

## EL DERECHO DE ABOLORIO

PONENTE:

**D. Santiago Serena Puig**

Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Huesca

COPONENTES:

**D. Pedro Gómez López**

Abogado. Decano del I. Colegio de Abogados de Teruel

**D.ª Aurora López Azcona**

Profesora de Derecho Civil

MODERADOR:

**D. Serafín Andrés Laborda**

Decano del I. Colegio de Procuradores de Zaragoza

## EL DERECHO DE ABOLORIO

por

Santiago SERENA PUIG (Ponente)

Pedro GÓMEZ LÓPEZ y Aurora LÓPEZ AZCONA (Coponentes)

*Serafín Andrés Laborda. Moderador*

Muy buenas tardes a todos. Vamos a dar comienzo a la tercera sesión y última de los octavos encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El tema que vamos a tratar es de gran nivel, no sólo por el tema en sí, sino por los mismos ponentes que como podréis comprobar después, son de ese alto nivel. No hacen falta presentaciones ninguno de los dos porque son conocidos por todos. Don Santiago Serena Puig que es Magistrado de la Audiencia de Huesca, es el presidente de la Audiencia de Huesca y Don Pedro Gómez López, es el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Entonces por razones que no son al caso, el tercer ponente no puede estar presente con nosotros, y vamos a comenzar cuanto antes, porque lo que es importante es que hablen ellos y no que hable yo. Al final como todos los días, si os pediremos que digáis vuestro nombre antes de hacer las preguntas o como para diálogo final, para que se grabe todo y se sepa quién es el que está comentando o preguntando. Tiene la palabra Don Santiago Serena.

**Intervención de D. Santiago SERENA**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. III. CARACTERES DEL DERECHO. IV. NATURALEZA JURÍDICA. V. ELEMENTOS PERSONALES: 1. Sujeto activo; 2. Concurrencia de retrayentes; 3. Sujeto pasivo. VI. ELEMENTOS OBJETIVOS: 1. Inmuebles; 2. Partes indivisas de una finca; 3. Venta conjunta de varias fincas; 4. Permanencia de los bienes en la familia. VII. CONTRATOS QUE DAN LUGAR AL RETRACTO: 1. Venta y dación en pago; 2. Aportación a sociedad; 3. Expropiación forzosa; 4. Permuta; 5. Venta judicial. VIII. PLAZO DE EJERCICIO: 1. Notificación fehaciente; 2. Contenido de la notificación; 3. Plazo de caducidad; 4. Plazo, no habiendo notificación; 5. Cómputo del plazo cuando hay inscripción; 6. Cómputo del plazo cuando no hay inscripción. IX. CADUCIDAD DEL DERECHO DE ABOLORIO. X. ESTATUTO DEL DERECHO DE ABOLORIO. XI. PROCEDIMIENTOS

TO: 1. Acumulación de acciones; 2. Legitimación activa y pasiva; 3. Requisitos de la demanda; 4. Consignación; 5. Justificación del título; 6. Compromiso de conservar la finca; 7. Acto de conciliación. XII. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO: 1. Cantidad que se ha de pagar; 2. Gastos de legítimo abono; 3. Conceptos que comprende; 4. Limitación de la facultad de disposición. XIII. EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO DE ABOLORIO. XIV. CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de abolorio o de la saca, nombre oficial y completo con el que se rubrica el Título Primero del Libro IV —Derecho de obligaciones— de la Compilación, es una institución con honda raigambre en nuestro derecho. Y aun cuando no sea de uso cotidiano, no ha caído en el olvido. No es una antigualla que deba desaparecer por trasnochada, sino acaso, y sobre esta cuestión volveremos más adelante, por otras razones.

Llama la atención la doble denominación legal de esta institución que no es, por otra parte, la mas utilizada por los autores y la jurisprudencia. Se le designa habitualmente, con el nombre de *derecho de abolorio*; o con el más genérico de *retracto gentilicio*<sup>1</sup>, en clara referencia a una de las posibles formas de ejercicio.

Se ha conservado en algunas legislaciones forales<sup>2</sup>: Aragón, Navarra, Vizcaya y Cataluña, limitada en ésta al Valle de Arán bajo el nombre de Tornería.

El retracto gentilicio desapareció del llamado derecho común al promulgarse el Código Civil, ya que no fue recogido en su articulado, de modo que ha de considerarse derogado por el artículo 1976. Los motivos que se adujeron son, de una parte, evitar la concentración de bienes inmuebles en las familias como única o principal riqueza, y, de otra, quitar trabas a la libre disposición de las cosas.

Lo explicaba García Goyena<sup>3</sup> de este modo: «El de sangre, abolengo ó gentilicio, á pesar de su antiquísimo origen, según el capítulo 26, versículo 25, del Levítico, y de que tambien lo fué en Derecho Romano según se infiere de la ley 16, título 4, libro 42 del Digesto, aprobada despues por otra espresa, y últimamente rechazado por la 14, título 38, libro 4 del Código; á pesar de hallarse en nuestras leyes vigentes, y del gran favor ó estension de tiempo hasta un año y día que se le dió en los fueros municipales, no fué admitido por la Comisión, como no lo ha sido en los Códigos modernos. Los motivos son conocidos de todos: cada siglo tiene su espíritu y carácter especial: los antiguos fueros con este retracto, con la troncalidad y con los vínculos ó mayorazgos, tendían á la concentracion de los bienes raíces en la familia, como única ó la mas principal riqueza entonces: la tendencia de nuestro siglo es á la desamortizacion, á la libre circulacion, á la libertad absoluta de disponer de sus cosas; la riqueza comercial é industrial rivalizan, si no superan á la territorial: la citada ley 14 Romana dice de este retracto con gran verdad y admirable energía, *gravis injuria inani honestatis colore velata*».

Aunque no han dejado de alzarse autorizadas voces contra la recepción y mantenimiento de esta institución en nuestro derecho. Franco y López en su Memoria y posterior Adición, no incluía el retracto gentilicio entre las instituciones que importaba conservar, de lo que deducía Isábal<sup>4</sup> que era partidario de suprimirlo. Este mismo autor constata la opi-

(1) Sobre esta cuestión vease MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980.

(2) Marceliano ISÁBAL, *Enciclopedia Jurídica Seix*, septiembre de 1911. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *El retracto gentilicio*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 31.

(3) Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852.

(4) Marceliano ISÁBAL Y BADA, *Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1926.

nión contraria a la institución: «No he podido apreciar un estado de opinión aragonesa tan contrario al retracto gentilicio como al consorcio foral. Es, con todo, indudable que las dudas acerca de la conveniencia de la institución han crecido. Como quiera que sea, no es una institución desusada».

En el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881 se propuso formalmente la supresión del retracto gentilicio<sup>5</sup>. También se mostraba contrario el Informe del Colegio Notarios y Registradores al Anteproyecto de Compilación<sup>6</sup>. Estos precedentes fueron recordados por Camón Aznar que se mostró contrario a su recepción por la Compilación<sup>7</sup>. Igualmente, García Atance<sup>8</sup> era partidario de la supresión porque «da lugar a muchos abusos y no está justificada por la organización familiar actual», lleva implícita «la aplicación a toda la región aragonesa de una institución que, aun restringida en los términos del Apéndice, resultaba notablemente perturbadora en las cuatro quintas partes de la región aragonesa».

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Aparece recogido en los Fueros IV y V «*De communi dividundo*»<sup>9</sup> de 1247, en el Fuero único de 1678 «*Que tenga lugar el beneficio de la saca en las vendiciones de bienes sitios que se hizieren por Corte*»<sup>10</sup> y en las Observancias II y VIII «*De consortibus eiusdem rei*»<sup>11</sup>.

(5) Joaquín COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, 1883.

(6) Informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas sobre el Anteproyecto de Compilación, Zaragoza, 1963, Conclusión 1.ª «el retracto gentilicio, derecho de abolorio o de la saca, debe ser suprimido absolutamente por perturbador y carente de fundamento en el actual momento».

(7) Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, 18/20 de diciembre de 1969, Anuario de Derecho Aragonés, XIV, 1968-1969, pág. 34.

(8) Manuel GARCÍA ATANCE, *Aspectos concretos de la evolución del Derecho Aragonés*, Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, n.º 14, de 1 de julio de 1964.

(9) Fuero IV, *De communi dividundo*, Iacobus I, Oscae 1247. Cum fratres aut sorores habuerint inter se divisas haereditates, quae ad esos pertinent de avolorio, aut de patrimonio: et aliquis eorum voluerit vendere partem haereditatis, quae sibi tetigerit: secundum Forum prius debert offerre illud fratribus, vel perentibus, si voluerint emere partem suam: quod si noluerint emere, ex tunc liberi poterit vendere cui voluerit. Sed si non facerit eis sciere, et vendiderit eam aliis: quicumque ex fratribus, aut sororibus, vel perentibus ex illa parte unde venit haereditas, recuperare eam voluent, dando precium, pro quanto fuit vendita infra unum annum, et unum diem libere et absquae contradictione poterit eam recuperare, et habere: iurando tamen, quod ad opus sui vult, et non ad opus alterius. Intellegendum tamen est, quod annus, et dies habet locum, quando germanus, vel consanguineus qui vult retinere et recuperare haereditatem, erit absens, vel ignorans: qui si sciverit haereditatem illam venditam, non habeat nisi decem dies, a die illa qua primitus scivit illam haereditatem esse venditam.

Fuero V, *De communi dividundo*, Iacobus I, Oscae 1247. Quicumque voluent vendere haereditatem sui avolorii, et eius consanguineus vult eam emere, non debet habere eam alius: et si non interest emptoini alii factae, quod det emptori infra unum annum, et unum diem tot denarios quot ei constitit: iurando tamen emptor, quod tantum constitit quantum instrumentum continet. Et si forte eam reddere non vult emptor: ostendat ei signal: et praeparet ei denarios quos constitit: et postea emptor sine mala voce non poterit retinere: et hoc si absens fuerit talis consanguineus, quod si praesens fuerit, non habeat nisi X dies.

(10) Fuero único de 1678. *Que tenga lugar el beneficio de la saca en las vendiciones de bienes sitios que se hizieren por Corte*. Es natural la propensión á conservar en las familias los bienes sitios que de antiguo han poseído, por cuya causa añadiendo á lo dispuesto en los Fueros de este Reyno á cerca del beneficio de la saca: Su Magestad, y en su Real nombre el Excelentísimo D. Pedro Antonio de Aragón, de voluntad de la Corte, y Quatro Braços de ella, estatuye, y ordena, que si trançados, ó vendidos algunos bienes sitios por Corte judicial, el señor de los bienes dentro termino de los diez dias que tiene por Fuero no los recobraré, valiéndose de el privilegio de el derecho de la moderación, puedan sus parientes, y consanguíneos, á quienes por Fuero, y Drecho perteneciere el beneficio de la saca, ó retracto, jurando que quieren los dichos bienes para si, y no para otros, recobrarlos dentro de dos meses, pues en esto no se perjudica al comprador de Corte, á quien se le ha de restituir el precio: Y para que corra el termino de los dos meses para el recobro de los bienes judicialmente subhastados, no sea necesario hazer intima, ó notificación, á los parientes á quienes perteneciere el dicho beneficio de la saca.

(11) Observancia II *De consortibus eiusdem rei*. Item nota, quod si pater venditit bona, quae ipse acqui-

Figura en los Proyectos de 1899 (artículos 184 y 185) y 1904 (artículo 299); y ya en nuestro siglo en el artículo 76 del Cuaderno Foral de Aragón, de donde ha pasado a la vigente Compilación.

Fue objeto de estudio en los trabajos preparatorios de la Compilación, aunque con significativas diferencias al texto finalmente aprobado por las Cortes en 1967; sin que se haya visto afectado por las tres modificaciones que hasta el momento se han producido.

### III. CARACTERES DEL DERECHO

1.- Es un derecho de adquisición preferente; así lo califica el artículo 149.1. Cualquiera sea la postura que se adopte sobre su naturaleza real o personal, siempre se predica su oponibilidad *erga omnes*<sup>12</sup>.

2.- Es un derecho basado en el interés familiar; ésta es la esencia misma del derecho de abolitorio: El deseo de evitar que determinados bienes salgan de la familia en la que han permanecido, por el cariño o afecto del retrayente hacia los mismos. Pero, junto a esta afección puramente sentimental, no se puede desconocer que existe un interés económico, que algunos identifican con el engrandecimiento o conservación del patrimonio familiar<sup>13</sup>.

3.- Es una manifestación de la expectativa hereditaria. Siempre se ha destacado la relación existente entre este derecho y la sucesión troncal debida, de una parte, a la remisión del artículo 149.3 para determinar el orden de preferencia en caso de concurrir dos o más parientes, al establecido en los números 1 y 2 del artículo 132 que regula la sucesión troncal. Y, de otra, a la limitación de los legitimados para el ejercicio del derecho a los parientes colaterales dentro del cuarto grado<sup>14</sup>.

4.- Es un derecho personalísimo y renunciable. Se tiene en cuanto se es pariente del enajenante, es decir, se reconoce a determinadas personas que pertenecen a una misma familia. De ello se deriva que no es transmisible *inter vivos*, ni *mortis causa*. Como facultad que es, puede renunciarse en cualquier momento, de modo expreso, o tácitamente cuando pudiendo ejercitarlo no se hace.

5.- Carácter restrictivo. El derecho de abolitorio, en cuanto es una limitación a la libre disponibilidad de los bienes, como en general, todos los retractos legales, de los que no es más que una especie, ha de ser ejercido bajo el principio de la restricción. Vidal Tolosana lo cali-

---

sivit titulo oneroso, vel lucrativo, alias quem ex successiones parentum, vel consanguineorum, non sunt fratres, vel filii, vel alii haber ea praetextu proximitatis, tamquam avolorii, vel patrimonii.

Observancia VIII. Item, si aliquis vendiderit aliquam haereditatem de patrimonio: ille qui emit, non potest eam alienare infra dies, quos consanguinei habent, ad offerendum pretium: et si fuerit consanguineus, qui voluerit rem recuperare, poterit agere contra eum, non obstante quod eam alienaverit: nec poterit se defendere dicendo, quod eam in alium alienavit.

(12) STS de 10 de febrero de 1966: «Aunque el retracto legal es de naturaleza real y, como tal, susceptible de surtir efectos '*erga omnes*', no cabe identificarle con el dominio, toda vez que éste recae directa, inmediata y plenamente sobre la cosa y sus productos, y aquél es de los denominados 'derechos reales de adquisición', y por ello no alcanza plenitud de efectos hasta tanto que por consecuencia de la sentencia firme que lo reconoce no se opere la modificación jurídica que implica la esencia subrogatoria de tal derecho, cual se establece en el artículo 1521 del Código Civil». En el mismo sentido la STS de 5 de diciembre de 1981, entre otras.

(13) Véase la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de febrero de 1973, confirmada por la del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1976, y las de la Audiencia Provincial de Huesca, que siguen esa doctrina, de 14 de enero de 1991 y 3 de junio de 1994.

(14) Luis MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, La Casa en el Derecho Aragonés, pág. 123.

fica de «derecho estricto» en el que no caben interpretaciones extensivas ni analógicas<sup>15</sup>. Criterio que sigue de modo constante y reiterado la jurisprudencia. A título de ejemplo citaremos la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985 en la que se dice que la jurisprudencia, con algunas vacilaciones, «reputa los derechos de tanteo y retracto legales limitaciones a modo de cargas de derecho público..., cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo»<sup>16</sup>. Otras lo califican de «odioso».

6.- Es un derecho preferente o excluyente de los de igual o parecida naturaleza. El artículo 152 proclama que tiene «prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente», con lo cual pone fin a las dudas que se planteaban antes de la Compilación. Esto vale para las normas vigentes al momento de la publicación de la Compilación, cuyo artículo 1 la antepone a cualquier otra norma estatal o emanada de las fuentes normativas propias de Aragón. ¿Pero servirá para reconocer esta primacía en caso de que se reconozcan otros derechos de adquisición preferente con posterioridad?

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA

Para un sector de la doctrina este derecho es de naturaleza personal, puesto que se atribuye a determinadas personas por razón de su parentesco y relación con el bien que es enajenado. Se trata de un derecho personalísimo e intrasmisible, notas que caracterizan esta categoría. Otros, sin embargo, consideran que es un derecho real, basándose en que el acto generador de que nace el derecho es la enajenación de un inmueble, y en su oponibilidad *erga omnes*, aunque no tenga acceso al Registro de la Propiedad.

Frente a estas dos posturas que dejan muchas cuestiones sin resolver o que atienden a aspectos parciales, Roca Sastre opina que son limitaciones legales de la propiedad<sup>17</sup>.

(15) VIDAL TOLOSANA, Lorenzo, *Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas*. Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943.

(16) Representan esta línea jurisprudencial las STS de 9 y 13 de julio de 1903, 17 de mayo de 1907, 12 de octubre de 1912, 9 de enero de 1913, 7 de julio de 1915, 1 de febrero de 1927, 5 de junio de 1929, 17 de febrero de 1954, 9 de julio de 1958, 11 y 12 de febrero, 3 de julio y 7 de noviembre de 1960, entre muchas, incluso más antiguas, 6 de julio de 1874 y 9 de julio de 1880. También la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de julio de 1995: Si se tiene en cuenta: 1) El carácter restrictivo de las normas reguladoras de los derechos de tanteo y retracto arrendaticio en cuanto limitan las facultades dispositivas inherentes al dominio de los bienes arrendados (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1991 y 6 de febrero de 1991, y Resolución de 5 de septiembre de 1991), lo que reclama su interpretación estricta (vid. artículo 4 del Código Civil).

(17) Siguen esta opinión numerosas sentencias de la que son ejemplo, entre otras muchas, las siguientes. STS de 17 de diciembre de 1955: «Considerando que los derechos de tanteo y retracto legales son limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan, ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen como cargas que integran su pasivo, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo, y así del mismo modo que un tercer adquirente no puede prevalerse de la fe pública registral para rechazar la pretensión del propietario contiguo de que se establezca una servidumbre de paso, tampoco podrá eludir el retracto de colindantes el comprador de una finca ni el que de éste posteriormente adquiera». STS 27 de septiembre de 1962: el retracto legal... integra una delimitación o restricción de las facultades dominicales, estatuida por la Ley, que opera al margen o fuera del comercio o tráfico de los titulares de aquel derecho, de carácter absoluto, que en su juego autónomo se desenvuelve fuera del ámbito de la legislación hipotecaria, con una publicidad impuesta por la misma Ley que lo crea, y de ahí que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en su número 3.º, admita que puedan prosperar las demandas de retracto legal en los casos y términos que las Leyes civiles establecen aún frente a terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a los precepto de la propia legislación hipotecaria, es decir, que en estos supuestos no opera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque de su

## V. ELEMENTOS PERSONALES

Dentro de esta exposición, es preciso distinguir al titular del derecho, sujeto activo, de la persona contra la que dirigirá su acción, sujeto pasivo.

### 1. Sujeto activo

Quién puede ejercer el derecho de adquisición preferente. Conforme al artículo 149.1 de la Compilación, son tres los requisitos que debe reunir: el parentesco colateral, el límite del mismo y la pertenencia a la línea familiar de procedencia de los bienes.

Con el primero de ellos debemos traer a colación la vieja polémica histórica en torno a la exclusión o no de los descendientes<sup>18</sup>. Siguiendo al Apéndice, la vigente Compilación refiere el llamamiento a los parientes colaterales. Y aunque en el derecho positivo es una cuestión que no admite dudas, en el plano doctrinal no es una cuestión pacífica. En los Fueros se habla de hermanos o hermanas y parientes (*parentibus*), lo que abre la hipótesis a un reconocimiento más amplio.

El primer borrador de Anteproyecto de 1961, elaborado por la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, admitía junto a los colaterales a los descendientes legítimos y ascendientes sobre los bienes que hubieran transmitido a sus descendientes<sup>19</sup>. Pero los posteriores de 1962, 1963, 1965 y 1966 lo limitaban a los primeros<sup>20</sup>.

Marceliano Isábal destaca que en el Fuero IV «*De communi dividundo*», al regular el tanteo se hace referencia a los parientes de un modo general e inconcreto<sup>21</sup>. Sin embargo, al considerar el retracto se limita conforme al principio de troncalidad. Nada se dice sobre el límite de los parientes llamados y opina este autor que, ante el silencio de los Fueros y Observancias, se aplicaba el Derecho de Castilla, pues aún no se había publicado el Código

---

protección quedan excluidos, por expresa disposición del precepto anteriormente citado, las referidas acciones. STS 20 de octubre de 1964: la acción de retracto es de carácter real y no personal. STS 6 de marzo de 1971: «Constituyendo el retracto legal una limitación que afecta al propietario restringiendo su libertad para elegir la persona que por compraventa u otro título traslativo haya adquirido su cosa, sólo se debe dar lugar a él cuando esté plenamente acreditada la existencia de tal limitación, pues la propiedad se reputa siempre libre de gravámenes y restricciones, incumbiendo su demostración a quien los alegue». Y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 4 de octubre de 1962: «Es reiterada la doctrina establecida por este Centro directivo de que el retracto legal actúa siempre con la máxima eficacia frente a los terceros aunque no conste en el Registro la causa de resolución del derecho y, en consecuencia, quedan inermes los enérgicos resortes de defensa que la inscripción lleva consigo».

(18) Dejan apuntada esta polémica las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de septiembre de 1989 y del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huesca de 26 de octubre de 1991.

(19) Anteproyecto redactado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1961, artículo 163. *Legitimados.- El derecho de abolorio compete: 1.º a los descendientes legítimos y a los colaterales del enajenante, capaces para sucederle. Si concurren dos o más, tendrá preferencia el más próximo heredero abintestato por derecho propio, y siendo varios, el primero en retraer. 2.º A los ascendientes, sobre los bienes que hubieren transmitido a sus descendientes.*

(20) Anteproyecto redactado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1962, artículo 169.- *Legitimados. El derecho de abolorio corresponde a todos los parientes llamados en los artículos 81 a 83 a la sucesión troncal, limitándose en cuanto a los colaterales al sexto grado de parentesco con el enajenante. Si concurren dos o más tendrá preferencia el más próximo heredero abintestato por derecho propio y, siendo varios, el primero en retraer.* Con el mismo texto el artículo 163 del Anteproyecto de 1963, salvo la remisión a los parientes llamados a la sucesión troncal. El artículo 147.1 del Anteproyecto redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, de 1965, es igual que el actual, salvo en la designación de los legitimados, «... los parientes llamados en el artículo 130 a la sucesión troncal gozan...». Y el artículo 149.1 del Anteproyecto de 1966 coincide totalmente con el actual.

(21) ISÁBAL Y BADA, Marceliano, *Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1926.

Civil. Como sabemos el Apéndice estableció el límite en el 6.º grado y aún se redujo al 4.º grado por el vigente art. 149.

Los descendientes se han excluido, aunque esta cuestión en el derecho histórico fue muy debatida. El Fuero de 1678 «*Que tenga lugar...*» admite a los descendientes, lo que llevó a los autores a tomar posición. Se pronuncian a favor Franco de Villalba, La Ripa, Dieste y Franco y Guillén, el propio Isábal, de la Fuente y Pertegaz, Sainz de Varanda<sup>22</sup> y Sancho Rebullida. En contra Bardají, Molino y Asso y de Manuel. Parece que también Vidal Tolosana<sup>23</sup> es de esta opinión, cuando dice, comentando el Apéndice, «el llamamiento es tan sólo a 'hermanos' y colaterales; y no puede admitirse una interpretación extensiva que además saltaría por encima de consideraciones respetables».

El motivo de esta exclusión se ha querido ver en evitar posibles fraudes, aunque hay una sentencia de la ATZ de 16 de mayo de 1887 que lo considera aplicable a los ascendientes, colaterales y descendientes<sup>24</sup>.

Con referencia al Apéndice, de la Fuente y Pertegaz<sup>25</sup> y Vitoria Garcés<sup>26</sup>, se mostraron favorables a incluir a hijos y descendientes con preferencia incluso a los colaterales.

En las propuestas del Seminario se concedía a descendientes legítimos y colaterales del enajenante capaces para sucederle, e incluso a los ascendientes (vid artículo 163 del Anteproyecto de 1961).

Autores como el Profesor Sancho Rebullida<sup>27</sup> y Sainz de Varanda<sup>28</sup> son partidarios de dar cabida a los descendientes del enajenante. En contra se manifestó Lorente Sanz<sup>29</sup> aduciendo que dicha ampliación pudiera dar lugar a abusos y fraudes, al ser hijos o nietos del enajenante quienes podían recuperar los bienes si pensaban que podían obtener mejor precio.

Nuestra opinión es que, de *lege ferenda*, debe extenderse a los descendientes y ascendientes, con preferencia, incluso, a los colaterales. Si la finalidad, o una de ellas, es que los bienes permanezcan en la familia qué mejor que lo sea en la familia directa antes que en la colateral. Con ello se observa con mayor vigor la expectativa hereditaria, se sigue el orden sucesorio en cuanto a la preferencia respetando la expectativa (dentro del mismo grado el que antes lo ejercite) y se les presupone, por lo menos, la misma *affectio* hacia los bienes.

No cabe duda que pueden darse abusos y fraudes, pero no creemos que la exclusión los destierre por completo. En todo caso, para eso estaría la prueba a cargo del comprador demandado y la facultad moderadora.

Ya no se exige, a diferencia del Apéndice, que el parentesco sea por consanguinidad legítima; sólo que sean parientes colaterales, con lo cual, a la vista de la Constitución, que proscribire en el artículo 14 cualquier discriminación por razón de nacimiento, sin necesidad de

(22) SAINZ DE VARANDA, Ramón, *El retracto gentilicio*, Anuario de Derecho Aragonés, 1946.

(23) Lorenzo VIDAL TOLOSANA, *Retracto gentilicio en Aragón*. Cuestiones prácticas. Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943.

(24) SAINZ DE VARANDA, Op. cit.

(25) DE LA FUENTE Y PERTEGAZ, Pedro, *Concurrencia y prelación de retractos*, Primera Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942.

(26) VITORIA GARCÉS, Manuel, *Dos cuestiones sobre el retracto de abolorio*, Primera Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942.

(27) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés*, Anuario de Derecho Aragonés, 1968-1969. Boletín del colegio de Abogados de Zaragoza, n.º 26, de 1 de julio de 1967, págs. 214 y 215.

(28) SAINZ DE VARANDA, op. cit.

(29) *Actas de las Jornadas...* A.D.A 1968-1969.



modificar el texto legal, o de hacerlo por vía de interpretación, no cabe excluir a los parientes ilegítimos. Por si quedaba alguna duda respecto de los adoptivos, la Ley de las Cortes de Aragón de 25 de abril de 1988 modificó el artículo 19 y estableció la total equiparación de los hijos adoptivos y los que lo son por naturaleza<sup>30</sup>.

Entre el titular del derecho y el enajenante el vínculo ha de ser de consanguinidad, lo que excluye a los afines por tratarse de «personas ajenas a la familia», en palabras de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Teruel de 18 de mayo de 1.991, y los colocaría, caso de haber adquirido los bienes, entre los legitimados pasivamente. Bermúdez Acero<sup>31</sup> señalaba que, vendidos bienes de abolorio por el heredero a un hijo político, constante matrimonio con la hija legítima, y retraídos por un hermano del vendedor, la acción debe prosperar, porque, aunque aparentemente se dé la sensación de que no van a salir de la familia, para el matrimonio adquirente tienen la condición de comunes y el marido puede disponer libremente y sacarlos de la familia, conforme al artículo 49 del Apéndice. Y al disolverse la sociedad conyugal, por lo menos la mitad pertenecerán al marido y a sus herederos, si no ha habido descendientes, y saldrán del tronco familiar.

## 2. Concurrencia de retrayentes

Para Sala<sup>32</sup> si concurren a retraer dos o más parientes de igual grado, todos serán admitidos, dividiéndose la cosa si es divisible; en caso contrario será preferido el que más ofrezca. En el mismo sentido se manifiestan Gómez de la Serna y Montalbán<sup>33</sup>. Igual opinan Franco y Guillen<sup>34</sup> siguiendo a Portolés, mientras que será preferido el que más ofrezca, como dice Molino, cuando la finca no ofrezca cómoda división.

En caso de concurrir varios parientes, el artículo 149.3 resuelve la preferencia por remisión al orden establecido en los números 1 y 3 del artículo 132, donde se admite el derecho de representación o, más propiamente, de sustitución legal<sup>35</sup>. En contra de admitir la sustitución legal se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de noviembre de 1992, porque habrá de estarse a lo expresamente regulado, y el derecho de abolorio no puede ejercitarse por ulteriores descendientes, sino limitado al 4.º grado por imperativo legal. La situación es distinta, como apuntaban Gómez de la Serna y Montalbán, si el fallecimiento del retrayente se produce después de formular la demanda, en cuyo caso se produce una sustitución procesal.

Otro problema distinto es el posible ejercicio por una pluralidad de parientes de mutuo acuerdo, para el que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huesca de 26 de octubre de 1991 no ve obstáculo alguno, pero que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia antes reseñada resuelve negativamente, aunque no se muestra totalmente contraria en determinados casos. Dice en el fundamento de derecho quinto, que «dada la finalidad del retracto de abolorio, la adquisición conjunta por dos o más parientes puede entenderse y justificarse cuando vienen determinados por una situación

(30) La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 17 de octubre de 1996 reconoció el retracto de abolorio a una hija natural reconocida.

(31) Luis BERMÚDEZ ACERO, *Retrato de abolorio en Aragón*, Anuario de Derecho Civil Aragonés, tomo X, 1955-1960.

(32) Juan SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, tomo I, Madrid, 1834, 4.ª edición.

(33) Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal de España*, Tomo II; 1877, 12.ª edición.

(34) Luis FRANCO Y LÓPEZ y Felipe GUILLÉN Y CARAVANTES, *Instituciones de Derecho civil Aragonés*, Zaragoza, 1841.

(35) Aurora LÓPEZ AZCONA, *El derecho de abolorio o de la saca en la jurisprudencia*, Revista Jurídica de Navarra, n.º 16 Julio-Diciembre de 1993, pág.163.

personal de los actores en que se encuentren integrados, bien como consortes de Casa Aragonesa cuya continuidad y engrandecimiento busca la institución contractual, o al menos cuando explotan en conjunto o colaboración bienes de naturaleza rústica o urbana, de manera unitaria...».

### 3. Sujeto pasivo

Como todos los derechos de adquisición preferente y atendiendo a su eficacia *erga omnes*, según antes hemos apuntado, ha de actuarse frente al propietario actual de los bienes, pero es decisivo el momento en que se actúa, antes o después de la enajenación. En fase de tanteo, por consiguiente antes de producirse la enajenación, el titular del derecho deberá dirigirse contra el propietario de los bienes, y después, en fase de retracto, contra el adquirente de los mismos, o cualquier adquirente de los bienes, si se han producido sucesivas transmisiones después de la que genera la preferencia adquisitiva, lo cual, desde un punto de vista procesal, puede dar lugar a la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario<sup>36</sup>.

## VI. ELEMENTOS OBJETIVOS

En este apartado vamos a examinar los actos que dan lugar al derecho y los bienes sobre los que puede ejercerse.

### 1. Inmuebles

En el derecho histórico se habla de «bienes sitios», así Jordán de Asso y De Manuel y Rodríguez<sup>37</sup>, que citan a Bardají; raíz o inmueble, dicen Franco y Guillén<sup>38</sup>, que se apoyan en este último y en Molino, añadiendo que los Fueros se valen de la palabra heredad.

El art. 149.1 emplea la fórmula «inmuebles que han pertenecido a la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente». El Apéndice lo refería a fincas heredadas de ascendiente común al enajenante y al titular del derecho.

Podemos ver que se excluyen los bienes muebles, como así ha sido en todo momento. La sentencia de 20 de febrero de 1873 expresamente decía que no pueden ser objeto del retracto gentilicio los bienes muebles y derechos universales y sí solamente las fincas, o inmuebles. Sainz de Varanda<sup>39</sup> encuentra su justificación en la poca consideración que siempre han tenido esta clase de bienes en el derecho privado, «contra lo que hoy la realidad indica», y aboga por que se admita también a bienes de valor histórico y artístico. Consideración

(36) La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de enero de 1991 trata de esta cuestión, pues dice que podrá dirigirse «contra cualquiera que sea su propietario». Sin embargo, para la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 24 de enero de 1912, citada por Ramón Sainz de Varanda en *Jurisprudencia de Derecho civil aragonés* (años 1896-1926), *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo IV, «es doctrina legal sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en varias resoluciones, que la segunda venta de una finca no es óbice para que prospere la demanda de retracto entablada por un tercero en cuanto a la primera enajenación, porque desde el otorgamiento de esa primera escritura nace el derecho a retraer, sin que pueda afectarle el hecho de la segunda enajenación, siendo de necesidad en tal caso que se dirija la acción no sólo contra el primer comprador, sino también contra el segundo». En igual sentido la sentencia de la misma Audiencia de 28 de abril de 1970.

(37) JORDÁN DE ASSO Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1792, 5.ª edición.

(38) LUIS FRANCO Y LÓPEZ Y FELIPE GUILLÉN Y CARAVANTES, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, 1841.

(39) *Op. cit.*, pág. 270.

de la que Merino Hernández<sup>40</sup> se hace eco, y observa que en la Compilación no es una idea extraña el mayor aprecio y consideración por determinados bienes muebles, pues el artículo 39 de la Compilación, con la finalidad de evitar que determinados bienes aportados al matrimonio se hagan comunes, establece la presunción de muebles por sitios; pero no parece que esta presunción pueda aplicarse fuera del supuesto para el que está prevista.

En contra de una posible ampliación a bienes muebles, Barber Cárcamo<sup>41</sup>: «Esto es exactamente lo que sucede con nuestro retracto: que por su propia naturaleza exige la restricción a los bienes inmuebles, tradicional riqueza y sustento de las familias. Aunque los bienes muebles alcancen hoy, en determinados casos, valor superior incluso al de los inmuebles, éstos continúan poseyendo la nota de afección, sustento e identificabilidad familiar de que carecen los primeros. Por otra parte, no es que sólo sean retraibles los bienes inmuebles, hay que ir más allá: sólo los inmuebles pueden conceptuarse como de patrimonio o de abolorio, los bienes muebles no cuentan para esta clasificación».

La Compilación utiliza la expresión «inmuebles», sin especificar más, igual que en todos los Anteproyectos. Por su parte el Apéndice emplea la expresión «bienes raíces». A propósito de esto Sainz de Varanda dice que son los del art. 334 del Código Civil, «si bien solo se deberá referir a los inmuebles por naturaleza, a las fincas rústicas y urbanas»<sup>42</sup>, aunque más adelante matiza esta opinión ampliándola: «Se consideran inmuebles o raíces todas aquellas cosas que no pueden moverse por sí, ni por los hombres sin alterar su naturaleza aunque habrá que tener en cuenta las modificaciones a este respecto que introdujo la Ley Hipotecaria. Lo que forma parte de un inmueble, por naturaleza o por destino de los hombres, aunque pueda moverse sin alteración de su ser. Los frutos pendientes de las plantas, las cosas que están destinadas al perpetuo uso de un inmueble, como los canales, las llaves de las puertas, las minas»<sup>43</sup>.

La jurisprudencia ha admitido el derecho de abolorio sobre la nuda propiedad, sentencias de ATZ de 24 de febrero de 1953 y 28 de mayo de 1951 y del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1925, 5 de junio de 1929 y 3 de diciembre de 1946, aunque alguna, como la de 20 de febrero de 1873 declaró que «no es objeto del retracto la propiedad inmueble cuando no es plena ni está todavía en el dominio del demandado». De aquella opinión participa Merino Hernández<sup>44</sup> quien sostiene, que «lo único que sucederá que estos (inmuebles) serán adquiridos por el demandante con la carga o peso del usufructo y mientras éste dure».

Pero no ocurre lo mismo cuando es el usufructo el que se enajena, porque la nuda propiedad es la que confiere la verdadera titularidad permanente a la que finalmente se reintegrará o consolidará el usufructo y se recuperará la plenitud de los derechos sobre el inmueble<sup>45</sup>.

(40) Op. cit., pág. 90.

(41) Op. cit., pág. 184 y 185.

(42) Op. cit., pág. 271 y 272.

(43) La sentencia de 6 de julio de 1874 proclama «solo son objeto del retracto gentilicio los bienes raíces o heredades provinientes de abolengo, según terminantemente dispone el Dercho foral Aragonés; Observancia 2.ª *De consortibus eiusdem rei*», Mariano RIPOLLÉS Y BARANDA, *Jurisprudencia Civil de Aragón*, tomo 3.º.

(44) Op. cit., pág. 92 y 93.

(45) El nudo propietario «... sigue siendo dueño de la cosa, con todos los derechos inherentes a tal cualidad, aunque, claro es, con la limitación de respetar el uso y disfrute por parte del usufructuario, de ahí que le corresponda la acción de retracto de comuneros, sin que en la correspondiente relación jurídico procesal, consecuente a la jurídico material, sea parte interesada el usufructuario, ni en su día pueda afectarle, la sentencia que se dictara, en su derecho de usufructo y, por lo tanto, ni activa ni pasivamente ha de ser parte en la litis a la que el ejercicio de dicha acción de retracto pudiera dar lugar»- STS de 4 de diciembre de 1979.

## 2. Partes indivisas de una finca

Una cuestión muy discutida ha sido, y es, la viabilidad del derecho de abolorio sobre partes alcuotas. Esto a su vez abre dos supuestos: Que el inmueble sea en parte de abolorio y en parte no o que se enajene la porción familiar o se pretenda adquirir solo una parte del inmueble.

No hay respuesta legal a esta cuestión habiéndose resuelto por la Jurisprudencia con arreglo a dos criterios: La naturaleza divisible o indivisible de la finca y la dificultad o inconveniencia de imponer un régimen de comunidad contra la voluntad de los interesados<sup>46</sup>.

En los casos de enajenación de una parte de la finca troncal o de la parte troncal de la finca consideramos que no hay obstáculo al derecho de abolorio, pues el vendedor y adquirente habían consentido en constituir una comunidad y supondrá dicha enajenación que la finca en cuestión es divisible.

## 3. Venta conjunta de varias fincas

Sobre esta cuestión no se pronuncia la Compilación, a diferencia del Fuero Nuevo de Navarra y de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco<sup>47</sup>.

Cuando se enajenan varias fincas, pueden darse diversas situaciones: Que todas ellas sean troncales o familiares o que unas tengan este carácter y otras no. También puede ocurrir que se fije un precio alzado para todas o se determine el que corresponde a cada una de ellas.

Tampoco hay una jurisprudencia consolidada al respecto. Como criterio general puede avanzarse que no se puede intentar el derecho de abolorio sobre las fincas no familiares, pues se extendería indebidamente a bienes que no tiene el carácter de troncales o de abolorio. La existencia de un precio único tampoco supone un impedimento definitivo, ya que el precio individualizado podría obtenerse mediante la oportuna prueba en el curso del juicio, en ejecución de sentencia o mediante tasación pericial. Ahora bien, si todas las fincas forman una unidad de explotación o patrimonial la solución sería contraria<sup>48</sup>.

Finalmente, puede suceder que se pretenda el derecho de abolorio solo sobre alguna de las fincas troncales vendidas. Supuesto que no integren una unidad patrimonial, cuya existencia determina la obligación de ejercer el derecho sobre todas ellas, sería posible elegir alguna o algunas de ellas y no todas<sup>49</sup>.

(46) Las sentencias de la ATZ de 12 de diciembre de 1947 y 11 de mayo de 1959 lo conceden sobre cuotas familiares de inmuebles que habían perdido la condición de troncales; otras lo deniegan ATZ de 7 de diciembre de 1955 y TS de 17 de febrero de 1954, en MERINO HERNÁNDEZ, op. cit., págs. 95 a 97. La STS de 17 de mayo de 1907 deniega el retracto gentilicio intentado por la totalidad sobre una finca por su naturaleza indivisible, en la que solo dos quinceavas partes son de abolengo, porque «habría sido rebasar notoriamente el derecho del retrayente si le hubiese otorgado lo pretendido, puesto que ya no limita a mantener en la familia aquello de que había estado en posesión, sino partes de mucha mayor cuantía que nunca pertenecieron a aquella».

(47) Aurora LÓPEZ AZCONA, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, Año I, n.º 1, pág 134 y 135. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, op. cit., págs 157 y 158.

(48) Este criterio aparece en ATZ de 10 de octubre de 1956 de un modo implícito, al decir: «... o que no cupiera retraer estas dos sin retraer las demás, porque, si bien no está demostrado tampoco que las demás sean de abolorio, no es posible sostener que todas se complementan formando un sólo todo, y constituyendo un patrimonio afecto a la casa aragones...». Más explícita APZ de 5 de abril de 1990: «... constituyendo los diez mencionados predios una unidad patrimonial y habiendo sido comprados por los demandados como un conjunto patrimonial unitario, es patente que no procede el retracto sobre siete de las misma fincas...».

(49) Las anteriores sentencias confirman esta hipótesis, como implícitamente en SAP de 23 de junio

¿Qué ocurre si la unidad de explotación o patrimonio unitario comprende fincas de abolorio y bienes muebles afectos a la explotación o al negocio? En este caso Merino Hernández se muestra a favor, siempre que no se trate de «una universalidad de esta índole (que) nada tenga que ver con la idea del patrimonio unitario a que nos venimos refiriendo», y cita en apoyo de su tesis la sentencia de la ATZ de 12 de mayo de 1960<sup>50</sup>.

#### 4. Permanencia de los bienes en la familia

Otro requisito que deben reunir los inmuebles conforme al artículo 149 es que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente. A diferencia de los Anteproyectos del Seminario, no se define qué se entiende por bienes de abolorio. Se los definía en aquellos textos preparatorios de la siguiente forma: son bienes de abolorio los inmuebles que proceden, mediata o inmediatamente y por cualquier título, de un ascendiente común, y que no han salido, desde su común origen, del tronco familiar. En este punto la Compilación es más exigente que el Apéndice, que no exigía sino que fuera «finca heredada de ascendiente común». Por otra parte, la permanencia no esta reñida con la transmisión entre los parientes del tronco común por cualquier título, lucrativo, oneroso, *inter vivos* o *mortis causa*.

Generación ha de entenderse en su sentido natural, equivalente a las personas de un mismo grado de parentesco. Así, podemos decir que forman una generación, respecto de una determinada persona, él mismo y sus hermanos, sus padres y tíos, sus abuelos y tíos abuelos. Generación no se emplea como sinónimo de transmisión, y, por consiguiente, si se producen varias transmisiones dentro de la misma línea horizontal de parientes, a efectos del abolorio no podrá contarse mas que una generación.

Si los bienes han sido adquiridos por derecho de abolorio, ¿habrán perdido su condición de familiares? Dependerá de la forma en que se han recobrado. Si se han recuperado antes de la enajenación, mediante tanteo, no parece que haya inconveniente en considerar que no han salido de la familia, pues no ha tenido lugar el acto transmisivo. Mayores dificultades se presentan cuando ha tenido lugar el retracto, ya que éste implica que se ha consumado la enajenación y, por tanto, han pasado a manos de un extraño. Algún autor, sin embargo, ha pensado que al producirse una subrogación subjetiva en la venta efectuada, puede sostenerse que no ha llegado a salir jurídicamente del marco familiar, pero lo cierto es que real y efectivamente se ha producido un cambio de titularidades, ha pasado a manos de un extraño y ha vuelto a manos de un pariente.

En el Anteproyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte, elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, se da una definición de los bienes troncales de abolorio que nos puede servir. Dice el artículo 209: 1. *Son bienes troncales de abolorio todos aquellos que hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya, 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 causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias.*

Este requisito se ha interpretado por ATZ de 10 de julio de 1973 en el sentido de que,

de 1989, y en el voto particular de la sentencia del TSJA de 22 de enero de 1990, que la anuló. Vid MERINO HERNÁNDEZ, op. cit., págs. 100 y 101.

(50) MERINO HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 102.

además de haber permanecido en la familia del padre del disponente, también debían haber estado en la familia durante la generación del abuelo, y no lo estuvieron los comprados por éste «y es evidente —dice— según ello que la generación del que adquirió bienes de otro por virtud de contrato o acto *inter vivos* no puede contarse, pues que no han sido bienes que hayan ‘permanecido’ en el patrimonio de la familia durante dicha generación, sino que han ‘advenido’ posteriormente a la constitución del patrimonio del cual vivían él y su familia en principio»<sup>51</sup>. Y continúa dicha sentencia la «interpretación (es) desde luego restrictiva, que por lo dicho antes puede mantenerse y asimismo autorizada, por ser de sentido restrictivo la modificación de la configuración del retracto de abolorio, tal como la Compilación lo ha dejado, respecto a como el Apéndice de 1925 lo autorizaba, pues que la Compilación reduce las posibilidades personales a los parientes del vendedor en cuarto grado colateral, y no en quinto ni en sexto, y por otra parte, la permanencia durante dos generaciones inmediatamente anteriores a la del vendedor es nueva exigencia respecto al elemento real del retracto».

## VII. CONTRATOS QUE DAN LUGAR AL DERECHO

### 1. Venta y dación en pago

Conforme al art. 149 de la Compilación, el derecho nace o se genera en los casos de venta o dación en pago de los bienes. Dualidad de negocios jurídicos a los que también se referían el Apéndice y el Anteproyecto de 1966.

El Anteproyecto del Seminario de 1961, por el contrario, al definir el objeto del derecho en el art. 161, emplea el término «enajenar», y en el siguiente, referido a cuando tiene lugar, utiliza la expresión «actos y contratos que suponen transmisión». Con los mismos términos estaban redactados los Anteproyectos de 1962 y 1963. El de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación de 1965, habla simplemente de la enajenación. Términos, éstos últimos, mucho más amplios que los empleados en los textos legales.

Para los retractos legales, el artículo 1521 del Código Civil, también emplea los términos venta o dación en pago, por lo que lo dicho para estos puede servir de regla de interpretación para nuestro derecho de abolorio.

Las notas características de los contratos que dan lugar al derecho de abolorio, venta o dación en pago, según la dicción literal del art. 149, son la onerosidad y posibilidad de subrogación. Estas características sirven de orientación para el análisis de la procedencia del retracto en una enajenación determinada.

La compraventa es un negocio jurídico consensual en el que perfección y consumación pueden aparecer sucesivamente, en momentos diferentes. Pues bien, para que el derecho de abolorio nazca es preciso que la venta se haya consumado. Y así se considera por la Jurisprudencia<sup>52</sup>, al exigir que el contrato se haya consumado, «y sobre todo que sea válido,

(51) En este mismo sentido se pronuncia la APZ de 19 de septiembre de 1989.

(52) «Es reiterada doctrina de esta Sala que, aunque la acción de retracto exige para su viabilidad, que la venta haya sido consumada, la consumación no la determina la inscripción en el Registro,..., sino la tradición real o ficta de la cosa vendida, y como la venta se realizó mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta, como dice el artículo 1462 del Código Civil, equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la escritura no se deduce lo contrario...», STS de 7 de febrero de 1964; en el mismo sentido, la de 2 de marzo de 1965. La STS 20 de febrero de 1978 dice «...el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se transmite la propiedad de la finca, haya sido consumado, y así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala —sentencias, entre

conforme a Derecho» (STS de 26 de septiembre de 1968), sin que sea preciso que se otorgue escritura pública para su validación (STS de 31 de diciembre de 1869). No cabe entender que rechazar un mero ofrecimiento en venta puede equipararse a una renuncia anticipada (STS de 24 de septiembre de 1997).

## 2. Aportación a sociedad

Para los arrendamientos rústicos está expresamente previsto en el art. 84 de su Ley reguladora que el arrendatario podrá ejercer su derecho de tanteo o retracto en caso de aportación de la finca a una sociedad, pagando el precio justo de la finca, determinado en vía civil, conforme a las normas de la legislación de expropiación forzosa, si del contrato no resulta el valor de la finca transmitida. No parece que pueda admitirse en nuestro derecho, principalmente, por la imposibilidad de subrogación, al recibir el transmitente como contraprestación acciones o participaciones que no podría reembolsar el retrayente, y en segundo lugar por la interpretación restrictiva que se hace de este derecho. Se ha negado expresamente en STS de 12 de junio de 1964.

## 3. Expropiación forzosa

La expropiación forzosa de una finca no da lugar al derecho de retracto, porque la razón de ser es el interés público o utilidad social que la motiva, y esta justificación del acto expropiatorio se predica respecto del bien sobre el que se realiza, con independencia de la identidad del propietario. Además, el interés público prevalece sobre el familiar del retracto genilicio<sup>53</sup>.

## 4. Permuta

Ya los antiguos comentaristas negaban la posibilidad del abolorio en las permutas<sup>54</sup>. Franco y Guillén precisaban que no tiene lugar en las permutas, a no ser que hubiese precedido una venta. Esto quiere decir que se debe atender a la verdadera naturaleza del contrato y acceder al retracto cuando bajo la apariencia de una permuta se oculte un contrato de compraventa o dación en pago, STS de 28 de octubre de 1881.

Sainz de Varanda y Merino Hernández, se manifiestan a favor de admitir el abolorio «cuando se trate de permutas de bien inmueble por objetos fungibles, pues la subrogación será posible»

Ya hemos indicado antes, siquiera sea brevemente, que para acceder o denegar el retracto en casos dudosos, en los que hay una apariencia de contrato, que lo posibilite o prohíba, debe estarse a la verdadera naturaleza del contrato, según cual sea la intención de los contratantes y no atender exclusivamente a la denominación que estos le hayan dado. De modo que ha de negarse si, bajo la apariencia de una compraventa, se esconde un contrato que no da lugar al retracto. En caso contrario, cuando el contrato aparente impida el retracto, o bien habrá que regirse por lo que resulte del oculto o disimulado, y,

otras, de 2 de junio de 1950, 5 de febrero de 1952 y 1 de abril de 1962—, al decir que la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica, pues hasta entonces no se lesiona el preferente derecho del que la retrae...».

(53) SAINZ DE VARANDA, op. cit., pág. 278; MERINO HERNÁNDEZ, op. cit. pág. 148; y BARBER CÁRCAMO, op. cit., pág. 148.

(54) JORDÁN DE AÑO y DE MANUEL RODRÍGUEZ, op. cit. Sala op. cit. FRANCO Y GUILLÉN, op. cit.

en su caso, solicitar la nulidad de aquel, originando una acumulación de acciones como veremos en su momento, o bastará una apreciación medial que no exceda de los efectos propios del retracto<sup>55</sup>.

## 5. Venta judicial

El derecho de adquisición preferente tiene efecto y puede aplicarse en las ventas de inmuebles que ocurran en la vía de apremio. Así se dispuso ya en el Fuero único de 1678 «añadiendo a lo dispuesto en los fueros de este Reino» el adecuado procedimiento. La adición de este Fuero obedeció, sin duda, a que es justamente en el trance del apremio judicial cuando se pone más de manifiesto el fundamento del derecho de adquisición preferente, que reconocidamente no es otro que el de mantener la integridad del patrimonio de la Casa. En el Apéndice se incluía de forma expresa, pero falta esta previsión en el texto compilado. Aun cuando no se dice en el texto vigente, no hay obstáculo para considerar la subasta judicial entre los contratos que dan lugar a él, como una modalidad de compraventa, puesto que, sin entrar en el problema de la naturaleza y autonomía jurídica de la subasta judicial, dadas las similitudes entre ambas instituciones, se les otorga la misma eficacia a estos efectos<sup>56</sup>. El problema estriba en fijar el momento de la consumación del contrato, con el que nace el derecho. Habitualmente se hacía coincidir con el otorgamiento de la escritura pública, bien por el deudor ejecutado, bien por el Juez en su nombre, mucho más frecuente en la práctica. Pero esta concepción jurisprudencial cambió, al situar la consumación del contrato en la aprobación judicial de la subasta, lo que determina el nacimiento de la acción de retracto, STS de 8 de junio de 1995<sup>57</sup>. La STS de 1 de julio de 1991, en un retracto de comuneros, trata la venta

(55) Una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Borja de 18 de agosto de 1953, denegó el retracto de abolitorio en una compraventa que encubría la realidad de una donación; STS de 22 de diciembre de 1995, la calificación del contrato no es la que hacen las partes, sino la que del tenor literal de la citada escritura se desprende; se trataba, en un retracto de comuneros, de una transmisión onerosa de cosa inmueble mediante contraprestación de carácter dinerario, y no de un contrato de cesión de bienes con contraprestación alternativa, como lo calificaron las partes.

(56) Sobre esta cuestión véase Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, *Retracto convencional: legitimación pasiva y ejecución en subastas judiciales. Analogías y deferencias entre compraventa y subasta judicial. Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995*, Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIX, abril-junio de 1996. La Resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de marzo de 1999, publicada en el BOE núm. 100, de 27 de abril, en el fundamento segundo, afirma: «La cuestión previa planteada por el defecto señalado, de si la transmisión judicial forzosa producida en un procedimiento ejecutivo está sujeta o no a retracto, ha sido resuelta reiteradamente en sentido afirmativo por entender que en nuestro sistema jurídico este tipo de transmisión está comprendido en el concepto de venta».

(57) STS de 11 de julio de 1992 y 8 de junio de 1995 «Aunque no se trata de cuestión pacífica y es cierto que una jurisprudencia relativamente remota (Sentencias de 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero de 1960 y 20 de febrero de 1975) ha venido sosteniendo que, en los casos de subasta judicial, el nacimiento de la acción de retracto no se produce hasta la consumación de la venta, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la más reciente doctrina de esta Sala (contenida en las Sentencias de 30 de octubre de 1990 y 1 de julio de 1991) ha venido a cambiar el anterior criterio jurisprudencial, en el sentido de que la aprobación judicial de la subasta, al entrañar la perfección del contrato (como dice la primera de ellas) o la consumación del mismo (como afirma la segunda), determina el nacimiento de la acción de retracto, a lo que puede agregarse, reforzando la argumentación de las expresadas sentencias, que con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues a la referida adjudicación que el juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o «ficta», al no ser «numerus clausus» la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462.2 a 1464 del Código Civil (Sentencia de 31 de octubre de 1983 y 20 de octubre de 1989, entre otras), con lo que, consumada ya la venta por la concurrencia de título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante de la finca subastada), el posterior otorgamiento de la escritura pública, aunque imprescindible para otros efectos trascendentes (entre otros, el acceso de la adquisición al Registro de la Propiedad), no será necesaria para que, a los efectos aquí estudiados, concurra el requisito de la tradición (la instrumental del artículo 1462.2 del Código Civil), al



en pública subasta de un bien, y fija el momento de la consumación «cuando se aprobó definitivamente el remate del bien municipal por exigirlo así la ley».

Con la reforma procesal introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, se han producido importantes modificaciones. En lo que aquí interesa, definitivamente será el Auto del Juez aprobando el remate, artículo 1509. A partir de ese momento la venta es irrevocable. Un testimonio del Auto, expedido por el Secretario con el visto bueno del Juez, será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad, artículo 1514, puesto que se ha suprimido el otorgamiento de escritura pública.

No vemos obstáculo para que se admita también el retracto de abolorio en casos de venta de bienes en subasta pública, como consecuencia de embargos y apremios administrativos de una entidad oficial, por ejemplo la Tesorería de la Seguridad Social, o si se procede privadamente.

Como en cualquier otro caso, una cosa es el nacimiento de la acción y otra diferente el cómputo del plazo para ejercitar el derecho, que está supeditado, según veremos más adelante, al conocimiento completo, cumplido y cabal de la venta y demás condiciones esenciales. Conocimiento que no se produce por el hecho de la venta en pública subasta en la que no se puede obligar a participar al retrayente (STS 9 de junio de 1995), y no puede hacerse depender de la posibilidad de que haya podido tener acceso a las actuaciones judiciales por los medios de publicidad previstos por las leyes orgánicas<sup>58</sup>.

En atención a su naturaleza, y al criterio restrictivo que preside la interpretación, según ya hemos visto, la jurisprudencia ha negado la posibilidad de retracto en un supuesto de permuta (16 y 23 de mayo de 1.960), y en un contrato de renta vitalicia (9 de diciembre de 1964 y 2 de abril de 1985<sup>59</sup>).

### VIII. PLAZO DE EJERCICIO

Uno de los temas que más ha atraído la atención de los Tribunales ha sido el del ejercicio temporáneo de la acción. El ejercicio de la acción ha de tener lugar, en efecto, dentro del corto plazo de caducidad que, con carácter general, se señala en las normas reguladoras de

---

haberse producido ya la misma con anterioridad en la forma «ficta» o simbólica antes expresada, por lo que con arreglo a dicha doctrina, que es la que mantiene esta Sala, la acción de retracto, en caso de subasta judicial, nace desde la celebración de dicha subasta, con aprobación del remate y adjudicación al rematante de la finca subastada (que es la tesis aquí mantenida por el recurrente), siempre, claro es, que el retrayente haya tenido conocimiento exacto de la subasta y de las condiciones de la misma?

(58) La Ley Orgánica del Poder Judicial dispone, artículo 234: Los Secretarios y personal competente de los Juzgados y Tribunales facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley. En los mismos casos, se expedirán los testimonios que se soliciten, con expresión de su destinatario, salvo en los casos en que la ley disponga otra cosa. Artículo 235: Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley.

(59) La sentencia de 2 de abril de 1985, con cita de la de 9 de diciembre de 1964, razona al respecto y luego de insistir en el criterio limitativo que preside la materia y que obliga a rechazar «todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de la transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de a adjudicación en pago de deudas», que la renta vitalicia no autoriza el retracto pues su «naturaleza, no es precisamente la de compraventa ni la de dación en pago ya que están diferenciadas en que los (contratos) aleatorios entre los que se incluyen los de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia ésta que no concurre en los segundos, que como conmutativos que son, queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración».

los retractos, cuya doctrina, como ya hemos dicho, es aplicable a nuestro retracto de abolorio en cuanto retracto legal que es, con las matizaciones, precisiones y salvedades que exija su específico régimen legal.

En el artículo 75 del Apéndice no se fijaba plazo para el ejercicio del derecho, por lo que se entendía que eran aplicables las normas del derecho común. Sainz de Varanda<sup>60</sup> consideraba que era el de nueve días, señalado en el artículo 1524 del Código Civil. Plazo que, a juicio de Vitoria Garcés<sup>61</sup>, resultaba escaso e insuficiente y proponía el de dos meses del Fuero de 1678, para el caso de que la venta se inscribiera en el Registro o de que el retrayente tuviera conocimiento de la enajenación, y el de año y día del Fuero IV *De communi dividundo* a falta de inscripción o desconocimiento.

Con los artículos 1618.1 y 1619 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el comienzo del plazo se sitúa en la fecha del otorgamiento de la escritura pública de venta, o en el día siguiente al en que se acredite por el retrayente que tuvo conocimiento de la venta si se ocultare maliciosamente<sup>62</sup>, preceptos que pugnan con lo dispuesto en el artículo 1524 del Código Civil que lo hace coincidir con el día de la inscripción en el Registro de la Propiedad y, en su defecto, con aquel en que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. Antinomia que se resolvió por la jurisprudencia considerando que el artículo 1524 del Código Civil, posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil, derogó el artículo 1618 en el punto referente al plazo para ejercitar la acción del retracto, STS 20 de febrero de 1978 y 7 de abril de 1997.

Estos problemas se han resuelto con el artículo 150 de la Compilación que señala dos plazos distintos: el de treinta días a contar desde la notificación fehaciente del propósito de enajenar y ofrecimiento en venta, o de la enajenación ya realizada sin previo ofrecimiento, y el de noventa días a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde que el retrayente conoció la enajenación.

El primer problema que se suscita es el de su naturaleza procesal o civil. De esto depende que se computen o excluyan los días inhábiles, por aplicación de los artículos 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en que se excluyen los inhábiles o el artículo 5.2 del Código Civil en el que, por el contrario, se incluyen. Sainz de Varanda y Vitoria Garcés lo conceptúan como de carácter material o civil por lo que deben contarse los días inhábiles. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo para el artículo 1524, por no tratarse de un término judicial que deba computarse desde el día siguiente a una notificación, citación o emplazamiento, producida por órgano judicial. Con arreglo a esta concepción, el plazo corre a partir del día siguiente al de la notificación fehaciente, por disposición del artículo 5.1.

### 1. Notificación fehaciente

Fehaciente no es sinónimo, ni ha de ser interpretado, como medio que hace prueba por sí mismo de forma absoluta, como ocurre cuando se utilizan los servicios de los funcionarios en los que recae la fe pública, sino más bien como fidedigno, creíble, fiable, que da certeza o seguridad del hecho, en este caso, de la notificación y de su contenido, aunque no de un modo indiscutible y literosuficiente, pues puede completarse a través de otras pruebas<sup>63</sup>.

(60) SAINZ DE VARANDA, op. cit., pág. 282.

(61) VITORIA GARCÉS, op. cit., pág. 94 y siguientes.

(62) El plazo de nueve días se cuenta desde el otorgamiento de la escritura, cuando la escritura existe, pero no cuando «no se ha otorgado, y se ha consumado el contrato con la entrega de la cosa vendida», STS 31 de Dic de 1869.

(63) SAP de Huesca de 29 de octubre de 1997 a propósito del requerimiento fehaciente para la actualización de la renta en los arrendamientos urbanos.

## 2. Contenido de la notificación

Ha de abarcar, según el precepto, el propósito de enajenar y ofrecimiento en venta. Entiende Merino<sup>64</sup> que debe comprender ambos extremos necesariamente, porque se puede notificar y no ofrecer, con la trascendencia que esto tiene de cara a un posible desistimiento. «Por el contrario —dice—, si la notificación va unida a una verdadera y suficiente oferta de compra, el notificante, y en cuanto esté vigente el plazo de la oferta, no podrá desistir de su enajenación, y si los notificados aceptan el ofrecimiento, deberán cumplir necesariamente éste, enajenando los bienes a favor de tales notificados. Es el mecanismo ordinario de oferta contractual».

En definitiva se trataría, según ese autor, de una oferta vinculante para el propietario que la hace y potestativa para el pariente.

Siguiendo con el examen de este precepto, se hace preciso determinar a quien corresponde hacer la notificación. Hasta ahora nos encontramos en la fase de tanteo, previa a la enajenación, por lo que es el propietario del inmueble el que ha de hacer la notificación.

Nada dice el texto legal acerca de quien deba hacer la notificación, cuando ya se ha efectuado el acto de disposición. Por tanto, a falta de previsión legal al respecto, no hay inconveniente para que la pueda hacer tanto el disponente como el adquirente, que al hacerlo quiera dar certeza a su adquisición provocando el retracto o la renuncia tácita a su ejercicio.

Requisito común a ambas notificaciones, anterior o posterior a la enajenación es el de que ha de comprender el precio y demás condiciones esenciales del contrato. En el caso de la oferta previa no será necesario que se mencione, ni siquiera que exista, un posible comprador, quedando en libertad el ofertante para venderla a quien tenga por conveniente una vez pasado el plazo, como dice el Fuero IV *De communi dividundo*.

## 3. Plazo de caducidad

Naturaleza del plazo. Indica Sainz de Varanda, seguido por Merino, que es un plazo de caducidad y no de prescripción. La Jurisprudencia lo ha calificado en numerosas ocasiones de «plazo fatal, improrrogable y de caducidad», STS 20 de febrero de 1978.

## 4. Plazo no habiendo notificación

Caso de que no haya notificación, dispone el artículo 150.2 que «el término será de noventa días a partir de la fecha de la inscripción del Título en el Registro de la Propiedad o en su defecto, del día en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales». Parecida norma contiene el artículo 1524 del Código Civil, solo que reducido el plazo a nueve días. Con esta importante salvedad podrá aplicarse la doctrina legal al interpretar este precepto. Más adelante hablaremos sobre el alcance y requisitos que debe reunir el conocimiento de la enajenación. Sobre la naturaleza del plazo, valga lo dicho anteriormente.

Considera Merino, a nuestro modo de ver acertadamente, que a la falta de notificación ha de equipararse la efectuada de forma incompleta o insuficiente, por faltar algún elemento esencial y trascendente del contrato.

(64) MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 188.

### 5. Cómputo del plazo cuando hay inscripción

El artículo 1524 del Código Civil establece la presunción *iuris et de iure* de que, en el momento de la inscripción, conoce el retrayente la enajenación de la finca; con lo que el plazo comienza a correr desde el día siguiente<sup>65</sup>. Lo mismo cabe decir para el artículo 150.2 de la Compilación.

Después de afirmar «que la palabra inscripción como comienzo del plazo de nueve días deberá entenderse tal como suena, y que por tanto no basta el asiento de presentación de la escritura de compraventa ni su posible soldadura<sup>66</sup> con la inscripción», apuntaba Vidal Tolosana<sup>67</sup> el problema del asiento de anotación preventiva por defecto subsanable del título (artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria). Sostenía su validez porque «tal anotación resulta verdadera notificación universal, congruente con el carácter público del Registro de la Propiedad». Discrepaba de esta opinión Sainz de Varanda<sup>68</sup> porque la anotación es temporal y cabía la posibilidad de que no se subsanara el defecto, con lo que no se cumpliría el requisito legal, que exige la inscripción. Bajo el plazo de noventa días que establece la Compilación, consideramos siguiendo a Merino<sup>69</sup> que la cuestión se ha superado porque, teniendo la anotación una vigencia de sesenta días (artículo 96 de la Ley Hipotecaria), podría suceder que no se subsanara el defecto y todavía quedarían treinta días para ejercitar válidamente la acción de retracto.

### 6. Cómputo del plazo cuando no hay inscripción

En este caso corre el plazo desde que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales. No basta la mera noticia sino que es necesario el conocimiento, completo y cabal, del precio y demás circunstancias de la compraventa. Es el que se exige, según constante jurisprudencia, para que comience a correr el plazo de viabilidad que la Ley otorga a la acción de retracto, y que invariablemente precisa la doctrina legal<sup>70</sup>. Este conocimiento completo se exige con todo rigor «no bastando ciertas referencias de la misma (transmisión), o datos incompletos», STS 22 de marzo de 1962, 9 de septiembre de 1984, 21 de marzo de 1990 y 20 de mayo de 1991. «No basta la mera noticia de la transmisión, ni menos aún de simples circunstancias presumibles posibilitadoras de conocimiento, a causa de que éste, a los fines retractuales, ha de ser claro, preciso y sin aspectos dudosos, ni, por tanto, con precisión de que el retrayente tenga que acudir a indagaciones que legalmente no le vienen impuestas», STS de 28 febrero 1992 y 24 de septiembre de 1997.

Pero el cómputo a partir de la inscripción registral sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de fecha anterior —STS 20 de noviembre de 1958— siempre que: 1.º Sea un hecho indiscutiblemente probado que el retrayente tuvo ese conocimiento de la venta con anterioridad a la inscripción registral; 2.º que tal conocimiento sea completo respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó<sup>71</sup> puesto que lo que en el fondo se persigue —dice la sentencia de 31 de octubre de 1981—, «es aco-

(65) STS de 26 de febrero y 15 de diciembre de 1956, 1 de julio de 1959, 20 de noviembre de 1964, 21 de julio de 1993 y 7 de abril de 1997.

(66) Artículo 70 de la Ley Hipotecaria.

(67) VIDAL TOLOSANA, op. cit.

(68) SAINZ DE VARANDA, op. cit., pág. 284.

(69) Ob. cit., pág. 192 y sig.

(70) Son ejemplo de la expresada doctrina legal las sentencias de 5 de marzo de 1964, 16 de marzo de 1965, 28 de noviembre de 1970, 25 de noviembre de 1975, 20 de febrero y 30 de octubre de 1978 y 8 de junio de 1995, hasta la reciente de 3 de marzo de 1998.

(71) STS 28 de mayo de 1963, 24 de septiembre y 7 de abril de 1997.

modar toda conducta jurídica al respecto con los postulados de la buena fe y corrección contractual o judicial y al tiempo no dejar en la incertidumbre la adquisición y conservación de los derechos del adquirente, utilizando 'in extremis' y extemporáneamente la garantía registral como dato seguro de conocimiento por el retrayente, mas sin excluir dicho artículo 1524 la posibilidad operativa y vinculante de un previo conocimiento extrarregistral». El motivo que se ofrece de este adelanto lo aporta la sentencia de 12 de diciembre de 1986, «previniendo la mala fe y la anomalía de que quien tuvo conocimiento de la venta, antes de la inscripción, sin ejercitar su derecho, pueda ver revalidada su acción, por la posterior constancia de aquella en el Registro de la Propiedad...».

Sobre la fecha en que ha tenido conocimiento el retrayente, hay que estar a la que diga el actor en la demanda, sin perjuicio de que el comprador retraído pueda acreditar otra anterior<sup>72</sup>.

## IX. CADUCIDAD DEL DERECHO DE ABOLORIO

El punto 3 del artículo 150, contiene un plazo de caducidad del derecho de abolorio, de 2 años a contar de la enajenación. Por primera vez apareció un precepto similar en el Anteproyecto de 1962, aunque el plazo era de 4 años, limitándose a los dos años actuales en el Anteproyecto de la Comisión de 1965.

Es terminante e inapelable la expresión legal «en todo caso». Con ello se quiere decir que opera frente a todos, en cualquier circunstancia, presentes o ausentes, conocedores o ignorantes de la enajenación. Pasados los dos años de este plazo de caducidad, no podrá ejercerse acción alguna que, basada en este derecho, tienda a recuperar el bien. Como tal plazo de caducidad no admite interrupción, y es apreciable de oficio por los Tribunales.

## X. ESTATUTO DEL DERECHO DE ABOLORIO

En cuanto al estatuto personal o real aplicable al derecho de abolorio, a falta de precepto legal, la jurisprudencia, no demasiado concluyente, parece inclinarse hacia el estatuto mixto, que requiere la ubicación de los bienes en territorio foral y exige, a la vez, la condición foral del demandante. Lo cual no es sino observar, de una parte, el artículo 10.1 del Código civil, la propiedad y los demás derechos reales se regirán por la ley del lugar donde se hallen, y, de otra, el artículo 14.1, pues quien invoca un derecho reconocido en la Compilación ha de estar sujeto a ella. Por la tesis acumulativa se inclina Lasala Samper<sup>73</sup> «como única forma de que esta institución satisfaga los fines que justifican su pervivencia legal». Es, pues, preciso que concurren, conjuntamente, las siguientes condiciones: a) finca sita en Aragón; b) mantenida durante dos generaciones inmediatas en titulares de familia aragonesa; y c) que el retrayente no haya perdido la vecindad aragonesa al tiempo de la transmisión.

(72) STS 8 de junio de 1995 y 7 de marzo de 1996 «es doctrina constante de la Sala la concerniente a que sobre la fecha de conocimiento de la venta ha de estarse a lo alegado por el actor en su demanda, correspondiéndole al demandado, en base al artículo 1214 del Código Civil, la prueba de un conocimiento en fecha anterior, así como que la apreciación del momento en que el retrayente conoció la venta y sus condiciones principales es cuestión de hecho reservada al Tribunal de instancia, cuya apreciación sólo es impugnabile a través del cauce del ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya doctrina figura establecida, además de en otras, en las fechas de 2 de abril de 1949, 26 de febrero de 1956, 4 de abril y 6 de mayo de 1961, 5 de marzo de 1964, 8 de junio de 1977, 9 de febrero de 1984 y 12 de diciembre de 1986».

(73) José María DE LASALA SAPER, Retracto de abolorio y Derecho interregional, Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, n.º 31, de 1 de octubre de 1968.

## XI. PROCEDIMIENTO

Los retractos legales deben tramitarse con arreglo a las normas procesales específicamente reguladas en el Título XIX, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de un procedimiento especial de carácter declarativo, y la sentencia que recaiga produce efectos de cosa juzgada en un proceso posterior<sup>74</sup>. Es un procedimiento constitutivo, ya que la sentencia estimatoria modifica la situación jurídica existente, al subrogar al retrayente en el lugar del comprador. El procedimiento es una mezcla de normas tomadas del juicio de mayor cuantía y del procedimiento de los incidentes. Todo esto hace que algunos duden que sea un auténtico procedimiento especial, dado que las especialidades procesales son escasas y su necesidad, por consiguiente, no se justifica o no la consideran necesaria<sup>75</sup>.

### 1. Acumulación de acciones y litisconsorcio pasivo

Cuando se ha producido una ocultación del contrato que da lugar al retracto, la doctrina legal no solo la permite, sino que propicia la acumulación de la acción declarativa de nulidad del contrato simulado y la acción de retracto. De lo que se ha preocupado especialmente es de que sean traídos al proceso todos los que tomaron parte en esos contratos, para que nadie resulte condenado sin ser oído y vencido en juicio.

Esta acumulación y subsiguiente litisconsorcio pasivo también es necesaria si se han producido transmisiones sucesivas dentro del plazo en que la acción puede ejercitarse. Evidentemente, el retrayente sólo podrá dirigirla contra los sucesivos adquirentes si conoce la transmisión, con lo que ningún problema habrá para la ejecución de la sentencia. El caso contrario, en que no se conozca la transmisión con anterioridad o se alcance durante el litigio sin posibilidad de ampliar la demanda, no es obstáculo para que prospere la acción de retracto, cualesquiera que sean las dificultades de su ejecución, STS de 7 de julio de 1995.

En todo caso, el precio a satisfacer es el pagado por el primer adquirente, puesto que esa es la transmisión que da lugar al retracto, y precisamente en ese contrato, ocupando la posición del adquirente, se subroga el retrayente.

Ahora bien, hay otras sentencias que se muestran contrarias a la posible acumulación de acciones de naturaleza personal y real, como la de retracto, con el añadido de que el juicio de retracto es un procedimiento especial<sup>76</sup>. Si se optara por esta vía, en casos de simulación,

(74) STS de 9 de diciembre de 1995, «El señor...», en cuanto arrendatario de la finca de autos, dispuso de un derecho de retracto sobre la misma, cuando su primitivo propietario la vendió a terceras personas, pero el ejercicio de ese derecho está sometido a unas reglas (artículos 1618 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículos 84 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Rústicos), reglas que el recurrente dejó de cumplir, dando lugar a la caducidad de ese derecho, y por lo tanto a su pérdida... La incoación de este procedimiento declarativo (menor cuantía) es totalmente extemporánea e inadecuada».

(75) José ALMAGRO NOSETE y José TOMÉ PAULE, *Instituciones de Derecho Procesal, tomo I*, Editorial Trivium, Primera Edición, 1993. Andrés DE LA OLIVA SANTOS y Miguel Ángel FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, julio de 1993.

(76) A favor de la acumulación puede señalarse la STS de 30 de diciembre de 1991 «La simulación de los arrendamientos controvertidos se ha declarado por las sentencias de primera instancia y apelación que era absoluta, es decir, que esos contratos no tenían ninguna realidad, por lo que en estricta técnica son nulos absolutamente, por tanto no perfectos con algún vicio que los invalida, característica de la nulidad relativa (art. 1300 del Código Civil). Por otra parte, en el juicio de retracto se puede conocer de la validez o nulidad del título en que se funda el retrayente, si la parte demandada niega su eficacia o validez, que es una excepción perentoria (falta de acción). Sería a todas luces un atentado contra el principio de economía procesal que el retraído tuviese que consentir la acción de retracto, pese a creer en la nulidad o inexistencia del título del retrayente, y entablar aparte un juicio declarativo para anular los

bastaría la apreciación medial y sin efectos de cosa juzgada material; aunque tampoco esto es seguro, debido al efecto positivo de la cosa juzgada<sup>7</sup>.

## 2. Legitimación

**ACTIVA:** «Solo precisan que al ser ejercitado en juicio intervengan el retrayente como actor y el adquirente como demandado» STS 11 de mayo de 1965. Carece de legitimación el usufructuario «para ejercitar, por sí, la acción de retracto, STS de 9 de marzo de 1967 y 4 de diciembre de 1979.

**PASIVA:** Con carácter general, la jurisprudencia<sup>78</sup> indica que la acción se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa. Sin embargo, como ya hemos adelantado al tratar de la acumulación, «la acción se ha de dirigir conjuntamente y sucesivamente contra los que por enajenaciones posteriores hubiesen adquirido la finca objeto de retracto...» STS 20 de junio de 1980.

## 3. Requisitos procesales de la demanda

De los siete requisitos procesales que para admisibilidad de las demandas de retracto se enumeran en el artículo 1618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los números 1, 2, 3 y 7 son comunes a todos los retractos, mientras que los números 4, 5, y 6 se refieren al compromiso

efectos del anterior de retracto». En contra, la STS de 9 de octubre de 1996, dice: «olvida la parte recurrente que la presente contienda tiene como núcleo un juicio de retracto que es un procedimiento especial y que tiene una finalidad concreta, que no hace posible extenderlo a otras cuestiones distintas al derecho a retraer. Por tanto tratar de traer a colación en el actual juicio de retracto, sea a través del cauce reconvenional o de cualquier otro factible procesalmente, una cuestión de resolución del contrato que sirve de título para ejercer aquel derecho, sobre todo, como ahora ocurre, cuando la parte recurrente ha reconocido la titularidad como arrendataria de la parte, ahora recurrida, significando tal reconocimiento la existencia de un contrato real y efectivo, y que, por lo menos, desde el punto de vista de los actos propios, no puede dicha parte recurrente pretender la resolución del contrato ocasionador del título arrendatario (sic)... Simplemente como epítome de ello, se ha de decir que en un juicio especial como es aquél en el que se resuelven cuestiones derivadas del derecho de retracto, no pueden interferirse distintas pretensiones y en concreto la del ejercicio de una acción de resolución contractual». En la de 30 de enero de 1989, se trata del ejercicio de dos acciones, la propia acción de retracto, de carácter real, y otra en la que se insta el pronunciamiento de que se condene a los titulares registrales, que no son parte en el litigio, a otorgar escritura pública de compraventa, acción de carácter personal, posible, en principio, al amparo de los artículos 1279 y concordantes del Código Civil. Y dice el Supremo: «El ejercicio acumulado de ambas acciones, una real y otra personal, una para subrogarse los actores con las mismas condiciones estipuladas en el contrato y la otra para que mejorando las condiciones estipuladas se les facilite título público que permita inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Ambas acciones no son acumulables en el proceso de retracto porque lo impide el artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que declara incompatibles el ejercicio simultáneo de dos o más acciones que deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza, y distinta naturaleza tienen el proceso especial de retracto, cauce por el que exclusivamente se conoce de las cuestiones de retracto, y el juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía por el que se deciden las acciones de elevación a escritura pública de los contratos privados». Por la solución que se apunta, la de ser suficiente una apreciación medial de la simulación, se inclina la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Borja de 18 de agosto de 1953.

(77) Dice la sentencia de 1 de abril de 1930: «Según tiene declarado el TS en su sentencia de 1 de julio de 1870, en el juicio de retracto sólo pueden ventilarse las cuestiones propias de él; es decir, sobre el título que alega el retrayente sobre si las cosas son capaces de retracto y sobre si se han cumplido o no los requisitos que exige la LEC en el título respectivo». La STS de 21 de febrero de 1953 señala, «el juicio especial de retracto, por su limitado objeto, no es el procedimiento adecuado para hacer en él una declaración por vía reconvenional, sobre la validez o nulidad de un expediente de consignación, cualquiera que sea en este caso la relación entre ambos procedimientos, sin que eso sea obstáculo para que el juzgador aprecie la eficacia que pueda tener el uno en el otro».

(78) Esta acción real (retracto de comuneros) se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa, pero ni la ley ni la jurisprudencia exigen que sean traídos al proceso el vendedor o vendedores a quienes no ha de trascender la resolución judicial, STS 30 de enero de 1989.

de conservar de conservar la finca durante el tiempo que para cada uno se prescribe. Son todos requisitos esenciales; tanto que la omisión de cualquiera de ellos obsta a la admisión de la demanda<sup>79</sup>. La ley señala cual es el efecto del incumplimiento; dice que no se «dará curso a la demanda». Andrés de la Oliva distingue entre inadmitir y no dar curso, «si, a tenor del art. 11.3 de la LOPJ, ha de concederse un plazo para subsanar lo subsanable», lo que podrá hacerse respecto de alguno, no todos, los requisitos. Y advierte que «la demanda inadmisibile o a la que no se da curso no interrumpe el plazo de caducidad».

Del primero de ellos, el plazo para interponer la demanda, ya hemos hablado en otro lugar.

#### 4. Consignación

Para el ejercicio del derecho, el art. 150.1 exige la entrega o consignación del precio. Con la consignación del precio conocido se evitan demandas temerarias y procesos inútiles, se refuerza la voluntad del retrayente demostrativa de su recta intención, de querer y poder ejercitar su derecho de retracto, STS de 14 de julio de 1994. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 27 de enero de 1.992, encuentra la finalidad del precepto «en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el art. 1518 del Código Civil. Es manifiesto que esta finalidad justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial».

El artículo 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil admite dos formas de observar este requisito, ineludible en palabras de la sentencia de 20 de abril de 1994: mediante la consignación si el precio es conocido, y con el afianzamiento en caso contrario.

Sólo exige la consignación del precio conocido, pero no abarca los gastos del contrato y demás pagos legítimos a que refiere el artículo 1518 del Código Civil, pues los mismos cabe abonarlos con posterioridad, una vez perfectamente determinados, debiéndose comprometer el retrayente a su afianzamiento y abono, STS de 20 de mayo de 1991 y 16 de marzo de 1992 por citar alguna de las más recientes.

La consignación ha de comprender la cantidad realmente desembolsada por el adquirente, aunque el precio fuera mayor, pues el reembolso o pago efectivo del precio, viene referido al resultado final del ejercicio del derecho de adquisición preferente, pero de ningún modo a los requisitos previos a la declaración o reconocimiento judicial de esta preferencia, que se llenan con la consignación o el afianzamiento, STS de 3 de marzo de 1998<sup>80</sup>.

(79) José María MANRESA Y NAVARRO, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo VI, tercera edición, Madrid 1910.

(80) STS de 20 de mayo de 1991: Respecto a la consignación de parte y no la totalidad del precio en que se vendió la finca urbana, ello también está asistido de plena corrección legal, pues ha de distinguirse el precio pactado, que ascendió a 13.500.000 Pts., del precio realmente abonado al tiempo de ejercicio del retracto —1.350.000 Pts., equivalente al diez por ciento de aquel—, que por tanto es el efectivo precio desembolsado —sentencias de 8 de junio de 1954, 30 de mayo de 1955, 29 de mayo de 1957 y 10 de mayo de 1958— y, evidentemente los retrayentes, en el momento de interposición de la demanda, sólo estaban obligados a consignar dicho precio parcial, que fue el único que el comprador abonó a los vendedores de la finca, sin perjuicio, de que, posteriormente, de prosperar su petición, integraran el precio contractual, a lo que se comprometieron, pues con esto se cumple la satisfacción de lo que de momento desembolsó el recurrente, ya que pretender el abono del total, significaría, admitir una situación abusiva y contraria a la buena fe, que debe presidir todas las relaciones jurídicas, al producirse un reembolso inicial de más, por las cantidades que el comprador aún no había dispuesto y que conserva en su haber patrimonial.



Si el precio es conocido, tradicionalmente se ha exigido cumplir este requisito mediante la consignación en metálico<sup>81</sup>, sin paliativos de ninguna clase. Las sentencias de 17 de julio y 30 de septiembre de 1996, admitieron los cheques conformados, porque «es claro que dicho instrumento de pago cumple hoy día las funciones del dinero efectivo», criterio de inspiración constitucional que ya había sido aplicado en las sentencias de 20 abril y 27 de septiembre de 1994. Pero esta ampliación no comprende los cheques depositados —los llamados 'barrados' o 'cruzados' en el argot bancario—, porque «ni tienen la garantía propia del aval bancario ni menos aún valor como cheques bancarios conformados».

Tampoco se reconocía como medio apto para llenar este requisito el aval<sup>82</sup>, y hasta fechas muy próximas se ha sancionado el incumplimiento de la exigencia del artículo 1618.2 cuando sólo se presenta un aval bancario pese al conocimiento del precio de la enajenación. En la STS 9 de febrero de 1994 se justifica la negativa a la admisión del referido instrumento para la validez de la consignación, afirmando que éste 'no es más que el ofrecimiento de un fiador (todo lo solvente que se quiera) para que cumpla la obligación, si el directamente obligado a ello no lo hace, afianzamiento que de ninguna forma puede cumplir los requisitos procesales determinados en el artículo 1621 del mismo Texto Procesal'. Recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de abril de 1998, seguida por la del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 1998, ha cambiado esta postura y ya se admite el aval. Las razones, en síntesis, son varias: la doctrina constitucional sobre los presupuestos formales de acceso al proceso, que han de ser interpretados en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, para evitar así la imposición de formalidades contrarias al espíritu y finalidad de la norma; la constatación de que «el aval bancario constituye un instrumento ordinario de garantía de pago de la cantidad asegurada en los espacios económicos y se utiliza, y es admitido, para el cumplimiento de cualesquiera clase de obligaciones, incluso para las de naturaleza personal, como la atañente a evitar la prisión provisional en los procesos penales, debido a que, si tiene lugar el hecho generador del pago, el Banco avalista protege la realidad de la prestación, lo que supone el cumplimiento del objetivo de garantía en términos equivalentes al dinero o al talón conformado»; a la práctica forense que lo admite incluso prioritariamente al dinero efectivo o al cheque conformado, a que la entrega de papel moneda en la negociación dineraria moderna, y, por tanto, en la realidad social, ha devenido en ejercicio obsoleto por su infrecuencia, al menos si las operaciones son de cierta trascendencia, y se sustituye por modernos métodos de pago o de intercambio de valores; a la dificultad momentánea que puede ocurrir de obtener dinero en efectivo en un

---

De esta manera no es posible confundir la consignación previa al tiempo de interponerse la demanda, del precio conocido y pagado, con el reembolso necesario del total y gastos justos, que debe realizarse para dar efectividad al derecho de retracto, que otorgó la resolución judicial recurrida —sentencia 18 de marzo de 1967— al cumplirse de esta manera, la subrogación en las mismas condiciones estipuladas en el convenio de venta, conforme al artículo 1521 del Código Civil, pues así el titular dominical actual, que lo viene a ser accidental, percibe el precio que realmente desembolsó y demás abonos legítimos, y, los vendedores, han de ser reintegrados del resto que aún no habían cobrado.

En el caso la sentencia de 17 de julio de 1991, en un retracto de arrendamientos urbanos, se vendieron por un precio único dos pisos y un ático. El arrendatario ejerció el retracto por el piso que ocupaba, y sólo consignó el precio que calculaba correspondía, dentro del total y unitario que se manifestó en la escritura de venta, cuando, alegaban los recurrentes, debió hacerlo por ese total; apreciación que el Tribunal Supremo rechaza pues «sería injusto obligar al retrayente a consignar el precio de lo que no va a adquirir aunque se estime su demanda».

(81) Es reiterada doctrina jurisprudencial contenida, aparte otras en STS 24 de mayo de 1982, 21 de octubre de 1985 y 12 de diciembre de 1986, que «es necesaria la consignación en metálico, la cual no cabe equipararla a la fianza o al ofrecimiento de reembolso cuando el precio de la venta es sabido por el retrayente, de conformidad con el artículo antes citado (1618.2 de la Lec)».

(82) Son ejemplo reciente las STS de 9 de febrero, 20 de abril y 27 de septiembre de 1994, 30 de mayo de 1995 y 17 de junio de 1997.

tiempo relativamente corto; «y una de las respuestas para la solución del problema, acaso la más operativa, viene dada por el aval bancario, regularmente aceptado sin oposición y que puede conseguirse con más rapidez que el crédito hipotecario y resulta menos gravoso que el personal»; todo ello amparado en el establecido en el artículo 3.1 del Código Civil.

Cuando el precio no sea conocido, basta el ofrecimiento en la demanda de dar fianza de consignarlo tan pronto como lo fuere, STS de 12 de diciembre de 1986. Sin embargo, la prestación de fianza solo puede tener condición de provisionalidad y nunca sustituir, y menos de forma permanente, la obligación de consignar del precio. Por ello, cuando ese conocimiento se alcanza durante el proceso, debe consignarse sin dilación, como se indica con el adverbio «luego» empleado en el artículo 1618. Mantener durante el curso del litigio —como dice la STS de 14 de julio de 1994— un simple ofrecimiento de afianzamiento, vacío de todo contenido económico y más bien asemejado a mera promesa, cuando se llega a un momento en que el precio se conoce perfectamente y se está por ello en la disposición de consignarlo en su real dimensión dineraria, no resulta procedente, careciendo de todo amparo legal, pues, al contrario, supone vulneración del artículo 1518 del Código Civil, en relación al 1618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos términos no dejan lugar a duda y resultan imperantes en cuanto a que se produzca ineludible consignación efectiva del precio sabido. De no procederse de ese modo —STS 7 de febrero de 1991— «se dejaría al arbitrio del demandante el ejercicio del mismo incluso con posterioridad a la firmeza de la sentencia —ésta sería la consecuencia de lo resuelto por el Juzgado— lo cual contradice lo prevenido en la Ley que, si bien permite afianzar la carga de consignar, exige su cumplimiento inmediato una vez el precio es conocido, precisamente para evitar una situación de incertidumbre perjudicial para la parte demandada».

### 5. Justificación del título

En su número 3 precisa el artículo 1618 LEC que con la demanda se ha de acompañar alguna justificación del título en que se funde el retracto, aunque no sea cumplida. Manresa decía que esa justificación habrá de ser por medio de documentos, aunque no constituyan prueba cumplida del título en que se funde el retracto. Se trata de lograr, al principio del proceso, un juicio de probabilidad simple acerca de la existencia de la acción, un *fumus boni iuris*. De la Oliva considera que la ley no exige taxativamente un documento, y no excluye otro tipo de justificación, aunque resulte difícil de imaginar, y cita como ejemplo de otro medio de justificación la información testimonial previa de los interdictos.

### 6. Compromiso de conservar la finca

Concretamente para el retracto gentilicio, número 4 del artículo 1618, el compromiso de conservar la finca es de dos años, salvo que el retrayente viniere a peor fortuna.

Sin embargo, esta previsión ha sido sustituida por el artículo 151 de la Compilación, que declara el inmueble inalienable por acto *inter vivos*, aun a favor de parientes, durante cinco años, a no ser que el retrayente venga a peor fortuna, sobre lo que volveremos más tarde.

### 7. Acto de conciliación

La jurisprudencia venía sosteniendo que el acto de conciliación, deducido en el plazo que la Ley señala para retraer, consignando al propio tiempo, o en todo caso dentro de ese plazo legal señalado a cada uno de los retractos según sus normas específicas, el precio de la venta, constituía medio idóneo y modo adecuado de ejercitar el derecho de retracto, por

entenderse sustituye, a los perseguidos efectos, a la interposición de la demanda; era instrumento procesal idóneo y modo adecuado de ejercicio del derecho<sup>83</sup>, y consideraba la conciliación como ejercicio anticipado de las acciones.

Ahora bien, la Ley de 6 de agosto de 1984, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Exposición de Motivos señala como una de las novedades que incorpora la de 'conferir al acto de conciliación que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo'. Por todo esto, la jurisprudencia, a partir de la STS de 21 de marzo de 1990, entiende que por dicha ley se modificó, entre otros, el artículo 460 de la LEC y concordantes, suprimiendo el carácter obligatorio de las conciliaciones previas a la interposición de los procesos, salvo excepciones, quedando el artículo 1621 —que regula la presentación de la certificación del acto conciliatorio, con la demanda promoviendo el retracto— como un mero residuo, olvidado por el legislador, de acuerdo con el artículo 2.2. del Código Civil, el cual, después de señalar que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y que la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga, manifiesta 'y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior'. En acatamiento a lo cual la propia Ley 34/84 declara: 'quedan derogados los artículos... y cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley'. A la vista de cuanto antecede, el último inciso del artículo 1621 y el 1622, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han perdido su razón de ser y deben estimarse tácitamente derogados, pues es función de los Tribunales de Justicia, la adecuación histórica a la realidad social de los tiempos presentes, de la normativa vigente y evitar situaciones dispares, que por sí no conjugan y se presentan con todas las apariencias de gravosas y, en cierto sentido, inútiles, STS 21 de marzo de 1990, 20 de mayo de 1991, 19 de mayo y 2 de julio de 1992. Por lo que, la mencionada exigencia ha de referirse a las acciones de retracto postuladas judicialmente antes de la reforma procesal antedicha. Refuerza su razonamiento la STS de 20 de mayo de 1991 para justificar la aplicación de estas conclusiones al juicio de retracto, «pues ya —dice— los artículos 1621 y 1622, contienen en su espíritu, un cierto reconocimiento de la debilidad de dicho acto, como requisito procesal previo, en cuanto permiten su celebración, una vez iniciado el proceso, presentándose como oportunidad para eludir el juicio y conseguir así evitar la fragmentación de la propiedad, que es la 'ratio' de estos juicios especiales. En efecto, si a las demandas retractuales, no se acompañaba el acto conciliatorio, ello no determinaba su inadmisión, sino que ocasionaba la interrupción de su curso procesal, hasta en tanto no se presentara la correspondiente certificación de haberse producido el acto».

## XII. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO

Cuando se ejercita con éxito un derecho de adquisición preferente, la primera consecuencia, y quizá la más importante porque de ella se derivan las demás, es la subrogación del retrayente en el lugar del adquirente. La repercusión sobre el contrato es considerada por autores y jurisprudencia de modo diferente. No vamos a enumerar quienes sustentan cada una de esas opiniones: baste decir aquí que unos piensan que se produce una resolución, rescisión o extinción de la primitiva venta y un segundo negocio jurídico de disposición o nueva venta, sin duda con apoyo en la dicción del artículo 1506 del Código Civil. Otros, por el contrario, sostienen que sólo se produce una sustitución del adquirente en el contrato que

(83) STS de 10 de marzo de 1945, 3 de julio de 1959, 16 de abril de 1963, 30 de mayo de 1969 y 8 de junio de 1979.

da lugar al retracto, desplazándolo el retrayente de su posición, que pasa a ocupar, conservando el contrato su validez con plena vigencia de su contenido.

### 1. Cantidad que se ha de pagar

Partiendo de la base de que el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, la doctrina legal<sup>84</sup> ha establecido, reiteradamente, que el retrayente ha de entregar al comprador la cantidad que realmente dio por la cosa, aunque no coincida con el precio fijado en la escritura pública de compraventa. Se justifica esta postura aludiendo, de una parte, a la subrogación en las mismas condiciones que se produce con el retracto, requisito esencial y decisivo, y, de otra, a razones de elemental justicia y en evitación de un lucro reprochable.

El retrayente se colocará en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar nuevo contrato, puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que, simplemente, queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador, STS 30 de enero de 1989.

Otro de los requisitos del artículo 1618 para los retractos gentilicios es el compromiso de conservar la finca retraída durante dos años, salvo que se viniere a peor fortuna. En nuestro derecho el plazo es de cinco años, por disposición del artículo 151 de la Compilación, con la particularidad de que la declara inalienable por acto *inter vivos*. Puede, pues, disponer del bien retraído a título lucrativo.

### 2. Gastos de legítimo abono

No es preciso consignarlos y la Ley no establece que se adquiera compromiso de abono, aunque hay sentencias en que parece exigirse, como la STS de 1 de julio de 1991. «El demandante consignó el precio y formuló el compromiso de pagar los gastos del contrato y los demás pagos legítimos hechos para la venta. No puede obligarse al retrayente a calcularlos con exactitud, por muy determinados que sean los impuestos que gravan las compraventas». Otras, por el contrario, se limitan a exponer la doctrina legal, sin pronunciarse sobre la necesidad de tal compromiso, STS de 28 de julio de 1997: «es jurisprudencia reiterada, que la obligación de consignar mencionada en el artículo 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refiere únicamente al precio de la venta y no abarca los gastos del contrato y demás pagos legítimos, que pueden ser abonados con posterioridad cuando sean conocidos (STS de 16 de marzo de 1992)».

### 3. Conceptos que comprende

Conforme al artículo 1518 del Código Civil, son los gastos del contrato, los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. Con ello se pretende que el éxito de la acción de retracto no lesione lo más mínimo el patrimonio del comprador desplazado. Entre estos se incluyen, de ordinario, los de la escritura de venta y los de inscripción en el Registro de la Propiedad. Se han excluido los gastos de testamentaria (STS de 12 de febrero de 1904), la comisión del Corredor por su gestión en la

(84) Son muestra de esta doctrina las STS de 16 de mayo de 1956, 25 de mayo de 1973, 20 de mayo de 1981, 14 de mayo de 1983, 12 de junio de 1984, 14 de marzo de 1985, 19 de junio de 1986, 20 de septiembre de 1988, 30 de abril de 1991 y 30 de mayo de 1995.

compraventa (STS de 28 de julio de 1997), la minuta del Abogado a quien consultaron los compradores (STS de 1 de marzo de 1954 y 28 de julio de 1997), los gastos del préstamo para adquirir el inmueble (STS de 28 de julio de 1997) como también los intereses del precio desembolsado por el comprador, desde la fecha de adquisición hasta la de la sentencia definitiva (STS de 7 de noviembre de 1989)<sup>85</sup>. Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 5 de octubre de 1998, a falta de una jurisprudencia consolidada, ha incluido entre los pagos legítimos los honorarios del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, por ser su intervención no sólo habitual, sino hasta casi ineludible en la compraventa de fincas si, como ocurría en el caso enjuiciado, se trata de enajenar todo un patrimonio agrícola. En otro caso, el demandado se vería perjudicado al tener que asumir la remuneración del mediador, pues la finalidad de la Ley es que el patrimonio de éste quede incólume de forma absoluta, salvo por el pago de gastos que no estén objetivamente relacionados con la compraventa.

Dentro del concepto gastos necesarios, la doctrina distingue entre los ordinarios y extraordinarios. Los primeros se consideran cargas naturales de la cosa, que deben ser sufragados por el comprador sin derecho a reintegro. Los segundos, por el contrario, serán de cuenta del retrayente. Respecto de los gastos útiles, justifican la procedencia de su abono razones de justicia, equiparando al comprador con el poseedor de buena fe. Otros la encuentran en evitar el enriquecimiento injusto.

#### 4. Limitación de la facultad dispositiva del adquirente

El artículo 151 de la Compilación dispone que el inmueble adquirido por derecho de abolero es inalienable por acto *inter vivos* aun a favor de parientes, durante cinco años, a no ser que el adquirente venga a peor fortuna. Este plazo era de dos años en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1618.4.º), pudiendo el comprador vencido en el juicio de retracto librar al retrayente de este «gravamen» (artículo 1629), precisándose (párrafo segundo del artículo 1630) que la enajenación que se hiciera antes del vencimiento, sin la conformidad del comprador vencido, «será nula, quedando también sin efecto el retracto, si dicho comprador lo solicitare». El Apéndice (artículo 79, *in fine*) declaraba al retrayente «obligado expresamente a conservar la finca retraída dos años por lo menos, si no sobreviniere desgracia que le haga de peor fortuna y le compela a la enajenación».

(85) La STS de 28 de julio de 1997 sobre si dentro del concepto de gastos legítimos, deben ser incluidos los de Corredor, Abogado y préstamo bancario, se pronuncia negativamente. Los «gastos del Corredor por su gestión en la compraventa, no pueden ser incluidos entre dichos gastos, ya que los mismos provienen de un contrato de agencia entre el vendedor del inmueble y la persona llamada como mediador, por lo que sólo entre ellos, producirá sus efectos, sin que haya quedado constancia en autos, que, ya sea en la escritura pública o en cualquier otro documento, existiera una asunción de deuda, sea total o parcial, por el adquirente del bien vendido». Los del Abogado que había asesorado «dadas las circunstancias especiales en que se encontraba el local, en cuanto a titularidad y embargos, deben ser igualmente desestimados, ya que sin negar la necesidad de dichos gastos, ellos no pueden serle imputados al hoy actor, porque no se entiende la razón por que el adquirente del bien deba hacer la investigación respecto a la titularidad del mismo, y de las cargas que soporta, ya que no debe olvidarse que es el vendedor el que debe ser conocedor del bien objeto de venta y de las circunstancias que al mismo rodean, en su obligación de hacer entrega de los títulos y único responsable del saneamiento del objeto vendido (art. 1474 del Código Civil), pero es que, además, teniendo presente que las funciones del corredor no se limitan a la propia de mediación, sino que comporta la de emisión de informes, consultas y dictámenes al respecto (STS de 26 de marzo de 1992) no se comprende la dualidad de actuaciones». Finalmente, «los gastos del préstamo pedido por la demandada para la adquisición del bien, no pueden serle imputados a la hoy actora, ya que no es cuestión que le afecte los medios que, a título personal, haya tenido que utilizar la demandada, para hacerse de liquidez suficiente para la adquisición del inmueble». En esta sentencia el motivo de casación por quebrantamiento de las formalidades del juicio en base a que el Juzgado, con posterioridad al acto de la vista concedió al actor un plazo para que consignara los gastos legítimos del contrato, señalando su importe, se desestima, calificándolo no obstante de «trámite anómalo y no acorde al ordenamiento procesal».

No vamos a ocuparnos de todas las cuestiones que suscita esta normativa y expresamente excluimos el alcance de la excepción «venir a peor fortuna»; la constatación registral de la indisponibilidad; la vigencia del artículo 1629 y, finalmente, la facultad del comprador de dejar sin efecto el retracto si la enajenación se hiciera dentro del plazo. La atención la vamos a circunscribir a solo los efectos de la enajenación efectuada dentro del plazo, naturaleza y efectos de la «inalienabilidad» o «nulidad» expresada en los textos legales.

Parece fuera de toda duda que nos encontramos ante una prohibición o limitación de la facultad dispositiva impuesta al adquirente directamente por la ley y que no tiene su origen último en una resolución judicial y menos administrativa. Así lo entiende Merino, siguiendo a Roca Sastre.

Constituye, pues, la enajenación un negocio prohibido por ser contrario a lo dispuesto en la ley; reprobado, no obstante que su estructura negocial sea perfecta y carente de vicios. Entra así en la categoría contemplada en el número 3 del artículo 6 del Título Preliminar del Código Civil: «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contratación»; salvedad, que, en el nuestro, no existe.

No es, pues, un negocio anulable o rescindible. Su nulidad es absoluta y radical e intrínseca su ineficacia. Dentro de la nulidad absoluta, también ha de diferenciarse del inexistente, si es que éste se quiere encuadrar en la nulidad absoluta.

Siguiendo la doctrina tradicional, la ineficacia del negocio nulo se produce *ipso iure*, por sí misma y sin necesidad de intervención judicial. Aunque ésta será inevitable en algunos casos; así, cuando se requiera para vencer la resistencia de quienes sostengan su validez y, en especial, será necesaria para borrar la apariencia de validez de que goce el negocio, por ejemplo si está autorizado en documento fehaciente o inscrito en algún Registro. En estos casos, si se solicita la intervención del Juez, no es para que cambie, anule o resuelva la situación existente, sino que se le pide una declaración sobre la situación jurídica existente.

Los funcionarios, en general, han de tener en cuenta de oficio dicho carácter de nulidad, pues habrán de negar su colaboración a cualquier título jurídico que sea obviamente nulo. (Así, se negará la autorización notarial cuando se pretenda la enajenación prohibida).

Esta eficacia de la nulidad absoluta se manifiesta, dice de Castro, del modo más llamativo, en el hecho de que los Tribunales de Justicia pueden apreciar «de oficio» la existencia de la nulidad; es decir, aunque la declaración de nulidad no haya sido pedida por ninguna de las partes contendientes. Resultado a que se ha llegado aunque para ello se haya tenido que superar el principio de la justicia rogada, predominante en el procedimiento civil y dejar de lado la exigencia de que la sentencia haya de ser congruente (artículo 359 LEC<sup>86</sup>).

Otros aspectos secundarios, aunque de la mayor importancia práctica, conviene anotar: produce la nulidad efectos generales o *erga omnes* con lo que se entiende que cabe oponerla a cualquiera, lo mismo ante quien o quienes dieron lugar a ella que en relación con el tercero extraño al negocio (*penitus extraneus*). Tampoco puede servir de fundamento el negocio nulo a ningún efecto negocial: la nulidad de un negocio sirve de cabeza a una cadena de nulidades (a salvo los efectos de la buena fe). El negocio nulo no es confirmable; de ahí la dificultad de mantener la vigencia del artículo 1629 de la LEC a partir de la verdadera naturaleza de la prohibición en que nos ocupamos que lo hace insanable y sitúa fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes. En la misma línea, hay que negar la aplica-

(86) *El negocio jurídico*, pág. 476 de la 1.ª edición.

bilidad al negocio nulo de la doctrina de los actos propios. Finalmente, no puede sanarse por prescripción; lo que no se opone a que, pasado el plazo de duración de la prohibición se reitere la enajenación, válida ahora por quedar fuera del alcance temporal de aquella.

### XIII. EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DEL RETRACTO

Sobre el ejercicio extrajudicial del retracto ya se han pronunciado en sentido negativo las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1981 y 20 de julio de 1993. El supuesto que en ambas se planteaba, a propósito del retracto arrendaticio, pero cuyas conclusiones son igualmente aplicables al de abolitorio, consistía en distinguir entre el derecho a retraer, que puede considerarse ejercitado extrajudicialmente con el requerimiento notarial comprensivo de todos los requisitos exigibles para efectuarlo por vía judicial, y la acción de retraer que nacería cuando no es atendido aquel requerimiento. El primero sería el sometido al plazo de caducidad legal, mientras la segunda quedaría sujeta sólo a la prescripción normal y ordinaria, con posibilidad de interrupción. Sin embargo, esta forma de ejercicio del retracto es tajantemente rechazada por las dos resoluciones, atendiendo a que no es posible esa separación de la realidad legislativa ya que no pasa de ser una abstracción puramente doctrinal; y sobre todo porque la situación jurídica del comprador se encontraría amenazada durante un larguísimo período de tiempo, el de quince años de las acciones personales, según la primera, y el de treinta años, artículo 1963 del Código Civil, según la segunda; lo cual es contrario a la intención del legislador que por ello establece unos inexorables plazos de ejercicio, deseando la consolidación de aquella situación lo antes posible, por lo que, conforme a reiteradísima jurisprudencia, la acción caduca si no se ejercita precisamente en juicio dentro de los cortos plazos señalados en cada caso.

### XIV. CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

En su ejercicio sobre una cosa, el derecho de abolitorio puede concurrir con otros derechos de adquisición preferente de la misma cosa, produciéndose entre ellos una colisión de normas. Para resolverla, es preciso valorar el orden de prelación entre estos derechos, lo que constituye un problema controvertido, porque cada una de ellas establece una prioridad o jerarquía en su aplicación. Nuestra Compilación, al reconocer al derecho de abolitorio (artículo 152), de modo absoluto, «prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente», introduce una norma sin precedentes en el derecho histórico.

Por su parte, el Código Civil, con el artículo 1524, párrafo segundo, antepone el retracto de comuneros al de colindantes. Y el artículo 25.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, al igual que el 50 del Texto Refundido de 1964, proclama su preferencia «sobre cualquier otro derecho similar excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda», ampliándolo al convencional inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento. El artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 reconoce la preferencia de los derechos de adquisición preferente regulados en su texto respecto de cualquier otro, «salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1523 del Código Civil, que prevalecerá sobre los derechos regulados en esta sección A) cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamenta».

Ambas son normas posteriores a la Compilación, pero la legislación sobre arrendamientos rústicos, siguiendo los precedentes legislativos, introduce una importante salvedad

respecto de la de arrendamientos urbanos, al manifestar en la Disposición Adicional 1, que tiene vigencia para todo el territorio nacional, sin perjuicio de «la aplicación preferente de los derechos civiles forales o especiales en todos los territorios del Estado donde existan normas peculiares al respecto».

No se cuestiona en la STS de 5 de julio de 1980 la preferencia del retracto de abolorio sobre el rústico, aunque se deniega por otros motivos. En otras sentencias estudiadas por Aurora López Azcona, la de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 12 de mayo de 1973 y la del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Huesca de 26 de octubre de 1991, tampoco se cuestiona esta preferencia, «sin embargo -dice-, resulta paradójico que ambas sentencias, dictadas por órganos judiciales aragoneses, no invoquen el artículo 152 de la Compilación, sino únicamente la legislación de arrendamientos rústicos, tradicionalmente respetuosa con la prioridad del retracto gentilicio sobre el arrendaticio».

Una posible solución al problema la encontramos en el artículo 1 de la Compilación, en relación con el artículo 13 del Código Civil. Con arreglo a estos preceptos se reconoce la aplicación preferente del derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen peculiar, frente al que se declara supletorio el Código Civil (o normas civiles en general), en defecto del que lo sea de acuerdo a sus normas especiales. Pero tales normas civiles quedan excluidas, por cuanto no hay laguna legal que suplir, ya que hay un precepto compilado que establece el orden de prelación de retractos.



Intervención de D.<sup>a</sup> Aurora LÓPEZ AZCONA\*

**LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE ABOLORIO:  
EN PARTICULAR, SOBRE EL CRITICABLE USO DE LA FACULTAD MODERADORA**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CRITERIO INTERPRETATIVO ADOPTADO POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES. III. INTERÉS FAMILIAR Y FACULTAD MODERADORA. IV. LA APARICIÓN DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

**I. INTRODUCCIÓN**

Dentro del planteamiento de la Ponencia encargada por la organización de estos Octavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés respecto al régimen jurídico del derecho de abolorio, me corresponde dar cuenta de las pautas y criterios interpretativos seguidos por los Tribunales y Juzgados competentes a la hora de aplicar el marco normativo de esta institución.

De entrada, debo señalar, con el máximo respeto a la función judicial, mi discrepancia con la actitud con que los juzgadores abordan el derecho de abolorio, actitud que puede calificarse como francamente obstativa a su reconocimiento. Permítaseme aportar inicialmente un dato cuantitativo, que ilustra muy bien la escasa receptividad que encuentran las pretensiones de esta naturaleza. En efecto, de las 57 sentencias posteriores a la Compilación del Derecho Civil de Aragón que he podido localizar sobre esta institución sólo 14 tienen carácter estimatorio, habiendo sido dictadas en su mayoría por Juzgados de Primera Instancia.

Para llegar a este resultado, notoriamente adverso para el derecho de abolorio, la motivación de las sentencias en cuestión descansa en dos tipos de consideraciones, que merecen un análisis separado, a saber: en primer lugar, una interpretación sumamente restrictiva de los presupuestos legales que legitiman el nacimiento de este derecho de adquisición preferente; y en segundo lugar, la utilización de la facultad moderadora, atribuida expresamente por la Compilación a las autoridades judiciales, en conexión con un entendimiento muy concreto de lo que debe ser la finalidad familiar a la que se subordina el derecho de abolorio. De ambas cuestiones conviene dar cuenta de modo específico a continuación.

**II. EL CRITERIO INTERPRETATIVO ADOPTADO POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES**

Por lo que se refiere al primer planteamiento argumentativo, cabe señalar que, aunque recientemente se percibe una nueva y más equilibrada orientación jurisprudencial, los órganos judiciales han adoptado con carácter general, y de modo expreso, una interpretación restrictiva de los preceptos reguladores del derecho de abolorio (esto es, de los arts. 149 a 152 Comp.). En efecto, de las motivaciones de las decisiones judiciales puede deducirse que el derecho de abolorio se contempla como un derecho contrario tanto a la facultad de libre dis-

---

\* El texto que reproducimos corresponde a la versión escrita de la co Ponencia elaborada por D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona para su intervención y que fue leída por D. Pedro Gómez López ante la imposibilidad de D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona de asistir a la sesión del Foro celebrada ese día.

posición de los bienes como a la libertad de tráfico inmobiliario y que, por tanto, ha de ser objeto de interpretación restrictiva<sup>1</sup>.

Desde esta perspectiva, vale la pena exponer algunos ejemplos de este criterio interpretativo, que presenta diferentes manifestaciones.

Así, en cuanto a los bienes que merecen la consideración de inmuebles a efectos del derecho, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. uno de Calatayud de 14 de noviembre de 1994 ha entendido que el ámbito de aplicación del derecho de abolorio ha de circunscribirse exclusivamente a los inmuebles por naturaleza, quedando excluidos los restantes bienes inmuebles<sup>2</sup>. En la misma línea se sitúa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de diciembre de 1997 que deniega el derecho de abolorio en la venta de una parcela familiar en la que el vendedor construyó una granja porcina, ya que «sólo el suelo de la parcela puede considerarse bien de abolorio pero no los edificios levantados sobre el suelo formando con él una unidad».

También con relación a los bienes y, más concretamente, a su origen familiar, los órganos judiciales han sancionado una interpretación literal de la expresión legal «permanencia en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del disponente», toda vez que exigen, como presupuesto del derecho de abolorio, que los bienes hayan pertenecido a la familia durante toda la generación del abuelo del enajenante, rechazando, por consiguiente, los bienes que aquél hubiese adquirido de personas ajenas a la familia. De este modo, ya no se está requiriendo que se trate de bienes de abolorio, sino de bisabolorio<sup>3</sup>.

(1) Esta visión del derecho de abolorio supone una constante en la jurisprudencia. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de noviembre de 1992: «... el derecho de abolorio es una restricción al libre ejercicio de la propiedad, y en cuanto tal es de interpretación restrictiva...»; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 7 de junio de 1993: «Debe tenerse presente que el retracto de abolorio no es un derecho fundamental sino que, por el contrario, se trata de un derecho excepcional, restrictivo del dominio y contrario a la libre circulación de la propiedad inmobiliaria que, en el caso que el Legislador estime oportuno reconocerlo -como sucede en Aragón, a diferencia de lo que ocurre en el derecho común-, no sólo debe ser interpretado restrictivamente por los Tribunales sino que puede ser concebido en términos más o menos limitados por el mismo Legislador, de un modo acorde a su carácter excepcional»; la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ejea de los Caballeros de 10 de marzo de 1976: «...privilegio que por tratarse de una excepción a las reglas generales que deben regir las transacciones jurídicas y al libre ejercicio del derecho de propiedad en el que va incluido el poder disponer libremente de los bienes propios, hay que interpretarlo de una forma restringida y cautelosa y solo en los casos en que concurran todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley, cuya probanza exhaustiva debe corresponder a quien lo alega sin presunciones extensivas a su favor»; y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Boltaña de 1 de septiembre de 1993: «Pues es el derecho de abolorio una restricción al libre ejercicio de la propiedad y en cuanto tal es de interpretación restrictiva».

(2) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. uno de Calatayud de 14 de noviembre de 1994: «Respecto al elemento objetivo, doctrina y jurisprudencia en interpretación del art. 149 de la Compilación entienden que aunque dentro del concepto inmuebles se puede comprender a todos los relacionados en el art. 334 del Código Civil, en realidad parece que el derecho de abolorio ha de poder ejercitarse respecto de los denominados inmuebles por naturaleza».

(3) Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 10 de julio de 1973: «para que los bienes sean objeto del derecho de abolorio [...] en este caso deberían haber permanecido en la familia del padre de don E.T.S.L. [del vendedor], lo cual pudiera admitirse, pero también debía haber permanecido en la familia durante la generación del abuelo, más éste no tuvo permanentemente todos los bienes en su familia, sino que muchos de ellos, los de nº 112 a 252 mencionados que durante su generación eran ajenos, los compró luego estando ya casado, o sea que no figurarían en sus capitulaciones matrimoniales si las hubo y es evidente según ello que la generación del que adquirió bienes de otro por virtud de contrato o acto inter vivos no puede contarse, pues que no han sido bienes que hayan permanecido en la familia durante dicha generación, sino que han advenido posteriormente a la constitución del patrimonio del cual vivían él y su familia en principio». En el mismo sentido se pronuncian la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de septiembre de 1989 y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Ejea de los Caballeros de 10 de marzo de 1976.

Otra manifestación de esta tendencia jurisprudencial restrictiva está constituida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de noviembre de 1992 que niega la posibilidad de ejercicio conjunto de derecho de abolorio por una pluralidad de parientes de mutuo acuerdo, salvo que se trate de consortes de Casa aragonesa o se dediquen a la explotación conjunta de inmuebles rústicos o urbanos<sup>4</sup>. Con ello, se consagra una discutible restricción de la legitimación activa para este tipo de acciones.

Asimismo, en lo que se refiere a las enajenaciones originadoras del derecho los órganos judiciales aragoneses han optado por una interpretación literal del art. 149.1 de la Compilación, rechazando «todos los actos transmisivos de dominio —inter vivos y mortis causa— distintos de la compraventa y dación en pago» (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Huesca de 20 de febrero de 1990). De este modo, se desvinculan de la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo que, a la hora de interpretar el art. 1521 del Código Civil, ha admitido con un planteamiento más amplio todas aquellas enajenaciones a título oneroso equiparables a las expresamente referidas en la ley<sup>5</sup>.

Por último, en lo que atañe a los requisitos formales resulta digna de mención la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de enero de 1990 que, con un planteamiento sumamente riguroso, a pesar de constatar el desconocimiento por parte del retrayente del precio de venta, rechaza la consignación de una cantidad aproximada para poder considerar cumplido el requisito de la fianza previsto —con carácter subsidiario respecto de la consignación— en el art. 1618 núm. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>6</sup>. La Sentencia reseñada muestra de este modo un excesivo formalismo que, en cierta medida, resulta contradictorio con la doctrina del Tribunal Supremo que ha interpretado con gran amplitud la obligación de prestar fianza<sup>7</sup>. A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Superior se aleja de la doctrina del Tribunal Constitucional que ha

(4) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de noviembre de 1992: «El retracto ejercitado conjuntamente o en concurrencia de otros no está contemplado en el derecho aragonés y si bien el art. 149.3º de la Compilación recoge el término de *si concurren dos o más parientes* lleva al establecimiento de una preferencia que resulta también de la remisión a los artículos 133 y 132.3º del referido texto legal. Dada la finalidad del retracto de abolorio, la adquisición conjunta por dos o más parientes puede entenderse y justificarse cuando vienen determinadas por una situación personal de los actores en que se encuentren integrados, bien como consortes de Casa aragonesa cuya continuidad y engrandecimiento busca la institución contractual, o al menos cuando explotan en conjunto o colaboración bienes de naturaleza rústica o urbana; difícilmente cabe la justificación de tal actuación conjunta cuando como en el caso de autos no aparece ningún vínculo de dicha naturaleza entre los actores...».

(5) Esta jurisprudencia puede consultarse en Roncesvalles BARBER CARCAMO, *El retracto gentilicio*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pp. 110-113.

(6) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de enero de 1990: «Analizando lo que resulta de las actuaciones, aparece y debe estarse a la apreciación del juzgador de instancia, que el precio realmente pagado por las dos fincas objeto de retracto no ha quedado acreditado, lo que es evidente, y por sí solo no supone la imposibilidad del ejercicio de la acción retractual, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1963 ratificando la de 4 de diciembre de 1956, entre otras muchas; pero sí impone que se afiance consignarlo cuando fuere conocido, como exige el referido precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reafirman sentencias del Tribunal Supremo como las de 11 de febrero de 1959 y 16 de abril de 1963, para que pueda tenerse por ejercitada la acción retractual en acto conciliatorio. Si bien es verdad que el demandante realizó consignación de determinada suma al interponer su pretensión, ante la afirmación no desvirtuada de que ignorara el precio y pese a que supone en 350.000 pesetas el atribuido por Ha. y que las fincas a que se refiere el retracto tienen una extensión total de 6 Hectáreas 37 áreas 50 centiáreas, según resulta de lo establecido en los anteriores fundamentos y no existir cuestión sobre la extensión de la otra finca, en vez de consignar 2.231.250 pesetas, sólo lo hace en la cantidad de 1.607.305, contradiciéndose con su propia afirmación del posible precio; y no efectúa, ni sugiere siquiera la posibilidad de afianzar el que pueda ser real; pues de todas formas si el precio es conocido o se dice conocerlo, debe consignarse ese precio conocido o supuestamente conocido».

(7) En efecto, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite comprobar que múltiples sentencias exoneran al retrayente de la prestación efectiva de la fianza y consideran suficiente su mero ofrecimiento en la demanda, dejando su fijación a la autoridad judicial (por ej. Sentencias del

reconocido a la consignación —y, en su caso, a la fianza— una función meramente garantista y no liberatoria del pago<sup>8</sup>. Por lo demás, esta misma Sentencia —y alguna otra— impone al retrayente ya no la obligación de consignar los llamados «gastos legítimos» a que se refiere el art. 1518 del Código civil, sino de asumir en la demanda un compromiso formal de reembolsarlos, exigencia, a mi juicio, excesivamente formalista y sin apoyo legal expreso<sup>9</sup>.

Expuestos algunos ejemplos de esta interpretación restrictiva, debo poner de manifiesto mis objeciones y, en consecuencia, mi convencimiento de que resulta oportuna y adecuada una mutación de esta jurisprudencia. En efecto, en las sentencias comentadas subyace una concepción de la propiedad, entendida como el dominio absoluto del bien del que se es titular, más propia de los estadios iniciales de liberalismo que de nuestro moderno Estado Social y Democrático de Derecho, donde la propiedad constituye una situación necesariamente compleja.

En efecto, frente al modelo de razonamiento que personalmente rechazo, tributario de un esquema de pensamiento propio de los tiempos de la codificación liberal, es posible alegar dos tipos de reflexiones diferentes pero complementarias. Inicialmente, interesa destacar que la noción de la propiedad que asume esta doctrina judicial no se compadece con el carácter familiar de la propiedad en Derecho aragonés. Dicho de otra manera, el pensamiento que anima las sentencias estudiadas pasa por alto la naturaleza familiar de las instituciones aragonesas que legitima muy bien un derecho de adquisición preferente como el de abolorio. Pero, por si fuera poco este dato (que, en mi opinión, resulta más que suficiente para superar las reticencias subyacentes en muchas decisiones judiciales), en estos momentos cabe acudir incluso a un principio constitucional, como es la protección de la familia *ex* art. 39.1 de la Constitución española, para demandar una modulación del derecho de propiedad por el legislador precisamente en atención a intereses familiares constitucionalmente dignos de protección. Desde este punto de vista, me parece que es posible acudir a una interpretación sistemática del precitado art. 39 —que incorpora el principio rector de la protección de la familia— con el art. 33 del mismo texto constitucional en su referencia a la función social de la propiedad. La tutela constitucional de la familia abonaría, en definitiva, que la función social que delimita la propiedad legitimase un tratamiento legal que amparase la permanencia de los bienes en la comunidad familiar.

---

Tribunal Supremo de 1 de abril de 1960 y de 12 de diciembre de 1986). Otra jurisprudencia, que parece directamente aplicable al supuesto debatido en la Sentencia del Tribunal Superior que se examina, admite en sustitución de la fianza la consignación de una cantidad aproximada (por ej. Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1967, de 8 de junio de 1977 y de 9 de febrero de 1984).

(8) Vale la pena traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1992, de 27 de enero: «... la consignación que dicho precepto legal impone [art. 1618.2º LEC] no tiene por objeto realizar un pago con efectos liberatorios de una obligación anteriormente contraída y sancionada por una resolución judicial, como ocurre en el supuesto contemplado en el art. 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que es garantía de un reembolso futuro de realización incierta, cuyos efectos liberatorios no son exigibles en el momento de constituirse sino cuando deba realizarse el reembolso que garantiza».

(9) Así, la Sentencia del Tribunal Superior que se reseña alude al deber del retrayente de «efectuar el compromiso de reembolsar los gastos y cualquier otro pago legítimo efectuado para la venta, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1935 y 31 de diciembre de 1897, aunque estos últimos conceptos no sea preciso afianzarlos».

### III. INTERÉS FAMILIAR Y FACULTAD MODERADORA

En relación al segundo tipo de razonamientos judiciales poco favorables al derecho de abolorio, se ha podido constatar que, incluso cuando los ejercitantes cumplen los presupuestos legales, los órganos judiciales exigen un requisito adicional, no contemplado expresamente en la Compilación, que consiste en que el ejercicio de este derecho de adquisición preferente satisfaga la denominada «finalidad familiar». En aras de esta imposición añadida, los sujetos que actúan el derecho de abolorio deben acreditar el llamado «interés familiar», lo que se interpreta *prima facie* como la voluntad de mantener los bienes en la familia de donde proceden<sup>10</sup>.

Llegados a este punto, debe decirse que, en la práctica judicial se adopta, nuevamente, y en términos generales, un planteamiento francamente limitativo en la identificación del interés familiar. Efectivamente, para apreciar el mencionado interés familiar los juzgadores aragoneses atienden a dos circunstancias muy simples: el lugar de residencia y la profesión del titular del derecho. De este modo, deniegan éste cuando el retrayente tiene una ocupación distinta a la agricultura o ganadería, o cuando reside en una localidad diferente a aquella donde radican los inmuebles objeto del derecho<sup>11</sup>. Más aún, en numerosas sentencias es posible identificar una vinculación entre el derecho de abolorio y la existencia de una Casa tradicional aragonesa<sup>12</sup>.

Al igual que hacía con anterioridad, he de exponer mis discrepancias con esta forma de razonar, para lo cual, conviene expresar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debe notarse que el interés familiar no es un requisito legal, lo que impone, como mínimo, una interpretación muy limitada de esta circunstancia. Merece la pena destacar en este punto la doctrina emitida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal

(10) Esta noción del interés familiar se encuentra presente, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de 6 de junio de 1989 que define el derecho de abolorio como «un derecho de adquisición basado en un interés familiar [...] ya una afección sentimental hacia los bienes, ya el interés que supone la conservación o ampliación del patrimonio familiar como base de sustentación de la familia, en orden a un mayor engrandecimiento económico-social de la Casa aragonesa».

(11) Resulta sumamente reveladora la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. cuatro de Zaragoza de 25 de octubre de 1996 que se pronuncia en los siguientes términos: «En el presente caso, las especiales circunstancias de la retrayente, nacida en 1917 [...], con residencia en Zaragoza, soltera sin hijos y cuyos parientes más próximos son la vendedora de las fincas y sus hermanas [...], que nunca se ha dedicado personalmente a la agricultura [...] y que es propietaria de otras tierras en el mismo lugar [...] cultivadas por terceras personas en régimen de terraje o aparcería, el mismo que pretende dar a las objeto de este procedimiento de prosperar la demanda, unido todo ello al hecho de que la familia de los demandados han venido cultivando estas fincas por el mismo sistema desde hace más de 50 años [...], conduce a aplicar la facultad moderadora antes descrita y, en consecuencia, y, por la interpretación restrictiva que debe hacerse de esta institución y la finalidad de la misma, denegar la pretensión de la demandante». Puede consultarse en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de febrero de 1975 que atiende, para denegar la demanda, al cambio de domicilio del actor que abandonó su localidad de origen donde se encontraba el patrimonio familiar, trasladándose a la ciudad para dedicarse al comercio; así como la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Boltaña de 1 de septiembre de 1993, igualmente desestimatoria, que enjuicia negativamente la falta de prueba por parte del retrayente de su dedicación a las actividades agropecuarias.

(12) Según la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 19 de febrero de 1985 el derecho de abolorio «nació y se desarrolló (...) en aras o bien de la Casa». Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de junio de 1989 con el derecho de abolorio se trata de garantizar un «mayor engrandecimiento económico y social de la Casa aragonesa». Asimismo, de acuerdo con la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Boltaña de 1 de septiembre 1993, «el retracto de abolorio pretendido está fuera del supuesto de hecho histórico que dió origen a la figura jurídica en la que se basa la pretendida acción (...) ya que es presupuesto necesario la existencia de la institución rural de Casa aragonesa».

Superior de Justicia del País Vasco en orden a la imposibilidad de exigir una suerte de interés familiar en el derecho de saca ante la falta de habilitación legal<sup>13</sup>.

Como segunda observación, la vinculación del interés familiar con una situación social ligada a la Casa tradicional aragonesa olvida que la génesis y razón de ser del derecho de abolorio obedece, más que a la protección de la Casa, al principio de mantenimiento de los bienes en la línea familiar de donde proceden, al igual que sucede con la sucesión troncal<sup>14</sup>.

En tercer lugar, importa advertir críticamente que en las decisiones judiciales se conecta, sin que exista justificación legal alguna o de otro tipo, el interés familiar con la presencia de un concreto tipo de familia (la familia rural agrícola-ganadera) hoy en abierta crisis, lo que pone en peligro la propia pervivencia de la institución. Ciertamente, la precitada conexión, entendida nuevamente como requisito inexcusable, además de constituir una práctica sin sustento legal, margina un criterio interpretativo tan importante, cual es el de la adecuación de las normas a la realidad social en que deben ser aplicadas (*ex art. 3.1 del Código civil*)<sup>15</sup>.

Finalmente, es preciso indicar que la exigencia del interés familiar para que prosperen las demandas de derecho de abolorio ha encontrado su principal vía de aplicación en la llamada «facultad moderadora» que concede a los órganos judiciales el art. 149.2 de la Compilación en los siguientes términos:

«Los Tribunales, concurriendo las condiciones señaladas, podrán moderar equitativamente el ejercicio de este derecho».

Este precepto, sin precedentes normativos en el Derecho histórico aragonés, fue introducido por los redactores aragoneses de la Compilación a fin de evitar abusos por cualquiera de los sujetos afectados por el derecho de abolorio<sup>16</sup>. Sin embargo, en la redacción definitiva de este precepto —fruto de las alteraciones introducidas por la Comisión General de Codificación— se atendió exclusivamente a evitar los posibles ejercicios abusivos del derecho de abolorio, olvidando el carácter global que inspiraba a la regulación proyectada.

En todo caso, los órganos judiciales que han conocido de las demandas en materia de derecho de abolorio se han servido de lo que estaba concebido originariamente como un instrumento que evitase una utilización torcicera del marco legal de la institución para establecer una serie de presunciones que, de nuevo, suponen enmarcar necesariamente el derecho

(13) Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de septiembre de 1992 que declara lo que sigue: «...la conservación de la raíz en el patrimonio del tronquero, ni es consustancial al ejercicio de los derechos derivados de la troncalidad ni en concreto constituye requisito para hacer valer el derecho de saca foral...»; insistiendo en la misma idea, añade a continuación: «...la conservación del bien raíz en el patrimonio familiar, a través de su titular individual, no constituye una imposición legal para el pariente tronquero sino una libre determinación de éste y, por tanto, no es dable exigir al tronquero, cuando adquiere la raíz troncal, el propósito de conservarla en su patrimonio...».

(14) Se pronuncia en el mismo sentido Roncesvalles BARBER CARCAMO, *Retracto gentilicio y parientes afines: La problemática sobre la ruptura de la línea familiar de los bienes*, en «Revista Jurídica de Navarra», núm. 13 (1992), pp. 69-70.

(15) Sobre este criterio jurisprudencial puede consultarse Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del art. 3.1 del Código civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994.

(16) Tanto el Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1961 (art. 162.2) como los Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses (art. 168.2 ACJA de 1962 y art. 163.2 ACJA de 1963) contemplaban la facultad moderadora en una doble vertiente: de un lado, prevenir las maquinaciones de transmitente y adquirente dirigidas a eludir el ejercicio del derecho de abolorio («En cualquier enajenación de tales bienes encaminada, a juicio del Tribunal, a eludir el derecho de la saca, podrá éste concederle aún no mediando las condiciones señaladas en el párrafo anterior»; y de otro, supervisar el propio ejercicio del derecho («y, en todo caso, fijar o moderar equitativamente sus términos»).

de abolorio en un contexto social determinado. Desde este punto de vista, interesa destacar que el titular del derecho sólo está exento del ejercicio de la facultad moderadora si se dedica al sector primario y reside en el municipio donde radican los bienes. Otra vez la creación jurisprudencial proyecta un determinado marco ideal para el derecho de abolorio, que nuevamente tampoco cuenta con base legal alguna.

En atención a los rumbos que ha seguido la interpretación judicial, parece recomendable retomar el espíritu inicial de los Anteproyectos aragoneses con que se contempló la facultad moderadora -facultad que no existe en los demás Ordenamientos civiles territoriales con derechos familiares de adquisición preferente- esto es, como una medida excepcional que posibilite al juez la corrección de conductas indebidas por cualquiera de los sujetos implicados en el ejercicio del derecho de abolorio.

#### IV. LA APARICIÓN DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Con todo, cuatro de las últimas sentencias que he tenido oportunidad de consultar parecen revelar una nueva orientación jurisprudencial más favorable hacia el derecho de abolorio. Me refiero, en concreto, a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 17 de octubre de 1996, a dos Sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Barbastro de 16 de abril de 1996 y de 6 de noviembre de 1996, y a una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Zaragoza de 26 de enero de 1999 en las que puede atisbarse una mayor neutralidad en el examen de los presupuestos del derecho de abolorio. En concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 17 de octubre de 1996 adopta una interpretación más flexible que la habitual entre los juzgadores aragoneses a la hora de enjuiciar el interés familiar. En efecto, la Audiencia entiende que la retrayente cumple la finalidad familiar, ya que, aunque estudiante y residente en Zaragoza, ha demostrado una vinculación afectiva con el inmueble objeto del derecho. Por su parte, las dos decisiones del Juzgado de Barbastro, así como la del Juzgado de Zaragoza se limitan a comprobar la concurrencia de los requisitos legales del derecho de abolorio, prescindiendo de valorar el interés familiar.

Es de esperar que tales decisiones constituyan el inicio de una nueva doctrina judicial que asuma el derecho de abolorio como una institución jurídica que está en línea con principios tradicionales del Derecho aragonés, satisfaciendo al mismo tiempo finalidades dignas de protección en la sociedad moderna. Desde esta perspectiva, resulta de difícil justificación el planteamiento jurisprudencial que hemos calificado como restrictivo del marco normativo regulador del derecho de abolorio, siendo simplemente inaceptable la introducción, vía judicial, de un presupuesto no contemplado en la ley, como es la concurrencia el interés familiar como condición de reconocimiento de esta institución. Tales planteamientos argumentativos parecen desconocer, en definitiva, no sólo la plena coherencia del derecho de abolorio con las líneas maestras del Ordenamiento civil aragonés, sino también las indudables conexiones que aquél tiene con principios constitucionales como la protección de la familia, que muy bien legitiman el establecimiento de restricciones al derecho de propiedad.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

Para profundizar en el conocimiento de la institución objeto de estas líneas, pueden consultarse los siguientes trabajos publicados con posterioridad a la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

BARBER CARCAMO, Roncesvalles, *El retracto gentilicio*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, monografía que, aunque dedicada al retracto gentilicio navarro, contiene numerosas referencias acerca del derecho de abolorio.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Sobre la facultad moderadora de los Tribunales en el derecho de abolorio*, en «Revista de Derecho Civil Aragonés», núm. II-1 (1996), pp. 23-31.

— *El derecho de abolorio en Aragón*, en «Revista Jurídica de Navarra», núm. 25 (1998), pp. 151-243.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, *El derecho de abolorio o de la saca en la jurisprudencia*, en «Revista Jurídica de Navarra», núm. 16 (1993), pp. 137-175.

— *Tribunal Superior de Justicia de Aragón y derecho de abolorio: La primera jurisprudencia (comentario a la sentencia de 22 de enero de 1990)*, en «Revista de Derecho Civil Aragonés», núm. I-1 (1995), pp. 115-136.

— *Breve noticia de la última jurisprudencia sobre derecho de abolorio*, en «Revista de Derecho Civil Aragonés», núm. III-1 (1997), pp. 143-156.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980.

— *Comentario a los arts. 149 a 152 Comp.*, en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales» (dtor. M. Albaladejo), t. XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 263-309.

Con anterioridad a la Compilación merece destacarse SAINZ DE VARANDA, Ramón, *El retracto gentilicio*, en «Anuario de Derecho Aragonés», t. III (1946), pp. 223-335.

Finalmente, cabe citar la propuesta de reforma legislativa en torno al derecho de abolorio promovida por la Asociación cultural IDEA, publicada bajo el título *Estudios sobre Derecho Civil Aragonés*, vol. I, Zaragoza, 1996, pp. 59-83.



Intervención de D. Pedro GÓMEZ LÓPEZ

### ASPECTOS FISCALES DEL DERECHO DE ABOLORIO

Partiendo de lo que Santiago Serena ha venido explicando, hay que aceptar la premisa de que nos encontramos ante un retracto legal, no convencional, en el que se produce una transmisión onerosa, por lo que, ante la ausencia de ninguna referencia específica a la normativa en nuestra Comunidad Autónoma, debemos remitirnos a las disposiciones generales establecidas en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en cuyo artículo 1º se establece que el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados gravará las transmisiones patrimoniales onerosas. Partiendo de este supuesto, es evidente que si se hace el ofrecimiento y se ejercita el derecho de abolorio o de la saca, se aplicará el impuesto correspondiente a las transmisiones patrimoniales sin ningún otro tipo de distinción o particularidad; por el contrario, si hay que ejercitar el derecho, podemos encontrarnos con algunos problemas añadidos, no sólo a la hora de pagar los gastos legítimos, sino que cuando se le solicite a la administración la devolución parcial de lo pagado por aplicación estricta del impuesto. Partiendo del hecho de que no estamos ante un retracto convencional, debemos descartar cualquier referencia impositiva establecida para el supuesto de una venta con pacto de retro, prevista en el artículo 46 del Real Decreto 828/95 de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en el que se establece una doble tributación, una la correspondiente a la venta y otra la correspondiente al ejercicio del retracto porque el retracto legal, esta situación no puede darse, no sólo porque su naturaleza jurídica es distinta, sino porque además, dicho Real Decreto hace referencia específica a los retractsos legales. Así vemos que el artículo 45.1 b 2 del Real Decreto Legislativo 1/93, de 24 de septiembre, establece que estarán exentos de dicho impuesto de transmisiones las transmisiones que se verifiquen en virtud del retracto legal, cuando el adquirente contra el cual se ejercite hubiera satisfecho ya el impuesto, hay que indicar que para que proceda la exención, es requisito imprescindible que el comprador haya satisfecho previamente el impuesto, pues si tal circunstancia no se da no puede aplicarse la exención tal como resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en una sentencia de 22 de junio de 1995, al afirmar que si el impuesto no está satisfecho no hay exención, y en tal supuesto la Administración deberá fiar la liquidación al retrayente, que de este modo se convierte en el sujeto pasivo del impuesto, debiendo ser exclusivo del comprador del procedimiento liquidatorio en todas sus fases. Por tanto, desde un punto de vista eminentemente práctico, y con una visión economicista y haciendo extracción de cualquier otra consideración, sobre otro posible tratamiento fiscal para el derecho de abolorio, distinto al de su asimilación a una transmisión onerosa, entendemos que a falta de cualquier otra referencia precisa dentro de la legislación autonómica en esta materia, debemos aplicar lo establecido en la legislación estatal para los retractsos en general. El citado artículo 45.1 c apartado 6 del Real Decreto Legislativo 1/1993, se establece que con independencia de las exenciones a las que se refieren los apartados a y b anteriores, se aplicarán en sus propios términos y con los requisitos y condiciones en el caso exigibles, los beneficios fiscales que para este impuesto establecen las siguientes disposiciones, el artículo 6 de la Ley 49/81 de 24 de diciembre por la que se aprueba el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria de los Agricultores Jóvenes, cuya Ley ha sido modificada por la ley 19/95, de 4 de julio, sobre Modernización de las Explotaciones Agrarias, por lo que vamos a remitirnos, aunque sea brevemente, a las consecuencias prácticas y legales de tal revisión. El artículo 9 de la ley 19/95, establece que la transmisión o adquisición por cualquier título oneroso o lucrativo inter vivos

del pleno dominio de una explotación agraria, gozará entre otros beneficios, de una reducción del 90% de la base liquidable del impuesto que grave la transmisión, siendo beneficiario de dichas exenciones, las personas que se relacionan en el artículo 2 de dicha ley, entre los que podemos citar a título enunciativo, Agricultores Jóvenes, o Pequeño Agricultor entre otros, hay muchos más casos. De ello se desprende, que si se ejercita el retracto de abolorio por alguna de las personas que se mencionan en el artículo 2 de dicha ley 19/95, como por ejemplo los ya citados agricultores jóvenes o pequeños agricultores, es evidente que le son de aplicación los beneficios concedidos en dicha ley, porque los encontramos con una transmisión inter vivos de unas fincas o de explotaciones agrarias, en las que además puede concurrir los requisitos exigidos en el libro 2, título 1º de la Compilación de Derecho civil de Aragón. Sin embargo, la aplicación práctica de dichos beneficios puede dar lugar a situaciones diversas y no todas de difícil solución, al no estar resueltas ni contempladas en la ley de remisiones patrimoniales y menos en las escasas normas e instrucciones aragonesas sobre la materia. Contemplamos el supuesto de un joven agricultor que compra una finca o explotación y se solicita las exenciones previstas en el citado artículo 9, que le son concedidas por la administración y después un familiar de la línea de procedencia de los bienes y que, sin que tenga derecho a los beneficios fiscales establecidos en la ley 19/95, ejercita el derecho de retracto. En este caso es evidente que inicialmente, el retrayente tendrá que abonar al comprador únicamente lo que este a pagado, es decir, el precio y los gastos legítimos. Pero ¿qué ocurre, cuando se presenta en Hacienda para la autoliquidación el documento que justifica el retracto? Esta situación no está prevista en la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ni en las instrucciones emanadas por el servicio correspondiente a la Dirección General de Tributos, de fecha 4 de febrero de 1998, pero parece claro, que al no tener el retrayente las condiciones para obtener los citados beneficios fiscales, la Administración girará liquidación complementaria, aún cuando entendemos que se podría alegar, por aplicación estricta del artículo 45.1 b 2 del Real Decreto Legislativo 1/93, la exención por haber satisfecho previamente el impuesto el comprador y por aplicación del artículo 1.525 del Código Civil, no procedía, por tanto, girar la liquidación complementaria. Esta misma, esta situación no parece darse en el supuesto de un comprador que no le sea aplicable ningún beneficio fiscal de los previstos en la ley 19/95, y por el contrario el retrayente tenga derecho a tales beneficios por ser por ejemplo, un pequeño agricultor, joven agricultor. En este caso es evidente que el comprador contra el que ejercita el retracto, debe percibir no sólo el importe del precio de la venta, sino también debe de cobrar todos los gastos necesarios, y entre ellos como es lógico, lo pagado por él en concepto de impuesto de transmisiones patrimoniales, por lo que lógicamente el retrayente tendrá que reintegrarle dicho impuesto. Sin embargo, ¿cómo se compensa tal reintegro con la exención concedida al retrayente?; pues no olvidemos que por tal exención, no debe pagar más que parte del impuesto, luego por tanto, en principio creemos que tendría que abonarle al comprador, luego tendría que pedir la devolución, pero ello supondría exigible un requisito que no está previsto en la ley 19/95, con lo que estaríamos en distintas o peores condiciones que cualquier otro agricultor que no ejercita el derecho de abolorio. Por otro lado, admitiendo que hubiera que pagar al comprador satisfecho por éste, por el impuesto de transmisiones contra el que se dicta el retracto, como requisito necesario para que se de lugar al retracto ¿podrá el retrayente solicitar la devolución del ingreso por indebido, teniendo en cuenta que cuando se liquidó por el comprador tal impuesto no era indebido y en la ley sólo se alude a la devolución de impuestos indebidos? tampoco esta solución está prevista en el artículo 57 del Real decreto Legislativo 1/93, por no estar comprendida en ninguno de los supuestos de devolución. Pero es de suponer que a la vista de los problemas de interpretación que puedan plantearse, se arbitre alguna respuesta legal para que el ejercicio del derecho de retracto no resulte discriminado, instando desde este Foro el inicio de los trámites necesarios. Nada más, muchas gracias.

## COLOQUIO

Moderador: D. Serafín ANDRÉS LABORDA

Como decíamos al principio, comenzamos ahora el coloquio y antes de hacer las preguntas a la mesa, lo que sí rogamos es que se facilite el nombre para que conste en la grabación y sea después transcrito perfectamente.

*Miguel Ángel Sanchez. Abogado*

Me gustaría saber si la transmisión por cambio de titularidad se produce en lugar de, por compraventa por permuta, ¿qué situación jurídica podríamos plantear? Parece ser que en una sentencia se ha dicho algo al respecto, pero no la he entendido muy bien.

*Santiago Serena. Ponente*

¿Me pregunta que si se admitiría el retracto de abolorio en caso de permuta?

*Miguel Ángel Sanchez. Abogado*

Efectivamente.

*Santiago Serena. Ponente*

Históricamente no se ha admitido. Tampoco la jurisprudencia relativa a los retractos del Código Civil lo autoriza. Hay autores que opinan que debe admitirse y extenderse, y, quizás con apoyo en los textos de los anteproyectos, en los que se hablaba, en términos amplios, de contratos que dan lugar a la transmisión, pudiera ampliarse a los casos de permuta. Pero, insisto, históricamente no se ha permitido, entre otras cosas por la dificultad en algunos casos o imposibilidad en otros de la subrogación. Es decir, si se cambia un bien por otro bien, el que ejercita el retracto no puede sustituir y entregar lo mismo, el mismo bien que ha sido entregado a cambio. Ya digo que hay autores que opinan que sería posible cuando se produzca la permuta de un bien inmueble por objetos fungibles, que en este caso, según ellos, se podría dar, pero no en los otros. Ahora bien, en principio y según el texto vigente, no se contempla expresamente y la interpretación jurisprudencial ha sido contraria.

*Sara Tirapo. Abogada*

Bueno, a mí, hay una cosa que me llama mucho la atención, soy Sara Tirapo Abogada de Jaca. ¿Qué pasa si el retrayente que retrae esa finca y pasa a ser de su patrimonio, viene a peor fortuna y es la única finca que tiene y la quiere vender?

*Santiago Serena. Ponente*

En ese caso, si es la única finca y tiene deudas no es que el deudor retrayente quiera o no vender la finca retraída, sino que se la embargarán y la subastarán.

*Sara Tirapo. Abogada*

Pero ¿ganaría menos dinero?

*Santiago Serena. Ponente*

Ya en el caso, el venir a peor fortuna, es un término muy amplio y un tanto abierto a muchas interpretaciones. Efectivamente, si sólo tiene ese bien el precepto (art. 151) le autoriza la venta, eso está claro. El problema es si tiene otros bienes, en ese caso podría plantearse que para cumplir con la obligación que le impone la Compilación de conservar el bien, se pospusiera al último lugar el bien retraído, y anteriormente se dieran en venta o se enajenaran otros, pero si es el único bien no parece que haya otra solución que la apuntada.

*Sara Tirapo. Abogada*

Claro, pero me ha parecido entender que la nulidad sería absoluta, que no es confirmable.

*Santiago Serena. Ponente*

Sí, pero es que la Compilación introduce la excepción, salvo que el adquirente viniera a peor fortuna, es decir, la obligación es conservarla en condiciones normales, pero si viniera a peor fortuna, lógicamente, esa prohibición no se puede mantener.

*Ángel García. Abogado*

También Abogado de Jaca. Dos preguntas muy breves. ¿Cabe ejercitar el derecho de retracto de abolorio, en caso de finca resultante de un proceso de concentración parcelaria? Y dos, me imagino que no, pero la nulidad no será tan absoluta como para perjudicar a un tercero que haya inscrito su derecho en un registro según el artículo 34 LH.

*Santiago Serena. Ponente*

Lo de si ya ese tercero puede ser el del artículo 34, no lo sé. Efectivamente, en todos los casos está a salvo el derecho de los terceros adquirentes de buena fe. En cuanto a lo de las fincas de reemplazo, es una cuestión difícil porque la verdad es, que yo sepa, que no se ha estudiado, ni se ha contemplado, al menos en lo que he leído. Parece que según las normas propias de la concentración parcelaria las fincas de reemplazo vienen a sustituir en todo, digamos jurídicamente y a todos los efectos, a las fincas que se entregaron, incluso creo que se tiene previsto, en la medida en que sea posible, entregar una vez hechas todas las combinaciones posibles, las mismas fincas; en todo caso, parece que sería posible. Pero es una cuestión, que yo sepa, no estudiaba ni por supuesto se ha dado ninguna resolución al respecto.

*Jesús Solchaga. Abogado del Estado*

Discrepo respetuosamente en cuanto a la posibilidad de decidir en pública subasta, si se embargaba un bien que está en situación de retracto de abolorio reciente, en el ámbito de los 5 años, porque entiendo que la posibilidad de enajenación es requisito de la embargabilidad de los bienes, y, en este sentido, yo me inclinaría más, con todos los respetos, claro, a considerar que en esa situación el bien no sería embargable, porque, de lo contrario, aparte de que ésta es la doctrina general de los embargos, sería fácil la posibilidad de cometer fraude, es decir de conseguir un proceso que ejecute los bienes en tal situación, a efectos de eludir la condición legal, en connivencia con un tercero acreedor.

Y si se me permite pasar a la segunda cuestión, como forma de evitar luego más intervenciones, yo quería decir que en materia tributaria, parece que el Legislador tributario del

93, atendiendo al estado de la doctrina sobre el retracto, está optando por la tesis de la subrogación. Es decir, la naturaleza del retracto, como adquisición preferente, no implica resolución, que en el aspecto fiscal llevaría consigo la procedencia de devolución del Impuesto sobre Transmisiones; por el contrario, sí que establece la exención del que retrae, que en realidad es una especie de no sujeción por haber pagado; de acuerdo, por tanto, con la tesis de la subrogación, según la cual en todo caso hay una transmisión directa del primitivo propietario al retrayente, en uno y otro caso; y en este sentido, si el adquirente retraído había pagado ya el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, se declara exento de su pago al retrayente por la Ley del Impuesto, porque hay una sola transmisión. En esta situación, opta por considerar que el retrayente adquiere del primitivo propietario de forma directa, porque se subroga, y, en consecuencia le declara —como el primer adquirente ha pagado ya, que es la hipótesis de que parte el Legislador—, no obligado a pagar; si bien acudiendo, en vez de a su calificación de no sujeción, como me parece a mí que sería lo más correcto, a la figura de la exención. Y si esto es así realmente, opta por la subrogación, parece lógico pensar que entonces, si el comprador que es primer adquirente y retraído era agricultor con derecho al beneficio de la Ley de Conservación y Explotaciones Agrarias de 4 de junio de 1995, la subrogación determina la pérdida de la justificación del beneficio. Si hay una exención, es decir, si se considera que ya ha pagado el importe del impuesto, no parece que tenga derecho a devolución de lo pagado de más, si el retrayente no tiene la condición de agricultor, me refiero, y el primer comprador sí; porque la devolución sólo puede ser pedida por el que ha pagado; hay una situación realmente anómala en el que lo pagado por el primer retraído, como pago legítimo, podría ser reclamable del retrayente; sin que el retrayente, a pesar de ello, tenga derecho a devolución, porque el subrogado no merece el beneficio, y tampoco estaría legitimado para pedir la devolución. En la tesis inversa, es decir en el supuesto de que el retrayente tenga el beneficio, derecho a beneficio como agricultor por esta ley, y no el retraído, que ha pagado el impuesto en su totalidad, el segundo está exento, aunque tendría derecho al beneficio; yo no sé hasta qué punto ahí se puede pedir el reconocimiento de derecho a devolución por parte del retrayente, puesto que el gravamen ha recaído sobre el otro. Realmente yo creo que si hay una subrogación, solamente el que tiene derecho al beneficio debe disfrutarlo.

#### *Pedro Gómez López. Coponente*

Bien, yo decía que esto no está previsto en las Instrucciones que la Diputación General de Aragón publicó en febrero del 98, y entonces yo decía, evidentemente es una opinión personal, que cuando se presente a liquidarlo, Hacienda liquidará, pero cabría la posibilidad de pedir la exención en base a que como el retraído estaba exento podrías pedir que tú, que te subrogas en todos los derechos del retraído, no tienes que pagar, pero es una interpretación muy, muy forzada, muy forzada. Y por lo que respecta a la devolución, no está claro cómo tiene que hacerse, no, no está previsto, cómo está esa devolución; es decir, cuando se gira es un impuesto debido porque se hace la transmisión, luego no es indebido ¿qué ocurre?, que el artículo 57 de la Ley y el 95 del Reglamento hablan de devoluciones de impuestos indebidos. Y eso insisto, no está resuelto y yo propongo, proponía desde este Foro, que la Administración arbitrara algún sistema, porque realmente no he encontrado la solución.

#### *Persona no identificada*

Bueno, respecto de lo de la prohibición, efectivamente, pueden darse abusos y fraudes. Siempre se ha dicho, cuando se habla del derecho de abolorio y una de las razones es que siempre la figura puede dar abusos y fraudes. Realmente y una de las razones es que siempre la figura puede dar abusos y fraudes, realmente se puede hacer un montaje y para sal-

tar por encima de esta prohibición, pero claro, el acreedor legítimo que acuda al retrayente, y su único bien para hacer frente a la deuda será el bien retraído, pues no lo vamos a dejar sin que pueda hacerlo efectivo me parece a mí, el problema está en que si hay otras fincas, efectivamente parece que lo lógico y para hacer salvar y para respetar esta prohibición, sería proceder por otros bienes que no estuvieran sujetos a esa prohibición de enajenar, y dejar para último lugar la finca retraída. Ahora bien, lo que la ley deja a salvo es, de que si llega a peor fortuna y, y no puede hacer frente a sus deudas, pues acuda a ese bien, vamos, mediante embargo o mediante enajenación, siempre se podrá intentar de alguna manera o se podrá intentar de alguna manera el, el digamos aflorar ese fraude si es que se produce.

*Honorio Romero (se entiende muy mal)*

Buenas tardes, primero felicitaros porque habéis hecho un trabajo fenomenal, yo no sé cómo habéis podido sacar tanta materia de un tema tan raro. Quiero intervenir aquí en cuanto al problema que habéis planteado fuera de ponencia la compañera de Jaca y Jesús Solchaga. Si hay una prohibición legal de disponer durante un plazo de cinco años, ha planteado con mucho acierto, ¿qué pasa en caso de embargo? No te he entendido bien Jesús, pero creo que podemos traer aquí a colación la resolución de la Dirección General del año 1989 que se planteaba en el siguiente supuesto: era un testamento en el que el causante establecía ¿? una prohibición de disponer de la ¿? no sé si era 5 ó 10 años. Es una prohibición de disponer basada en la voluntad del causante, en la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión ¿? está basada, sin lugar a dudas en el Código Civil, en los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, es decir una prohibición de disponer voluntaria, amparada perfectamente por la Ley. Entonces a ese legatario le embargan el bien y se plantea el conflicto entre los derechos del acreedor y la voluntad del causante, que es la ley de la sucesión, y la Dirección General resuelve diciendo que ante el principio de proceder a la voluntad del causante, siempre el principio del Código Civil cede el primero ante el segundo, porque antes es pagar que heredar. No sé si con esto... es una resolución, no recuerdo la fecha exacta, sí diré que es del año 1989, ya sé que hay diferencias, hay diferencias de planteamiento porque no es una prohibición legal directamente establecida, pero es una prohibición establecida al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

Segundo, hacer una referencia a las sentencias que ha citado antes Pedro, por remisión a la coponente Aurora López Azcona y que estoy de acuerdo, que creo que es la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca del año 1997, en el sentido de interpretar que cuando hay una alteración del bien sujeto al retracto de abolorio, al derecho de adquisición de abolorio, éste no se puede ejercitar, es decir que si se recibe un bien que se ha decidido instalar y se ha construido ahí un edificio, se ha alterado, hay que demostrar también a colación argumentos de derecho común como es la revocación delegada del 869.1 del Código Civil, cuando se cambia la forma del "delegado", por la "revocado" o la del 812 en cuanto a la remisión. En fin yo creo que en ese sentido es acertada la sentencia de la Audiencia, no tanto, a mi juicio, como la del Juzgado de Primera Instancia de Teruel del año 1991 en la que el marido ¿? a la mujer habían pertenecido durante dos generaciones ¿? Yo creo que la interpretación que se ha hecho es una interpretación literalista en exceso y va en contra de la filosofía del derecho de retracto de abolorio. Nada más. Muchas gracias.

*Jesús Solchaga. Abogado del Estado*

Sin ánimo de polemizar, quería aclarar únicamente que yo entiendo que la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1989, mencionada por Honorio, no

sería criterio para, a pesar de su autoridad, resolver la cuestión que estamos debatiendo, porque una cosa es el retracto con ese apoyo y el interés de la protección de la voluntad del causante, y otra cosa es una prohibición legal. La opinión mía, la fundaba básicamente, aparte de la posibilidad de fraude, en el concepto de embargo y me remitiría a la autoridad de Carreras Yansana, en «El embargo de bienes», en el sentido de que supone un acto procesal de ejecución, de tal modo que desde el principio de la responsabilidad patrimonial universal, se da un paso más y se afecta un bien determinado al proceso de ejecución, de realización judicial en este caso. Y esto exige, por definición, según el autor que ofrece una gran autoridad, que se trate de bienes de contenido patrimonial, pertenecientes al deudor en ese momento y realizables, puesto que en caso contrario no podrá cumplir su fin, como acto procesal de ejecución, el propio embargo. Y en este sentido, al hablar de la enajenabilidad de unos bienes y otros, se suelen excluir los que por motivos legales, que pueden ser de orden social, de orden económico o de orden privado o interés familiar, como aquí ocurriría, son legalmente inembargables por ser legalmente inalienables.

#### *Santiago Serena. Ponente*

En eso estoy de acuerdo, eso abonaría el que si hubiera otros bienes, además del retraído, se ejerciera primeramente sobre los que estuvieran, vamos a llamarlos libres. Pero el problema es cuando sólo queda ya ese bien. En este caso la ley autoriza a disponer de él, es decir, se levantaría esa prohibición por propia disposición de la ley, y se le autoriza al propio retrayente, cómo no a un tercero. Además, no vamos a hablar de fraudes, si hubiera fraude habría que acudir a la vía pertinente para deshacerlo.

#### *Daniel Bellido. Abogado*

Mi intención de intervenir era al hilo de la provocación, siempre atinada y aguda, de mi querido compañero Jesús Solchaga. Considero que llevar la posición que él ha presentado hasta el extremo, provocaría una conversión práctica en "res extra commercium", en una suerte de inalienabilidad absoluta del bien, y creo que eso, y lo acaba de decir ahora Santiago Serena, choca frontalmente con una previsión concreta de la ley, y es que sí que cabe la disposición de ese bien obtenido por retracto, en caso de que la titular del bien retraído venga a peor fortuna. No tendría demasiado sentido que respetáramos o consideráramos sacral durante cinco años ese bien, cuando la propia ley autoriza a la titular a venderlo de forma libre, si se concurría esa circunstancia, no sé por qué motivo habría que penalizar al acreedor frente a la titular. Eso por un lado, pienso por tanto que no se produce ese efecto sacral o de convertir en "res extra commercium" el bien, y que podría ser ejecutado por tercero que tuviera derecho contra la deudora que hubiera sido retrayente. A pesar de que esto pueda dar pie, en efecto, a todo tipo de cambalaches.

El segundo asunto con el que quería intervenir era con relación a la materia fiscal. Mantengo también la impresión de que la línea de la sustitución, es decir, de la subrogación es por lo menos, la línea más firme, pero yo creo que con la mutación del sujeto pasivo, el pago sí que viene indebido porque el pago, el pago es una acción que no se puede separar del sujeto. No se paga, paga alguien y si ese alguien muta, y en el caso de la subrogación mutaría la figura del sujeto pasivo, entiendo que ese pago viene indebido. Por ahí es por donde sí considero que se podría obtener la devolución. Mutación de sujeto pasivo y conversión en una "solutio indebiti" un pago indebido, por mutación del sujeto. A partir de ahí creo que se podría obtener. En cuanto a los beneficios, yo mantengo una posición, se ha referido a los de materia agraria, considero que es una situación "intuitu personae" si el sujeto

retrayente no ostenta las condiciones personales requeridas en el artículo 2 correspondiente, yo creo que los beneficios no los puede invocar, ni siquiera apelando a la vía de la subrogación, puesto que son circunstancias que deben concurrir en el sujeto pasivo, y sino concurren en el sujeto pasivo no puede obtener el beneficio.

*Pedro Gómez López. Coponente*

Bueno y efectivamente en el tema de una devolución indebida, el problema que se nos plantea es que en el Reglamento no está previsto ese caso. Es decir, están taxativamente establecidos los supuestos, entre los que no figura el retracto, entonces, por eso yo, por lo que como comentaba Jesús Solchaga, la Administración, si teóricamente no lo tiene previsto, creo que habrá que ir a un recurso por analogía, pero lo cierto es que no está previsto el tema, y lo de la subrogación, decía en mi intervención, que hay que liquidar y hay que pagar, si bien yo como abogado intentaría que en base a la subrogación, de que yo me subrogo en los derechos que tenga el anterior, aunque sean beneficios ad personam, pues habría que intentar la devolución, pero ya digo, con reservas, pues no estoy totalmente de acuerdo con la solución.

*Ángel Dolado. Magistrado-Juez*

Soy Ángel Dolado Pérez, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza. Mi pregunta está relacionada con el tema del precio. Si no he entendido mal al ponente, es evidente que hay que atender al precio real satisfecho en la venta, y no aquél que se haya hecho constar en el contrato privado de compraventa o en la correspondiente escritura pública. Con lo cual, situándonos en sede procesal, en aquellos casos en los que el demandado se oponga al retracto porque no concurren los requisitos establecidos por la ley, no habría problema, pero ¿cómo se plantearía, desde un punto de vista procesal, el caso de una previsible estimación de la demanda de retracto de abolorio, por parte del demandado-comprador de la finca, cuando el precio realmente pagado por él no fuera el que figura en el soporte documental sino otro superior, realmente satisfecho? Si damos entrada a la facultad moderadora del juez para solucionar el tema, encima estaríamos beneficiando a aquél que ha realizado un auténtico fraude fiscal y de todo tipo, o bien, debemos considerar que estamos ante una auténtica demanda reconvenicional y la carga de la prueba, en este caso, correspondería al propio demandado-reconviniente y posteriormente debería darse traslado al retrayente-demandante para desvirtuar este tipo de alegaciones o de hechos constitutivos. Esas son las cuestiones que planteo como objeto de debate.

*Santiago Serena. Ponente*

Lo de que tiene que estarse al precio real, efectivo, es una constante en la jurisprudencia y la doctrina. Normalmente se parte de que se pone lo que de verdad se ha pagado, aunque no siempre es así. Respecto a cómo se introduce en el pleito la cuestión del precio, si el que se hace figurar es o no el declarado o si debería acumularse una demanda reconvenicional encierra varias cuestiones. El problema de acumular acciones en el juicio de retracto es una cuestión que ha sido resuleta en la jurisprudencia con soluciones dispares, en unos casos se ha dicho que, efectivamente, se pueden acumular acciones, por ejemplo la de retracto con la acción declarativa de nulidad del título del retrayente. En otros se ha dicho que no es posible tal acumulación, que es un procedimiento especial y no se pueden acumular acciones de naturaleza diferente, una real y otra personal. En caso de discusión sobre el precio sería una reconvenición implícita, y como es materia de lo que en el juicio de retracto se está ventilan-



do no creo que hubiera mayor problema para que se pudiera hacer valer en el pleito, y probar la cuantía del precio que realmente se ha pagado.

*Ángel Dolado pregunta pero no se entiende y a continuación le contesta Santiago Serena*

*Santiago Serena. Ponente*

Hombre, normalmente se supone que los plazos son tan cortos que no, que no da tiempo a que se revaloricen los terrenos o cosas por el estilo. No, no le dije eso, ah no, perdón, perdón. Lo dice por que se pondrá menos dinero.

*Ángel Dolado pregunta pero no se entiende y a continuación le contesta Santiago Serena*

*Santiago Serena. Ponente*

No, porque si vamos a acudir al precio real quiere decir, si el que debe luego, de momento se consigna el que figura, perdón.

*Ángel Dolado pregunta pero no se entiende y a continuación le contesta Santiago Serena*

*Santiago Serena. Ponente*

Sí, sí, sí, sí, claro, no hombre, de momento consignas el precio que figura en la escritura, o en el documento, o que se dice que se ha pagado, ese lo consigna. Y con eso ya abrimos el proceso, y con el proceso el demandado se encargará de demostrar, de introducir y demostrar, que el precio ha sido mayor, y si se demuestra, es el que efectivamente se debe de pagar.

*Pilar Palazón. Registradora de la Propiedad*

Buenas tardes, perdón. Soy Pilar Palazón. Quería hacer únicamente dos puntualizaciones. Una en cuanto a la cuestión que ha planteado Jesús Solchaga que nos va a matar a todos. Quería decir que, en mi opinión, la filosofía del 151, lo que intenta proteger es la primera venta, porque si quisiera defender la troncalidad, o la familia, permitiría los actos inter vivos a favor de parientes, y lo está excluyendo. Entonces cuando pone un límite temporal de 5 años, parece que quiere decir que bueno, si se acaba de hacer una venta, no la deshagas en un día para volver a hacer otra venta tú al día siguiente, entonces, sigo la línea de Daniel Bellido, de que en realidad, no se está ante una prohibición que sea plena, porque se está dejando a salvo la peor fortuna, y no nos engañemos, en el orden procesal, que ustedes lo sabrán mejor que yo, precisamente el embargo de inmuebles no es el que se realiza en primer lugar, luego cuando a una persona se le embargan inmuebles, es porque de hecho, entiendo que ha venido a peor fortuna. Luego parece que estaríamos en sí mismo, en la propia excepción que plantea el artículo. Luego, con respecto a el abogado de Jaca, que ha hablado del artículo 34 en la Ley Hipotecaria en la inscripción, que sigue en el registro, es prácticamente imposible. Tendría que ser un lapsus registral que nos hiciera constar, precisamente como es un resumen en la inscripción, de alguna manera, del contenido del título, que precisamente se adquiere la finca, en virtud que se ejercita el retracto de abolitorio, y en el propio acta de inscripción, se hará constar normalmente que se adquiere por título de retracto. Luego, hecho así constar en la inscripción, ya no hay tercero del artículo 34, ya no hay buena

fe, porque la ley obliga, y ¿???? su cumplimiento, luego la prohibición de 5 años juega en todo caso. Gracias.

*David Arbués. Abogado*

Querría hacer una pregunta a la mesa, la posibilidad de ejercitar el retracto de abolorio como consecuencia de la enajenación de una cuota o parte indivisa de un inmueble, y en caso afirmativo el grado de preferencia con otros retractos y en especial con el de comuneros.

*Santiago Serena. Ponente*

Eso son dos preguntas, y una de ellas muy difícil. Lo de la posibilidad de admitir el retracto en caso de venta de partes indivisas, no está muy claro. Parece ser que sí, que no habría inconveniente, puesto que si el que tiene ese derecho lo vende, otro puede retraerlo y ponerse en su lugar, en ese caso, se mantendría la comunidad de la que procede. No se ve con buenos ojos mantener o propiciar las situaciones de comunidad de bienes, pero en este caso no es que se imponga como consecuencia del ejercicio del retracto de abolorio, sino que ya viene dado por la situación preexistente.

Y respecto de la concurrencia con otros retractos, es un problema difícil porque el artículo 152 establece o declara la prioridad absoluta frente a los demás derechos de adquisición preferente; por otra parte tenemos que el Código Civil sí que lo regula, me parece que es en el de comuneros o el de colindantes, y, además, otras leyes, como la de Arrendamientos Urbanos, establecen que el retracto que regulan es preferente en todo caso. La Ley de Arrendamientos Rústicos dice lo mismo. Realmente, no sé cuál es la solución. Es verdad que tradicionalmente la legislación sobre arrendamientos rústicos siempre ha sido más respetuosa con los retractos gentilicios, y la disposición adicional primera los salva, al declarar de aplicación preferente los derechos civiles o forales de los territorios donde existan normas específicas sobre la materia; deja a salvo, por tanto, los retractos gentilicios. La que no dice nada al respecto es la legislación sobre arrendamientos urbanos, y, que yo sepa, no se ha dictado jurisprudencia sobre esta materia. Cada ordenamiento tiene su esfera de competencias pero pueden entrar en colisión normas de origen estatal y autonómico, como estamos viendo. En estos momentos no sé si predominaría la ley estatal o el ordenamiento jurídico aragonés, que en esta materia se proclama y se dice preferente. Lo cierto es que cuando se promulgó la Compilación en 1967 todas eran leyes de las Cortes Generales, todas tenían la misma fuente legislativa y entonces se resolvería de otra manera. Ahora es un gran problema que excede del tema que estamos desarrollando en este foro, porque entramos ya en consideraciones políticas.

Quizás teniendo en cuenta que el propio Código Civil (art. 13) dice que las disposiciones del título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, y las del matrimonio salvo, me parece, las relativas al régimen económico, son de aplicación general, y que luego al reconocer la capacidad normativa de cada ordenamiento jurídico en las demás materias, les está otorgando una mayor preeminencia, en este caso podría jugar la preferencia en la aplicación del retracto de abolorio. Pero la verdad es que no me atrevo a afirmarlo, sino apuntarlo como una posible solución, porque, la verdad, es un terreno muy difícil.

*Serafín Andrés Laborda. Moderador*

Ha llegado el momento de finalizar esta jornada de Derecho Foral y en primer lugar quiero dar las gracias a Santiago y a Pedro por esta exposición que han hecho, tan brillante-

mente de nuestro Derecho de Abolitorio, sin olvidar a la coponente, Aurora López, quien no ha podido intervenir por cuestiones de salud, deseándole desde este momento una rápida recuperación.

También ha llegado el momento, y me cabe el alto honor de clausurar estas Jornadas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, felicitando en primer lugar a la Comisión de Coordinación, por el acierto en su labor, y les invito a que comiencen a trabajar ya, para los próximos encuentros. En segundo lugar, y habiendo constituido una grata sorpresa para las Instituciones que organizan este Foro y para el moderador que os habla, quiero dar las gracias a todos los jueces y magistrados que han asistido, y han participado en los debates en mayor número que en encuentros anteriores, lo que demuestra el interés que estos Encuentros han despertado. En tercer lugar, cómo no, y de una forma especial y personal, quiero dar las gracias al Justicia de Aragón, que es el que, juntamente con las Instituciones organizadoras de estos Encuentros, patrocina y es el «alma mater» de los mismos.

En nombre de todos ellos, doy por clausurados estos VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, y os emplazo para el próximo encuentro que tendrá lugar en unas fechas similares a éstas el año que viene, por lo que os podéis ir preparando y estudiando los temas que brillantemente expondrán otros juristas de reconocido prestigio.

Muchas gracias.