida, la facultad moderadora era una «norma de cautela muy oportuna en previsión de los actos de piratería que ocasiona, a veces, el retracto» Camón Aznar, por contra, calificó de «muy peligroso y no muy lícito» ese posible medio de obstaculizar el ejercicio del derecho de retracto.

Sólo con esas palabras de uno y otro ya tenemos planteados, en mi opinión, los dos grandes temas, las dos grandes cuestiones polémicas que se entrecruzan y subyacen bajo la «facultad moderadora».

De la primera de ellas, la que plantea Camón Aznar, estábamos hablando, y seguiremos haciéndolo inmediatamente. No es otra que la extensión -y los posibles peligros- de ese ámbito de disposición judicial. Pero con esa gráfica expresión de «actos de piratería que ocasiona a veces el retracto», Sancho Rebullida nos introduce de bruces en la segunda: la innegable desconfianza que - en especial desde la Codificación- despiertan los derechos de adquisición preferente, y tal vez más que ninguno el de abolorio, no sólo entre una parte más que considerable de la Doctrina y de la Jurisprudencia, sino también de la propia sociedad.

Planteado queda, y aunque sea muy brevemente, al final volveremos sobre ello.

Al intentar analizar el contenido de la facultad, antes hemos pronunciado -y dejado en el aire- una palabra, que va a ser necesario repetir muchas veces: «Denegar».

Ya sabemos que en el artículo 149,2, pese a haberse planteado expresamente tal posibilidad, no se incluyó la facultad de «conceder el derecho sin la concurrencia de todas las condiciones» Pero en ninguna parte, en ninguno de los textos, se

hace referencia alguna a la posibilidad contraria, la de denegar el ejercicio del derecho con - o pese a que concurren- todas las condiciones que la Ley exige.

Y llegados a este punto, creo necesario plantear una cuestión, no sé si terminológica o de simple lógica: ¿«Moderar» y «Denegar» no son términos incompatibles? O se concede, o se deniega, o –lo intermedio- se modera; o sea, se concede parcialmente o con limitaciones. (O planteado de otro modo: ¿Cómo se modera el ejercicio de un derecho...si no se puede ejercitar porque ha sido denegado?)

Lo cierto es que, aunque una parte de la Doctrina sí destaca esa posible incompatibilidad, como por ejemplo García Cantero al decir que dicha previsión legal «no puede apoyar una denegación de la demanda que reúna todos los requisitos legales (...), pues ello va radicalmente en contra del concepto de moderación», otros autores -y una más que nutrida representación de la Jurisprudencia- no parecen ver ni contradicción ni problema alguno en ello. Todo lo contrario, ya que en la práctica, la consecuencia más habitual de la aplicación de la facultad de moderar el ejercicio del derecho por los Tribunales, ha consistido precisamente en denegarlo. Creo que el ejemplo más claro de dicha interpretación del ámbito de la facultad nos lo da la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de Noviembre de 2001: «el ejercicio de la mencionada facultad no tiene por qué consistir necesariamente en la denegación del derecho» Es decir, «puede consistir en alguna otra cosa que no sea denegar...aunque no es lo habitual.»

Curiosamente ésa misma sentencia que tan contundente prueba ofrece de lo que los Tribunales han entendido generalmente por «aplicar la facultad moderadora», es una de las que más intentan profundizar en una concepción totalmente distinta de qué significa y en que consiste «moderar», y habla así de «ajustar las condiciones del derecho a los verdaderos intereses en juego y el comportamiento que en el mismo hayan tenido las partes», o de , «la recomposición y equilibrio de los intereses en conflicto que el ejercicio del derecho puede romper». Y como consecuencia de todo ello resuelve el caso que juzgaba fijando un precio distinto al que se pretendía pagar. Es decir, «moderando» simplemente uno de los términos o condiciones.

Pero se puede afirmar que esta interpretación «estricta» del término «moderar», es muy minoritaria, e incluso se ha llegado a argumentar en su contra que darle ese alcance a la «facultad moderadora» sería dejarla prácticamente vacía de contenido.

Queda aún una tercera interpretación de cuál es el ámbito de la facultad. Es aquélla que deduce de la expresión «moderar equitativamente» que su función es impedir el abuso de derecho. Se llega a señalar así, que el artículo 149,2 sería en cierto sentido un precedente para un caso concreto del principio que luego vino a establecer con carácter general el artículo 7 del Código Civil. Sobre el particular tal vez baste decir que el abuso de derecho sí es reconocido de manera unánime como un límite para el ejercicio del de abolorio (como lo es también de cualquier otro), que puede dar lugar a que el Tribunal rechace el ejercicio del derecho del que se pretende abusar. Creo que su ámbito y su función son distintos, más amplios y totalmente independientes de los de la «facultad moderadora»

Y para terminar con este apartado, una vez expuestas teorías y opiniones, hay que constatar el hecho de que, en la práctica judicial, la facultad de moderación que el legislador hoy suprime –cualquiera que fuese o hubiese debido ser su ámbito- se había concretado esencialmente en la supervisión del cumplimiento de un solo elemento, al que paso a referirme.

## II.- LA FINALIDAD DEL DERECHO DE ABOLORIO.

Antes de entrar en el análisis del elemento teleológico de la institución, hay que hacer un par de observaciones, creo que esenciales a la hora de comprender o valorar lo que sigue. La primera de ellas es que el legislador no define ni concreta cuál es la finalidad del derecho de abolorio. (Únicamente en la Exposición de Motivos del actual Proyecto se puede encontrar una indicación genérica, cuando dice que «responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección.») La segunda observación, consecuencia lógica de la anterior, y creo que aún más decisiva, es que en ningún momento exige el cumplimiento de finalidad alguna como condición o requisito del derecho.

Y dicho esto, aun resulta más sorprendente lo que sigue, por conocido que sea. Que la principal, casi exclusiva, actuación de los Tribunales en materia del derecho de abolorio, ha consistido en controlar que se cumpla la finalidad de la institución, entendiéndose además que al hacerlo, aplicaban simplemente la facultad moderadora.

La determinación de dicha finalidad es, naturalmente, un tema que ha preocupado también a la Doctrina. Unos y otros coinciden de manera prácticamente unánime en que la finalidad del derecho de abolorio es el interés familiar. Otra cosa diferente es determinar qué se entiende, en qué consiste en la práctica tal interés familiar.

La doctrina histórica se conformaba básicamente con describir el resultado que se buscaba con la institución: la conservación de los bienes (así Pérez de Patos: «que las heredades familiares queden en manos de los parientes», o Bardaxí «que los bienes de los mayores sean conservados dentro de la familia»)

Los autores modernos han pretendido, sin embargo, ir más allá, y explicar por qué se busca ese resultado, cuál es el interés que se pretende proteger. Así, por ejemplo, Coca Payeras: «las preferencias adquisitivas no se reconocen en función del interés individual de su titular, sino en virtud de determinados intereses colectivos o supraindividuales, que en el caso del derecho de abolorio, se corresponde con la protección del grupo familiar y de su patrimonio».

Concretando más ese interés, se ha señalado que lo integran dos elementos diferenciados: uno subjetivo, la afección sentimental hacia los bienes, y otro objetivo, el mantenimiento y engrandecimiento del patrimonio familiar. Entonces se podría definir la finalidad como «el mantenimiento del patrimonio en la familia de origen por motivos afectivos o económicos»

Pero hay quien ha querido concretar aún más esa finalidad, básicamente en su aspecto económico, al exigir que el patrimonio que se protege tenga unas determinadas características socioeconómicas.

Como todas estas opiniones doctrinales tienen su reflejo en decisiones judiciales, vamos a intentar exponerlas a través de estas últimas.

Empezaremos por las que se refieren al aspecto o elemento económico de la finalidad. Yo las distribuiría en tres grupos. En el primero están aquéllas (ya antiguas), en las que identificando si n sombra de duda el patrimonio familiar a proteger con la actividad agropecuaria, se exigen requisitos tan concretos, limitativos y excluyentes, como ser -en orden decreciente de «especialización»- cultivador directo, agricultor profesional, agricultor o ganadero sin más, vivir de la agricultura, o incluso residir en la localidad donde radica el bien. En el segundo, un nutrido grupo que sin despegarse de las anteriores en identificar el patrimonio familiar con la familia tradicional rural, no llega a exigir profesión, pero define al ente familiar a proteger como «Casa aragonesa». La expresión-tipo, repetida una y otra vez es «garantizar el mayor engrandecimiento económico y social de la Casa aragonesa». Finalmente, en un tercer grupo de sentencias, no se tiene en consideración la actividad económica que se desempeña, sino el objetivo de carácter económico que se persigue: «el interés de engrosar el propio patrimonio familiar» o «el engrandecimiento o conservación del patrimonio familiar»

Frente o junto a éstas podemos alinear en otro bloque las que se basan en la afección sentimental hacia los bienes. Y en ellas bastaría con diferenciar un grupo mayoritario, constituido por las que acumulan dicha dimensión afectiva a la económica, y otro muy minoritario, integrado por las que tienen en exclusiva –o muy principalmente- motivos afectivos. (Dentro de estas últimas se podría citar aquélla en la que se pretende retraer un piso para reintegrarlo a un edificio de carácter familiar, y en el primero se incluirían las anteriormente citadas que apelan a la conservación de la Casa –concepto que presupone necesariamente ambas dimensiones- y todas aquellas que buscan engrosar el patrimonio familiar por razones no exclusivamente económicas)

Pues, sintetizado de manera tan drástica el elemento teleológico del derecho de abolorio, voy a permitirme, antes de terminar, hacer un par de reflexiones personales.

Creo, -y cito además con ello palabras de mi compañera ponente, la profesora López Azcona- que «la finalidad del derecho de abolorio debe entenderse satisfecha por el mero reintegro del bien a la familia de origen, de acuerdo con los presupuestos legales y sin que exista abuso de derecho». Es decir, que la finalidad se agota y se cumple con la simple concurrencia de los requisitos objetivos, subjetivos y formales que la Ley pide. Que no hay lugar para la «moderación», sobre todo cuando ésta se entiende como la búsqueda de una finalidad que la Ley no exige. Que toda la formulación doctrinal y jurisprudencial que antes he intentado resumir tiene un gran valor teórico, pero poca o ninguna trascendencia práctica. Y ello por dos razones: porque o excede y contradice la ley, o porque pese a lo que parezca o pretenda, no le añade nada. (La exceden, evidentemente,

las resoluciones que exigen para reconocer el derecho una profesión o una actividad económica concreta, pero también en mi opinión las que la limitan a un determinado tipo de familia. Mención especial se merecen en este punto, las reiteradas menciones a la Casa Aragonesa. La finalidad del derecho de abolorio no es su conservación y engrandecimiento. Otra cosa distinta es que, en ocasiones, su ejercicio produzca tal resultado. Por poner un claro ejemplo, cuando quien lo ejercita es el heredero, ya que en ese supuesto efectivamente se reintegran bienes a la Casa. Siguiendo esta lógica, que es la propia de la institución a la que se apela, la Casa no se beneficiaría si el bien no retorna a la línea del heredero. ¿Habría que denegar entonces su ejercicio? Si recae, por ejemplo, en la de un hermano que ha entrado por matrimonio en otra Casa, la de su cónyuge, o que simplemente ha formado su propia familia, su propia Casa. En sentido estricto tales parientes –hermanos o sobrinos– ya no son «La Casa». Son «otra Casa». Lo que nadie puede discutir es que siguen siendo «familia». Y si ellos ejercitan el retracto, es la familia la que se beneficia, no la Casa. Pero, y aquí se plantea otro tema, ¿es real ése beneficio económico para la familia –sea ésta la que sea– que se predica como finalidad del derecho de abolorio? ¿es necesario que se produzca para que el derecho sea ejercitable? Creo que hay que diferenciar entre dos términos: «engrandecimiento» y «conservación». En cuanto al primero, no es exigible porque la Ley no lo hace. Pero no sólo eso: es incluso peligroso como elemento teleológico del derecho de abolorio. No es que el beneficio, el lucro, sea incompatible con él, pero no se me ocurre un supuesto que pueda abrirle más fácilmente las puertas al tema del abuso de derecho o de la especulación. En cuanto al segundo término, he de decir que creo que no añaden nada, pese a las apariencias, aquellas teorías que exigen una intencionalidad «económica» consistente en la conservación del patrimonio. Simplemente porque ese efecto se produce siempre por el mero hecho de recuperar el bien..

Queda, finalmente, el elemento subjetivo, afectivo, de la finalidad.. Estoy tentado de decir que me parece que -hoy, al menos- es el único que verdaderamente justifica la institución, aunque con ello no esté diciendo gran cosa, porque –al igual que todos los anteriormente expuestos– la Ley no lo exige. Abuso de derecho aparte, lo da por supuesto.

En conclusión, que «los intereses colectivos y supraindividuales», «la protección del grupo familiar y de su patrimonio» de que habla la doctrina, pueden parecerle a una parte de la sociedad, muy bonitas palabras, con poco contenido real. La piedra angular de la institución, la «familia» de la que tanto se habla, tras tan numerosos intentos de adjetivarla o concretarla, sigue siendo la que era: la familia troncal, el clan, lo que hoy entenderíamos no como una familia sino en todo caso como un grupo de familias con un origen común. Y eso, me temo, en la práctica no es un sujeto activo en la sociedad, que tenga existencia por sí mismo, independientemente de las familias que lo integran, que sí lo son. Al menos, es muy difícil predicar de él que tenga unos intereses económicos propios, que pueda actuar en defensa de los mismos... y que pueda o deba ser protegido. Por lo tanto, creo que el legislador ha de ser especialmente cuidadoso a la hora de determinar

–especialmente en esta materia que tantas reflexiones, teorías y ensoñaciones ha producido- qué interés pretende proteger, y qué grado de protección merece el mismo, atendiendo a la verdadera importancia que tenga a día de hoy.

Como regla general y comprobable hoy en la calle, en la vida de cualquiera de nosotros: ¿qué queda hoy entre mi primo o mi hermano y yo; entre las familias que hemos constituido o constituiremos?... Un origen común, la impronta que ha quedado en los bienes que un día, a través de nuestros antepasados compartimos, el afecto -si lo hay- y el apellido.

Y si detrás del derecho de abolorio hay algo más, yo no sé verlo.



## EL ELEMENTO OBJETIVO DEL DERECHO DE ABOLORIO: SOBRE QUÉ BIENES RECAE. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 53 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL DE ARAGÓN

JAVIER MAZANA PUYOL

Notario

Vamos a tratar del objeto del derecho de abolorio, es decir sobre qué bienes recae. Aparece regulado en el artículo 53 del TÍTULO III de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, que dice:

«Artículo 53.- Bienes de abolorio

1.- A los efectos de este Título, son bienes de abolorio los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios o parte de ellos, siempre que estén situados en Aragón y hayan permanecido como tales en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del enajenante, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos.»

2.- Se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del enajenante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias.»

Es esencial determinar qué tipo de bienes están incluidos ya que de ello dependerá el ejercicio del derecho de abolorio. El artículo 53 los delimita a los efectos de este título, es decir que no debe ser integrado o restringido con referencia a ninguna otra institución aragonesa. Anteriormente se acudía al recobro de libéralidades o a la sucesión troncal para integrar el objeto del derecho de abolorio. Hoy sólo serán bienes de abolorio los definidos en el citado artículo y ninguno más.

Siguiendo la redacción del artículo procedemos a su análisis:

**a) INMUEBLES.-** Tradicionalmente han sido sólo los INMUEBLES objeto del derecho de abolorio como rezaba el artículo 149 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Ahora también pero sólo los situados en SUELO RÚSTICO se-

gún advierte el Preámbulo, excluyendo por tanto todos los que no tengan naturaleza rústica, es decir los de naturaleza urbana, salvo los edificios o parte de ellos. Los bienes muebles vemos que están excluidos a pesar de algunas voces a favor de su inclusión.

En cuanto al concepto de inmueble es más amplio que el de finca, parcela o terreno. Debemos acudir al Código Civil donde se mantiene la distinción entre muebles e inmuebles y la doctrina al analizar los artículos 334 y siguientes distingue entre inmuebles por naturaleza, por incorporación y por destino y los derechos reales inmobiliarios o inmuebles por analogía.

SAINZ DE VARANDA considera que para el derecho de abolorio el artículo 334 del Código Civil solo debe referirse «a los inmuebles por naturaleza, a las fincas urbanas o rústicas». De la misma opinión participa MERINO HERNÁNDEZ, aunque ambos autores acaban matizando sus opiniones iniciales considerando incluidos entre los inmuebles retraibles también los que lo sean por destino cuando se vendiesen juntos a los llamados inmuebles por naturaleza y también los muebles.

Pero estando excluidos los bienes muebles del objeto del derecho de abolorio según la dicción del artículo 53, resulta difícil admitir que se extienda a ellos aunque formen un todo orgánico o un patrimonio unitario, es decir el enajenante podría separarlos. Dice DE PABLO CONTRERAS que en los inmuebles por destino lo característico es que forman una unidad con el bien con el que están emplazados por decisión del propietario, que el acto de destinación es esencialmente revocable, de modo que dejará de existir la unidad si el dueño dispone del bien mueble de modo autónomo y también si suprime la relación de servicio con el inmueble que él mismo creó. «Más, en contra de lo que afirma el artículo 334 CC, a esa unidad no se la puede tener en realidad por un bien inmueble, porque en los casos en que en nuestro Derecho positivo es sustancial la distinción entre mueble e inmuebles, cada elemento, que en todo caso puede ser objeto de actos y negocios separados, conserva su propia individualidad y su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria.»

Los inmuebles por incorporación se caracterizan porque lo accesorio participa de la naturaleza de lo principal con independencia de la voluntad de quien lo haya incorporado y sea o no éste el dueño de esta última.

Respecto de los inmuebles por analogía habrá que excluir todos los que estén en el ámbito del dominio público y siguiendo a LÓPEZ AZCONA excluir también a los derechos reales limitados, sin perjuicio de que las servidumbres prediales por su carácter inherente a la finca se adquieran conjuntamente con el bien de abolorio retraído.

Por tanto quedarían incluidos los inmuebles por naturaleza y los inmuebles por incorporación, sin perjuicio de excluir todos los que aunque mencionados en el artículo 334 del código Civil, estén fuera del ámbito del derecho privado y aparezcan regulados en leyes administrativas. Aparte quedarían los actos de des-

tinación voluntaria que el enajenante pueda realizar respecto de los inmuebles por destino.

Si la ley aragonesa quiere concretar los bienes a los que se refiere una institución lo hace, como por ejemplo, en el apartado 1a) del artículo 12 de la ley 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la Persona referido a los actos de disposición de la persona menor de catorce años.

Por último debe hacerse notar que la regulación existente en la Compilación del Derecho Civil de Navarra, en el Libro V del Código Civil de Cataluña y en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco es mucho más pormenorizada integrando los conceptos sin necesidad de acudir al Código Civil. Así en la primera se habla de inmuebles como fincas y los derechos sobre las mismas y todo lo que a ellas se halle inseparablemente unido, salvo prueba en contrario (Ley 347). En el segundo, se habla de finca rústica y casa solariega en el ámbito territorial del Valle de Arán (artículo 568-21). Y en la tercera se habla de suelo y fincas y todo lo que sobre el mismo se edifica, planta o siembra (artículo 19).

**b) DE NATURALEZA RÚSTICA.**- Los inmuebles para ser objeto del derecho de abolorio deben ser de naturaleza rústica, como reza el artículo 53, excluyendo los de naturaleza urbana, salvo los edificios o parte de ellos. El Preámbulo de la Ley de Derecho civil Patrimonial dice que «...fuera del suelo rústico parece que sólo los edificios conservan su impronta familiar con fuerza suficiente para justificar la preferencia de los parientes.» Queda identificado pues inmueble de naturaleza rústica y suelo rústico.

Pero a pesar de la importancia de la distinción entre rústico y urbano no existe un criterio claro en la legislación siendo en nuestro caso esencial, pues de su fijación depende el ejercicio del derecho. En la estatal del suelo de 20 de junio de 2008 su artículo 12 diferencia las dos situaciones básicas del suelo: rural, que es el preservado de su transformación mediante la urbanización y el urbanizado que es el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población.

Nuestra Ley de Urbanismo de 17 de junio de 2009 distingue entre suelo urbano, urbanizable y no urbanizable (artículos 11 a 19). Respecto del urbano lo refiere a los terrenos ya transformados por contar con acceso rodado integrado en la malla urbana y servicios de abastecimiento y evacuación de agua, así como suministro de energía eléctrica. El urbanizable es el susceptible de ser desarrollado por prever el planeamiento su posible transformación, a través de su urbanización. Y el no urbanizable es el preservado de su transformación mediante la urbanización, porque no se considere conveniente su desarrollo urbano según el Plan General o por ser terrenos excluidos de la transformación por las leyes de protección del dominio público, de protección medioambiental, cultural o por sus valores ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, o por sus riesgos naturales o tecnológicos.

Las leyes de arrendamientos, la del catastro inmobiliario, la de haciendas locales sí distinguen entre rústico y urbano, remitiéndose en última instancia a la

legislación urbanística. Los criterios doctrinales y jurisprudenciales para distinguir suelo rústico y urbano, como situación de la finca en el campo o en la ciudad, edificación o no, destino agrícola o urbano y accesoriadad son excesivamente vagos resultando muy indeterminados e interpretables para decidir si nos encontramos ante un inmueble de naturaleza rústica o no. Parece por tanto inadecuada la calificación de rústico para el inmueble de abolorio, obligando a remitirnos a la legislación urbanística aragonesa, cosa que hubiera podido hacer directamente el artículo 53 como lo ha hecho la regulación del derecho de la saca vizcaino que lo limita a los inmuebles situados en suelo no urbanizable, excluyendo el suelo urbano y el urbanizable programado. Dice el artículo 114 de la ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco que «no tendrá lugar el derecho de adquisición preferente en la enajenación de fincas radicantes en suelo urbano, o que deba ser urbanizado según programa del Plan que se halle vigente. Por excepción, procederá el derecho de preferente adquisición cuando se trate de la enajenación de un edificio, singular en su conjunto, cualquiera que sea su situación, si hubiere constituido el hogar familiar de un ascendiente del pariente tronquero».

Acudiendo pues a la Ley de Urbanismo de Aragón, inmuebles en suelo rústico o inmuebles de naturaleza rústica son los situados en suelo no urbanizable. A ellos se ceñirá el derecho de abolorio. En las escrituras públicas se hace constar la naturaleza del inmueble y siempre cabrá acudir a la Administración competente para que certifique el tipo de suelo ante el que nos encontramos. El artículo 86 de la nueva ley urbanística regula el nuevo sistema de información urbanística de Aragón que será desarrollado reglamentariamente.

Los artículos 30, 31, 32 y 33 ofrecen un abanico de las actuaciones posibles en suelo no urbanizable y de los que se deduce claramente un concepto de inmueble rústico. Las construcciones o instalaciones en suelo no urbanizable reguladas en su artículo 30 hacen que no se altere la naturaleza del bien, sin perjuicio que la legislación reguladora de las Haciendas Locales, en cuanto a lo edificado, las considere urbanas a los efectos del Impuesto de Bienes Inmuebles. Por tanto todas ellas serán «inmuebles de naturaleza rústica» a los efectos del abolorio, siendo además que las edificaciones quedarían incluidos con la redacción del artículo 53.

Puede suceder que un inmueble sea en parte rústico y en parte urbano (permitiéndose su inscripción como una sola finca) porque el instrumento planificador ha dejado así el inmueble afectado y cabría plantearse si ante su enajenación surgirá el derecho de abolorio. Entiendo que no, ya que no está previsto en el artículo 53.

**c) EDIFICIOS O PARTE DE ELLOS.-** El legislador ha incluido junto a los inmuebles de naturaleza rústica los edificios o parte de ellos como bienes de abolorio. Es decir, que ha excluido todo lo urbano, manteniendo sólo los edificios, que podrán estar situados en suelo urbano, urbanizable o no urbanizable.

Edificación o construcción suponen una incorporación física al suelo de forma fija, permanente e inseparable. Nace así, tras la edificación una nueva en-

tividad física, económica y funcional. Supone por tanto cualquier obra de nueva construcción o de ampliación de lo existente y el edificio será el resultado. Del Preámbulo de la Ley resulta, como ya hemos dicho, que fuera del suelo rústico sólo los edificios conservan la impronta familiar que la ley protege. Entonces si no distinguimos donde la ley no distingue, edificio o parte de él será todo aquello que incorporado de forma fija permanente e inseparable al suelo tenga cualquier destino. Debemos considerar incluida cualquier tipo de edificación o parte de ella, es decir, un piso, un local de negocio, un trastero, un garaje, un pajar, un chalet, una nave agrícola, ganadera o industrial, y cualquier edificio en general.

Tradicionalmente se ha circunscrito a la casa familiar el derecho de abolorio, aunque el artículo 149 de la Compilación hablaba de inmuebles en general, y quizá hubiera debido de limitarse el abolorio en la nueva regulación a los edificios destinados a vivienda que se transmitieran enteros, porque las partes de ellos en pocas ocasiones conservarán la impronta familiar si no están destinadas a la residencia familiar.

**d) SIEMPRE QUE ESTÉN SITUADOS EN ARAGÓN.-** Exige el artículo que los bienes estén situados en Aragón optando por el criterio de la territorialidad. Si debemos aplicar por tanto la ley del lugar en que se encuentren los bienes para determinar que el bien es de abolorio (*lex rei sitae*-ley aragonesa) se producirán situaciones de no aforados con bienes situados en Aragón sobre los que podrá nacer el derecho de abolorio al no exigirse ningún otro punto de conexión. El artículo 54 no exige para el ejercicio del derecho de adquisición preferente tener vecindad civil aragonesa solucionando problemas que se plantearon cuando el retrayente, de origen aragonés, carecía de vecindad civil aragonesa. Ahora solo será necesario que el bien esté situado en Aragón.

Navarra exige el doble criterio de la territorialidad y vecindad, como también Cataluña para la tornería exige territorialidad y vecindad local (territorio de Arán). En el Derecho Civil del País Vasco se atiende a la territorialidad con independencia de si se es aforado o no.

**e) Y HAYAN PERMANECIDO COMO TALES EN LA FAMILIA.-** La expresión COMO TALES soluciona gran parte de los problemas que en la práctica y en la jurisprudencia se plantean sobre la mutabilidad o transformación de los bienes para seguir siendo considerados de abolorio.

Dice el Preámbulo de la Ley que «...fuera del suelo rústico solo los edificios conservan su impronta familiar con fuerza suficiente para justificar la preferencia de los parientes.» Define el Diccionario de la Lengua Española de Real Academia la palabra IMPRONTA como «marca o huella que, en el orden moral, deja una cosa en otra». La impronta familiar a la que se refiere el Preámbulo no debe ser alterada en manera alguna para que los bienes sigan siendo de abolorio. Han de haber permanecido como tales en la familia, es decir como eran y siempre han sido, sin alteración o mutación beneficiosa o perjudicial, que adulteren el bien.

De este modo se aclara el tema de la subrogación real en el ámbito del abolorio frente a otras instituciones sucesorias aragonesas donde se discute su aplicación. En materia de recobro de liberalidades parece que al exigir que estuvieran los mismos bienes donados, excluía los casos de subrogación legal, cuales son los de concentración parcelaria y procedimientos de equidistribución (o mutaciones urbanísticas). Sin embargo, el tema no es pacífico y hay opiniones encontradas. A mi juicio, estarían excluidos los casos de subrogación legal por no ser los mismos bienes donados y que ya no están en el caudal, sino que han sido sustituidos por otros aunque sea por imposición legal, teniendo en cuenta que hoy los procedimientos de concentración parcelaria pueden ser voluntarios y las reparcelaciones pueden ser económicas. Entonces, el dinero obtenido ¿sería recobrable? .

En la sucesión troncal la falta de regulación expresa amplía las dudas y mantiene vivo el debate. Sin embargo en el abolorio si una finca es aportada a concentración, la finca de reemplazo ya no será de abolorio, ya que no ha permanecido como tal, ni conserva su impronta familiar, dada la alteración que el proceso supone en la finca. En el ámbito de las equidistribuciones urbanísticas la transformación del suelo no urbanizable en urbano evitará el debate porque no será objeto del abolorio el suelo resultante. Lo único a plantear será el momento exacto en que deje una clase para convertirse en otra. Y también en qué tipo de suelo se convertirá aquel urbanizable para el que ha transcurrido el plazo fijado por el Plan para la urbanización sin haberla llevado a cabo.

Otros supuestos donde la impronta familiar y el «permanecer como tales» determina que no sean de abolorio algunos bienes a los efectos de este título:

- Caso claro sería el de los bienes permutados que ya no serían de abolorio, incluido por supuesto el de permuta de solar por obra, tan utilizado en los últimos tiempos. La casa o edificio familiar se cede o permuta por un piso o pisos futuros en la obra nueva a realizar por el cesionario. Lo recibido a cambio ya no será de abolorio. Además el negocio jurídico de la permuta está excluido del ámbito de las enajenaciones del artículo 55 que regula las que dan lugar al derecho de abolorio y que lo ciñe a las ventas y a las daciones en pago.

- Donación a un nieto de un inmueble de naturaleza rústica plantado de almendros y sobre el que construye una nave ganadera. En la donación se mantendría el carácter de abolorio del bien, pero al transformar el nieto la finca con la explotación ganadera, a mi juicio, dejaría de ser de abolorio porque ya no habría permanecido como tal la finca de almendros en la familia y ya no tendría la impronta que el abuelo le dio a la finca. Junto a este argumento estaría también el económico dado el mayor valor de lo edificado que de lo donado.

- Declaración de obra nueva (vivienda unifamiliar aislada) sobre inmueble de naturaleza rústica que es de abolorio. Pierde su condición al no haber permanecido en la familia como tal y transformarse en una entidad diferente. Prima la impronta personal sobre la familiar.

- Rehabilitación de edificación con alteración de su destino. Todo lo que sea mantenimiento de un edificio y reparaciones ordinarias no produce una altera-

ción en la composición de los bienes. Pero un cambio de destino de una edificación provoca una alteración sustancial con pérdida de la condición de abolorio. Por ejemplo, una borda en el pirineo si se rehabilita y transforma en vivienda unifamiliar aislada pierde el carácter de abolorio y su enajenación no provocaría el nacimiento del derecho de adquisición preferente. Un edificio de abolorio destinado a hotel y que es objeto de demolición para la construcción de viviendas por parte del dueño ha perdido también la impronta familiar y su enajenación posterior no estaría sujeta al derecho de adquisición preferente de los parientes.

- Agrupación, división y segregación de fincas. Se entiende que son meras «modificaciones formales» de las fincas que no suponen una alteración de sus elementos primitivos. Por tanto de producirse una agrupación de inmuebles de naturaleza rústica (de abolorio) y otros que no lo son, podría plantearse en caso de venta de la finca agrupada la «desagrupación» de la misma para ejercitar el derecho separadamente sobre los que sean de abolorio y que permite el artículo 57. En el caso de la segregaciones o divisiones la impronta familiar puede predicarse respecto de las fincas segregadas o divididas, ya que por una simple operación contraria nos encontraríamos con las fincas tal como eran.

Si de una «desagrupación» o de una des-segregación no se vuelve a la situación original de las fincas habrán perdido su condición de bienes de abolorio (algo parecido sucede con la concentración parcelaria).

- División en régimen de propiedad horizontal de edificio de abolorio. En cuanto suponga una concreción de los departamentos como ya físicamente existían y se usaban, entiendo que no hay alteración y mantendrá su carácter de abolorio por haber permanecido como tales y conservar la impronta familiar.

- Sobreedificación. Edificio de abolorio compuesto de planta baja destinada a almacén-garaje y una planta alzada destinada a vivienda. Se eleva una planta más con dinero consorcial del matrimonio. Éste último aspecto se arregla con un reintegro entre masas ya que seguirá siendo privativo. El problema es que si se vende el edificio en su totalidad ¿debemos considerar que ha permanecido como tal y no ha sufrido alteración y aumento de valor y se sigue considerando de abolorio?. Parece que el nuevo edificio resultante no sería de abolorio, aunque si se dividiera en propiedad horizontal podría considerarse de abolorio lo existente y excluir la nueva planta alzada.

**f) DOS GENERACIONES [INMEDIATAMENTE] ANTERIORES A LAS DEL ENAJENANTE.** El primer párrafo del artículo 53 no incluye el término inmediatamente que sí hace el segundo. La permanencia de los bienes como tales en la familia debe serlo durante dos generaciones. El párrafo 2º del artículo 53 explica que se entiende por permanencia durante ese tiempo copiando el párrafo 2º del artículo 212 de la ley 1/1999 de 24 de febrero de Sucesiones por Causa de Muerte cambiando la palabra causante por enajenante. A mi juicio lo que el subconsciente social entiende por permanecer durante dos generaciones en la familia, es que el bien después de haber pertenecido a la generación del abuelo o más alejada haya pertenecido además a otro pariente de otra generación poste-

rior importando por tanto el número de transmisiones intermedias. Y es que no tiene por qué ser lo mismo el concepto de generación en la sucesión troncal que en el ámbito del derecho de abolorio ya que tampoco es lo mismo un bien troncal de abolorio que un bien de abolorio como ha aclarado el nuevo artículo 53. Uno se da en el ámbito de la sucesión mortis causa en defecto de descendientes y cuando no hay testamento o pacto sucesorio, y otro inter vivos suponiendo un límite a la libre circulación de los bienes y sin posibilidad de exclusión voluntaria o renuncia genérica a su aplicación como sucede en casi todas las instituciones aragonesas.

#### **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.**

- DE PABLO CONTRERAS, Pedro y otros autores. «Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales.» El objeto de los derechos. Editorial Colex, Madrid, 2003.
- LÓPEZ AZCONA, Aurora. «El derecho de abolorio». 2007 Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MARTÍN MARTÍN, Abel. «La subrogación real en los bienes troncales» en Actas de los Duodécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. «La sucesión legal en el Derecho Civil Aragonés», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis. «El derecho de abolorio aragonés», Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980.
- «Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón» en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Eder-sa, Madrid, 1988.
- SAINZ DE VARANDA, Ramón. «El retracto gentilicio». Anuario de Derecho Aragonés, 1946.
- SERENA PUIG, Santiago, «El derecho de abolorio». Actas de los Octavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, 1999.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa». Centro de Estudios Registrales de Aragón, 2000.
- Dictamen sobre la subrogación real en la sustitución de bienes de origen familiar». RDCA, núm. VI-1.