

EL DERECHO DE ABOLORIO: UNA INSTITUCIÓN ARAGONESA
AL SERVICIO DE LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO
FAMILIAR*

THE RIGHT OF ABOLORIO: AN INSTITUTION ARAGONESE AT
THE SERVICE OF THE FAMILY PROPERTY CONSERVATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4 febrero 2016, pp. 274 - 288.

Fecha entrega: 08/01/2016
Fecha aceptación: 15/01/2016

* Trabajo realizado en el marco del *Grupo de Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés*, financiado por el Gobierno de Aragón, cuyo investigador principal es el Dr. J. DELGADO ECHEVERRÍA.

DRA. AURORA LÓPEZ AZCONA
Acreditada a Titular de Universidad
Prof^a. Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto dar noticia del régimen jurídico y de la práctica jurisprudencial existente en materia de derecho de abolorio, un derecho familiar de adquisición preferente que rige en Derecho aragonés desde sus inicios y que tiene por finalidad evitar la salida de los inmuebles de su familia de origen por enajenación de su titular actual.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil aragonés; patrimonio familiar; derechos familiares de adquisición preferente; tanteo y retracto; derecho de abolorio.

ABSTRACT: The aim of this paper is to give an accurate account about regulation and the court's decisions on the Right of *Abolorio*, a Family Right of Preferential Acquisition prevailing in Aragonese civil law from the origins and is intended to prevent the alienation of properties in favour of individuals who are not members of the family origin.

KEY WORDS: Aragonese civil law; family property; family rights of preferential acquisition; pre-emption rights; right of *Abolorio*.

SUMARIO: 1. Planteamiento.- 2. Concepto legal y naturaleza jurídica.- 3. Titulares del derecho. Concurrencia.- 4. Legitimados pasivos.- 5. Bienes de abolorio. Cuota indivisa. Pluralidad de bienes.- 6. Enajenaciones originadoras.- 7. Requisitos formales.- 8. Efectos.- 9. Renuncia.- 10. Colisión con otros derechos de adquisición preferente.

1. El derecho de abolorio es uno de los derechos familiares de adquisición preferente que rigen en la actualidad en algunos Ordenamientos territoriales españoles. Ello contrasta con la situación normativa del Derecho civil estatal donde no es posible encontrar manifestaciones legales similares, ya que el retracto gentilicio castellano fue excluido del Código civil. En los Derechos civiles forales o especiales donde se regula esta institución se utilizan diferentes denominaciones para su identificación: derecho de abolorio en Aragón (arts. 588 a 598 Código del Derecho Foral de Aragón, en adelante CDFA), retracto gentilicio en Navarra (leyes 452 a 459 Fuero Nuevo de Navarra), saca foral en Vizcaya (arts. 72 a 87 Ley de Derecho Civil Vasco) y derecho de tornería en el Valle de Arán (arts. 568-21 a 568-26 Código Civil de Cataluña). Obviamente, existen importantes diferencias de regulación entre estos derechos, siendo la saca vizcaína la que presenta mayores peculiaridades. En cualquier caso, todos ellos obedecen a la misma finalidad, que radica en evitar la enajenación de determinados bienes a personas extrañas a la familia de donde proceden.

Ciertamente, todos estos derechos han venido sufriendo una serie de críticas por quienes entienden que su reconocimiento atenta contra la facultad de disposición de los bienes y la libertad de tráfico inmobiliario. Tal valoración, sin dejar de ser cierta, no puede compartirse, pues las referidas opiniones se basan en planteamientos del liberalismo posiblemente ya superados. Frente a los juicios negativos expuestos, y por lo que atañe al derecho de abolorio importa notar que siempre se ha caracterizado como una institución protectora del patrimonio familiar (STSJ de Aragón de 10 febrero 2016), respondiendo, en concreto, al principio de troncalidad que rige en el Ordenamiento aragonés, en virtud del cual los bienes deben mantenerse en la línea familiar de donde proceden. Junto a ello, y como justificación adicional, cabe recordar que es la propia CE de 1978 la que impone la tutela de la familia en su art. 39.1, lo que bien puede amparar que la legislación module el derecho de propiedad y sus facultades integrantes sobre la base de intereses familiares.

Por añadidura, importa notar que el derecho de abolorio constituye una

institución estrechamente vinculada a la tradición jurídica aragonesa. Así, su primera regulación se remonta al fuero (extenso) de Jaca de donde pasó a la Compilación de Huesca de 1247 (fueros 4º y 5º *De communi dividundo*). Durante el siglo XIX resiste los embates del liberalismo para ser incluido en todos los Proyectos de Apéndice (Proyectos de 1899, 1904 y 1924), así como en el Apéndice del Derecho Foral de Aragón de 1925. El mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho de abolorio se adopta en la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 (arts. 149 a 152). E igualmente cuando a partir de la CE de 1978 se inicia la reformulación del Derecho civil aragonés, una vez asumida por el art. 35.1 Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982 la competencia no sólo de conservarlo, sino de modificarlo y desarrollarlo. De este modo, la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial le dedica sus arts. 54 a 64, dotándole de una regulación más amplia y detallada que la de la Compilación, presidida por el criterio de mantenerla con sus rasgos esenciales, tal y como fueron fijados por ésta, y aclarar y completar aspectos debatidos en aras de una mayor seguridad jurídica. Estos preceptos serán refundidos posteriormente sin modificaciones en el CDFA (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón), arts. 588 a 598 que constituyen su régimen hoy vigente.

2. Conforme al art. 588 CDFA, el derecho de abolorio puede definirse como un derecho que, bajo determinadas condiciones, concede la ley a ciertos parientes para adquirir preferentemente inmuebles de procedencia familiar cuando su dueño pretenda su enajenación o ya los haya enajenado a extraños o parientes en ulterior grado.

La naturaleza jurídica del derecho de abolorio viene especificada en el mismo precepto, en cuanto que lo incluye en la categoría de los derechos de adquisición preferente y, más concretamente, en la de los de origen legal. A partir de su inclusión en la categoría genérica de los derechos de adquisición preferente, el CDFA lo configura como un derecho con dos posibles fases de ejercicio que, en principio, se articulan de modo subsidiario: el tanteo y el retracto, en función de que la enajenación de los bienes haya sido (o no) efectuada.

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

núm. 1 de Huesca de 28 diciembre 2000).

En cambio, en fase de retracto, el derecho de abolorio requiere una enajenación ya consumada (SJPI núm. 14 de Zaragoza de 8 enero 2008). Es más, como regla, sólo puede ejercitarse de modo subsidiario, esto es, en el caso de haber sido vulnerado en fase de tanteo, lo que sucederá, de acuerdo con el art. 594.4, no sólo en el supuesto de ausencia de notificación de la intención de enajenar, sino también cuando la notificación haya sido incompleta o carezca de *fehaciencia* o cuando la enajenación se haya efectuado en condiciones diferentes a las notificadas. Conforme al art. 594.2, también puede hablarse de vulneración de tanteo cuando, una vez efectuada la notificación previa a los parientes, el dueño proceda a la enajenación de los bienes de abolorio sin que haya transcurrido el plazo del tanteo.

Por contra, si los parientes fueron notificados previamente de la enajenación proyectada y dejaron transcurrir el plazo del tanteo sin ejercitarlo, de efectuarse la enajenación durante el año siguiente a la notificación previa en idénticas condiciones a las notificadas, aquellos no podrán ejercitar el retracto, porque en tal caso no habrá habido vulneración del tanteo, sino de renuncia al mismo y, por ende, al retracto. En cambio, si la enajenación se lleva a cabo transcurrido un año desde la notificación previa, podrá ejercitarse el retracto, aunque propiamente no haya habido vulneración del tanteo, en atención al art. 594.3 que limita la eficacia de la notificación previa al plazo de un año.

3. El CDFA vincula el derecho de abolorio, en atención a su naturaleza eminentemente familiar, a una determinada relación de parentesco entre sus titulares y aquél que pretende enajenar o enajene los bienes de abolorio, como ya apunta el art. 588. Esta previsión genérica se concreta en el art. 590.1 que establece los titulares del derecho de abolorio en términos de mayor amplitud que la regulación anterior, toda vez que atribuye legitimación activa no sólo a los parientes colaterales del enajenante, sino también a los parientes en línea recta.

Por lo que atañe a los parientes colaterales, el art. 590.1 mantiene su legitimación con los mismos condicionantes que contemplaba la Comp. de 1967. Así, de una parte, fija el cuarto grado como límite de parentesco entre aquéllos y el enajenante (sin que sea de aplicación a estos efectos la sustitución legal: STSJ de Aragón de 4 noviembre 1992); y, de otra, exige su pertenencia a la línea familiar de donde proceden los bienes, en aplicación del principio de troncalidad que inspira esta institución, de igual modo que la sucesión legal.

Junto a los parientes referidos el mismo precepto reconoce el derecho de abolorio a los ascendientes del enajenante sin límite de grado, aunque de modo muy restrictivo, toda vez que, por aplicación de la regla del recobro de liberalidades del art. 524 CDFA, únicamente les faculta para ejercitarlo respecto del bien o bienes de abolorio que hayan donado al enajenante, cuando éste pretenda enajenarlos o ya los haya enajenado.

Por su parte, los descendientes -asimismo, sin límite de grado- tienen derecho de abolorio siempre que reúnan dos requisitos adicionales, muy cuestionables desde el punto de vista del principio de igualdad, ya que no afectan a los demás titulares. El primero de ellos tiene que ver con la edad, ya que se exige que sean mayores de catorce años para así ejercitar la preferencia adquisitiva por sí mismos con mera asistencia (art. 23 CDFA) y ya no en su nombre por sus progenitores. Por añadidura, han de ser titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia a la de los bienes enajenados.

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

Por añadidura, a los efectos del derecho de abolorio resulta indiferente la naturaleza matrimonial o no matrimonial (SAP de Huesca de 17 octubre 1996), biológica o adoptiva del parentesco, en atención al principio de igualdad de las filiaciones que rige en el Ordenamiento jurídico español desde la CE de 1978 y que recogió expresamente el Derecho aragonés en virtud del art. 53 Ley 13/2006 del Derecho de la Persona (actual art. 56 CDFA). Asimismo, carece de relevancia la vecindad civil de los parientes legitimados, según prevé expresamente el propio art. 590.2 CDFA.

Las previsiones en materia de legitimación activa se completan con lo dispuesto en el art. 590.2 CDFA, precepto que resuelve la concurrencia de varios parientes en el ejercicio del derecho frente a una misma enajenación, atribuyendo preferencia a los descendientes frente a cualquier otro titular del derecho de abolorio. Planteándose la colisión entre varios descendientes, el Cuerpo legal aragonés acude al criterio de proximidad de parentesco con el enajenante. En defecto de descendientes y únicamente respecto de aquellos bienes de abolorio que hayan sido donados al enajenante por un ascendiente o hermano, será preferido el donante. El tercer lugar en este orden jerárquico corresponde al pariente colateral más próximo del enajenante por la línea de los bienes (STSJ de Aragón de 4 noviembre 1992). Finalmente, en caso de concurrir en el ejercicio del derecho parientes de igual grado, el CDFA da

prioridad al primero en ejercitarlo.

4. El derecho de abolorio, en atención a su eficacia *erga omnes*, ha de actuarse contra el dueño actual de los bienes (STS de 5 julio 1980), siendo decisivo el momento en que se ejercite; esto es, en fase de tanteo su titular debe dirigirse contra el pariente dueño de los bienes cuya enajenación pretende y en fase de retracto, contra el adquirente de los mismos (incluidas las personas jurídicas y, en particular, las sociedades: SAP de Zaragoza de 26 diciembre 2008 y SSAP de Huesca de 26 septiembre 2008 y de 17 julio 2009). Por añadidura, de acuerdo con la jurisprudencia (SAP de Zaragoza de 23 junio 1989 y SAP de Huesca de 7 junio 1993), tras la enajenación no es necesario retraer contra el enajenante.

Si dentro de los plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto se han producido sucesivas transmisiones del inmueble o inmuebles en litigio tras la originadora de aquél, la jurisprudencia exige demandar conjuntamente al primer adquirente y a todos los posteriores, siempre que se tenga conocimiento de su existencia ya sea en el momento de la presentación de la demanda o durante el periodo expositivo del juicio, originándose de este modo una situación de litisconsorcio pasivo necesario (SAT de Zaragoza de 28 abril 1970 y SAP de Huesca de 4 abril 1992). Por lo demás, interesa notar que, a efectos de la operatividad del derecho de abolorio, resulta indiferente que los subadquirentes tengan la condición de terceros hipotecarios, toda vez que, con arreglo al art. 37.3º Ley Hipotecaria, el retracto legal afecta a los terceros adquirentes, aunque estén protegidos por la fe pública registral que consagra el art. 34 del mismo texto legal.

En cualquier caso, cuando el derecho de abolorio se ejercite en fase de retracto, el art. 588 CDFA supedita su viabilidad a que la enajenación se verifique a favor de “quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes”. Esta fórmula legal entiendo que debe interpretarse en el sentido de que el derecho de abolorio podrá prosperar cuando el adquirente sea una persona ajena a la familia de donde provienen los bienes (incluidos los parientes afines: SAP de Huesca de 14 enero 1991 y SJPI núm. 2 de Teruel de 18 mayo 1991), un pariente consanguíneo de distinta línea a la de los bienes o un pariente consanguíneo de la misma línea en quinto o ulterior grado. Por el contrario, no será factible frente al adquirente que sea pariente en línea recta o colateral del enajenante dentro del cuarto grado por la línea de los bienes, y ello aunque el retrayente sea pariente del enajenante en grado más próximo.

5. En atención a lo dispuesto en el art. 589 CDFR, tres son los elementos que delimitan la condición de los bienes de abolorio: su naturaleza inmobiliaria, la procedencia familiar y permanencia en la familia; y la necesaria ubicación en Aragón.

La restricción a *los inmuebles*, procedente del Derecho histórico, se encuentra plenamente justificada, ya que tales bienes continúan poseyendo en la actualidad las notas de afección e identificabilidad familiar que requiere el objeto de la institución. Los bienes muebles quedan, por consiguiente, excluidos del derecho de abolorio. No obstante, no todos los bienes inmuebles están sujetos al derecho de abolorio, toda vez que el art. 589.1, con ánimo de evitar el uso especulativo del derecho, circunscribe su objeto a los inmuebles de naturaleza rústica y a los edificios o parte de ellos. Obviamente, al margen del indudable acierto de esta restricción, la fórmula legal adoptada no deja de plantear importantes interpretativos; piénsese, en concreto, en las dificultades que plantea la propia definición de “inmueble rústico”, dada la inexistencia en la legislación de un criterio legislativo claro al respecto (MAZANA PUYOL, J.: “El derecho de abolorio en la Ley de Derecho Civil Patrimonial”, en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, p. 125) o en el significado a atribuir a la expresión “edificios o parte de ellos”, habida cuenta de su indudable amplitud y, por ende, indefinición. De hecho, en fechas recientes la STSJ de Aragón de 10 febrero 2016 ha debido pronunciarse sobre el particular, considerando muy razonablemente parte de una casa familiar y, por tanto, retraíble como elemento inseparable de la misma un jardín con piscina, pese a estar ubicado en suelo urbano.

El segundo requisito a cumplir por los bienes es el relativo a su *procedencia familiar*, requisito también presente a lo largo de toda la historia de la institución. En concreto, el art. 589.1 exige para poder calificar los inmuebles de abolorio su permanencia en la familia “como tales” durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del enajenante. Acto seguido, el mismo precepto en su aptdo. 2º clarifica el significado que debe darse a esta expresión legal: “se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias”. Del precepto transcrito resulta, por consiguiente, que la condición de abolorio se predica de los inmuebles que hayan sido incorporados a la familia, al menos, por el abuelo del enajenante o por un pariente de la generación del mismo - esto es, un tío abuelo- (SJPI núm. 2 de Zaragoza de 8 febrero 2005) y ulteriormente no hayan salido de la familia hasta la enajenación originadora del derecho de abolorio (STSJ de Aragón de 5 octubre 2012). En cuanto al tiempo de permanencia de los bienes en la familia, se exige un periodo de dos

generaciones, en concreto, las dos inmediatamente anteriores a la del enajenante. Este requisito se cumple, sin duda, cuando los bienes, antes de pasar a poder del enajenante, han pertenecido a un pariente de la generación de los abuelos y luego a un pariente de la generación de los padres; pero también, dado el tenor del art. 589.2 (“cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias”), en el caso de bienes transmitidos directamente al enajenante por su abuelo o un pariente de la generación de éste. Por el contrario, no cumplen el requisito de la permanencia familiar los inmuebles recibidos por el enajenante de algún pariente de su misma generación -p.e. de un hermano- o de la generación posterior -p.e. de un hijo o de un sobrino-, si no proceden de un pariente de la generación de los abuelos, y ello con independencia del número de transmisiones de que hayan sido objeto dentro de la familia (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 159-160). En cualquier caso, en atención a los términos en que se expresa el art. 589.1, resulta indiferente el título en virtud del cual haya recibido los bienes el enajenante (“cualquiera que sea el título de adquisición inmediato”: STSJA de Aragón de 26 abril 2001 y SAP de Zaragoza de 16 noviembre 2001), así como el pariente que se los haya transmitido, siempre que pertenezca a la línea de los bienes (“cualquiera que sea su procedencia inmediata”). Hay una cuestión, sin embargo, que no clarifica debidamente el CDFA como es la referente al significado que debe darse a la expresión “como tales” que emplea el art. 589.1. Surge así la cuestión relativa a si los inmuebles perderán la condición de abolorio cuando sean objeto de cualquier transformación física y no me refiero sólo a la construcción de una edificación en suelo familiar -en cuyo caso, la respuesta parece afirmativa-, sino a supuestos más dudosos, como la rehabilitación de edificio con alteración de destino, la sobreedificación o la mera construcción de un mirador en edificio familiar. Si bien la cuestión es muy compleja, personalmente considero que debe superarse una interpretación literal y, por ende, restrictiva de la referida expresión legal que impida cualquier alteración por mínima que sea de los inmuebles para preservar su condición de abolorio (vid. en contra MAZANA PUYOL, J.: “El derecho de abolorio...”, cit., pp. 126-129, y SAP Teruel de 19 de junio de 2012).

Como tercer y último requisito, el art. 589.1 exige explícitamente *la necesaria ubicación de los inmuebles en Aragón*, delimitando así el ámbito de aplicación del derecho de abolorio exclusivamente a través del estatuto territorial, sin que sea relevante a estos efectos la vecindad civil de los sujetos implicados y, en particular, del ejercitante del derecho, en atención a lo dispuesto en el art. 590.1 CDFA.

También en relación a los bienes objeto del derecho, el CDFA ofrece solución legal a dos cuestiones carentes de regulación en la Comp. de 1967 y

que habían planteado no pocos problemas en la práctica (LÓPEZ AZCONA, A.: *El derecho de abolorio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 562-575). La primera de ellas se refiere a la posibilidad de ejercitar el derecho de abolorio sobre cuotas indivisas de bienes de abolorio -ya lo sean en su totalidad o parcialmente-; y la segunda, al ejercicio del derecho en las enajenaciones de pluralidad de inmuebles.

La primera de las cuestiones enunciadas, esto es, la atinente a *la cuota indivisa*, es resuelta por el art. 592 CDFA en sentido favorable al ejercicio del derecho de abolorio, siempre que se enajene, no la totalidad del inmueble, sino una o varias porciones indivisas (de origen familiar: STSJ de Aragón de 5 octubre 2012). Por el contrario, cuando se enajene la totalidad del inmueble, habrá de ejercitarse el derecho sobre todo él. Con esta fórmula se trata de evitar situaciones de comunidad de bienes no existentes de antemano, adoptando así el criterio de la jurisprudencia anterior (STS de 17 febrero 1954, SSAT de Zaragoza de 7 diciembre 1955 y de 11 mayo 1959, y SJPI núm. uno de Calatayud de 14 noviembre 1994). Ahora bien, admitida la posibilidad de ejercitar el derecho sobre cuota indivisa, de concurrir en tal caso el derecho de abolorio con el retracto de comuneros, el art. 598 CDFA otorga prioridad a éste último.

Asimismo, el CDFA fija unas pautas de ejercicio del derecho de abolorio para el supuesto de que se enajene una *pluralidad de bienes*. En concreto, el art. 593 admite el ejercicio del derecho sobre alguno o algunos de los bienes de abolorio enajenados (por tanto, no necesariamente sobre todos los bienes de abolorio objeto de transmisión) y ello aunque la contraprestación sea única.

6. En orden a las enajenaciones que dan lugar al derecho de abolorio, el art. 591 CDFA, ha optado, en línea con sus antecedentes normativos, por una fórmula muy restrictiva, permitiendo únicamente su ejercicio “en toda venta o dación en pago”. De la literalidad del precepto resulta, por consiguiente, la exclusión de cualquier otra enajenación onerosa diferente a las mencionadas legalmente -en particular, de la permuta salvo que encubra una venta-, así como de las transmisiones gratuitas, ya sean *inter vivos* o *mortis causa* (SJPI núm. 2 de Huesca de 20 febrero 1990).

Por añadidura, el art. 591 incorpora una previsión específica en la que, de modo coincidente con la jurisprudencia anterior (STSJ de Aragón de 26 abril 2002 y SSAP de Zaragoza de 19 septiembre 1989 y de 17 marzo 1997), se admite la viabilidad del derecho de abolorio en las enajenaciones forzosas, ya sean verificadas mediante subasta judicial o extrajudicial, o mediante otras formas de realización de bienes en procedimiento de apremio que contempla

el art. 636 Lec. En las expropiaciones forzosas, sin embargo, no resulta factible esta institución, al estar subordinada la enajenación a la correspondiente causa de utilidad pública o interés social, prioritaria en todo caso al interés familiar que subyace en el derecho de abolorio.

7. El ejercicio del derecho de abolorio se encuentra condicionado a los requisitos de índole formal que prescriben los arts. 594 y 595.1 y 2 CDFA, a saber: plazo, y entrega o consignación del precio.

A las dos formalidades precitadas, exigibles tanto judicial como extrajudicialmente, ha de añadirse otra específica que sólo debe observarse cuando se actúe el derecho en vía judicial: la justificación documental del título en que se funde el retracto, así como de la consignación o caución prestada, prevista en el art. 595.3 CDFA.

En lo que atañe a los *plazos de ejercicio*, el art. 594 distingue entre las dos fases del derecho de abolorio, esto es, el tanteo y el retracto.

De acuerdo con el art. 594.1, el plazo de ejercicio del derecho en fase de tanteo es de treinta días, a contar desde la notificación fehaciente de la intención de enajenar, sin que pueda atribuirse este carácter a la notificación verbal o telefónica (SAP de Zaragoza de 23 junio 1989 y SAP de Huesca de 14 enero 1991) ni tampoco a la verificada por carta, salvo que así se admita por el ejercitante del derecho de abolorio (SAT de Zaragoza de 16 abril 1970). Asimismo, dicha notificación ha de ser completa, en el sentido de que debe expresar “el precio y las demás condiciones esenciales del contrato”, por lo que no puede aceptarse la manifestación, aún pública, de la intención futura de enajenar sin precisar precio ni condiciones (SSAP de Huesca de 4 marzo 2005 y de 2 febrero 2006).

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

Con todo, el art. 594.2 prevé que, una vez realizada la notificación previa, el dueño que pretende enajenar quedará obligado frente al pariente o parientes destinatarios de aquélla durante los treinta días que tienen éstos para ejercitar el tanteo, aunque desista de su intención de enajenar. Tal previsión, un tanto confusa, parece que debe ser interpretada en el sentido de que el titular o titulares del derecho que hayan sido notificados de la intención de enajenar

podrán exigir al dueño que efectúe la enajenación a su favor en las condiciones notificadas y ello aunque éste haya desistido de su intención de enajenar. No parece, sin embargo, que el hecho de realizar la notificación previa prive al notificante de la facultad de enajenar a quien quiera y en las condiciones que estime oportuno antes de que transcurra el plazo del tanteo, si bien en este caso el pariente o parientes notificados podrán ejercitar el derecho en fase de retracto, considero que en las condiciones notificadas, aunque la enajenación se haya realizado en condiciones diferentes.

Por añadidura, el CDFA fija un límite temporal a la eficacia de la notificación previa, toda que en su art. 594.3 dispone que los efectos de la misma caducarán si la enajenación proyectada no se realiza en el plazo de un año. De ello resulta que, de efectuarse la enajenación una vez transcurrido este plazo, los parientes previamente notificados podrán ejercitar el retracto.

Por su parte, el art. 594.4 contempla dos plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto, en función de que la enajenación haya sido (o no) notificada fehacientemente a los titulares del derecho.

En concreto, el art. 594.4.a dispone que, cuando se notifique fehacientemente la enajenación (ya sea por el enajenante o el adquirente: SAP de Zaragoza de 14 septiembre 2001), con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, el plazo de ejercicio del retracto será de treinta días. Dos son, por tanto, los requisitos a cumplir por la notificación para que determine el inicio del cómputo de los treinta días: que sea fehaciente y completa; requisitos coincidentes con los exigidos a la notificación previa que determina el ejercicio del tanteo.

En defecto de notificación de la enajenación o si ésta carece de *fehaciencia*, es incompleta (SAP de Huesca de 17 julio 2009) o incorrecta, el art. 594.4.b concede un plazo más amplio de noventa días, a contar desde el conocimiento por parte del retrayente de la enajenación y de sus condiciones esenciales, ya sea por los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción registral de la enajenación, o por cualquier otro medio. Se prescinde así de la inscripción registral que contemplaba el art. 150 Comp. para fijar como único *dies a quo* aquél en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales (STSJ de Aragón de 15 septiembre 2014). Esta opción legislativa, en principio, parece acertada, por cuanto la inscripción registral se trata de una publicidad formal que no garantiza necesariamente el conocimiento de la enajenación por los titulares del derecho de abolorio, pero no por ello puede obviarse la problemática, principalmente de índole probatorio, que genera el criterio del conocimiento.

Los diferentes plazos señalados son de caducidad y naturaleza civil (art. 594.1 y 4).

Junto a los plazos de treinta y noventa días, el art. 594.5 establece, por razones de seguridad jurídica, un plazo máximo de caducidad -e, igualmente, de naturaleza civil- de dos años a contar desde la consumación de la enajenación (SAP de Huesca de 14 enero 1991 y SAP de Teruel de 7 junio 2001). Ello significa que, una vez agotado este límite temporal, el derecho se extingue automáticamente sin distinción de hipótesis; es decir, siendo irrelevante que con posterioridad la enajenación sea notificada fehacientemente al pariente o conocida por aquél e, incluso, aunque ésta haya sido ocultada maliciosamente a los titulares del derecho de abolorio (de lo que personalmente discrepo).

La segunda formalidad esencial para el ejercicio del derecho de abolorio, ya se ejercite en fase de tanteo o retracto, viene constituida, en atención a lo dispuesto en el art. 595. 1 y 2 CDFA por el *pago o consignación del precio*.

El pago o la consignación debe verificarse dentro de los plazos de ejercicio del derecho (art. 595.1) y en favor del actual propietario (STS de 5 julio 1980). La cuantía a entregar es el precio de venta -o el importe de la deuda en la dación en pago-, no el valor real del inmueble vendido (SSAP de Huesca de 17 octubre 1996 y de 3 junio 1994). La consignación podrá realizarse no sólo en metálico, sino también a través de un medio de garantía como es el aval cambiario o el cheque conformado (art. 595.1, en línea con la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo: SSTC 145/1998, de 30 junio y 189/2000, de 10 julio, y SSTS de 15 abril 1998, de 3 abril 2001, de 17 mayo 2002 y de 14 mayo 2004).

El cumplimiento de este requisito se supedita al conocimiento por parte del ejercitante del derecho de abolorio del precio de venta o, en general, de la contraprestación pactada. En cambio, si lo desconoce, cumple, a efectos del ejercicio del derecho, con consignar o garantizar el precio en que estime que se ha verificado la enajenación, aunque el Juez podrá ordenarle que complete la cantidad consignada o garantizada si la considera insuficiente (art. 595.2).

En cualquier caso, quedan excluidos de la consignación los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa vendida y los gastos del contrato que prevé el art. 596.2 CDFA. En efecto, aunque dichos gastos deban reembolsarse al adquirente en caso de ejercitarse con éxito el derecho de abolorio, no constituyen objeto de la consignación (STSJ de Aragón de 22 enero 1990 y SAP de Huesca de 17 octubre 1996).

Junto a los requisitos indicados de plazo y pago o consignación, en caso de ejercitarse judicialmente el derecho de abolorio, el art. 595.3 exige acompañar a la demanda de un “principio de prueba documental que acredite la condición de pariente del actor y el origen familiar de los inmuebles retraídos, así como del documento justificativo de la consignación del precio o prestación de la garantía” (SAP de Huesca de 26 de septiembre de 2008). La aportación de los documentos indicados constituye un requisito de admisibilidad de la demanda, de tal modo que, por aplicación de los arts. 269.2 y 403.3 LEC, su falta de presentación conlleva la inadmisión a trámite de la demanda de derecho de abolorio.

8. Válidamente ejercitado el derecho de abolorio en tiempo y forma se derivan los efectos propios de los derechos de adquisición preferente, concretamente en sus modalidades de tanteo y retracto. Tales efectos se encuentran regulados en el art. 596.1 y 2 CDFA.

En su condición de derecho de adquisición preferente, el *principal efecto que genera el derecho de abolorio es de carácter adquisitivo*, produciéndose la adquisición de la propiedad del inmueble o inmuebles familiares por parte del ejercitante en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado; efecto al que se refiere el art. 596.1. De ello resulta que el retrayente sólo estará obligado a soportar las cargas y gravámenes constituidos sobre el bien o bienes de abolorio antes de consumarse la enajenación, pero no los que imponga posteriormente el adquirente.

Adicionalmente, el ejercitante del derecho de abolorio “debe satisfacer al adquirente los gastos ocasionados por el contrato transmisivo”, siempre que se haya hecho cargo de los mismos y, junto a éstos, “los gastos necesarios y útiles que el adquirente haya efectuado en el bien o bienes adquiridos” (art. 596.2). En concreto, de acuerdo con la jurisprudencia, son gastos del contrato y, por ende, reembolsables el impuesto de transmisiones patrimoniales, los honorarios notariales y los derivados de la inscripción registral (SJPI núm. 1 de Huesca de 26 octubre 1991) e, incluso, los honorarios del agente de la propiedad inmobiliaria (SAP de Huesca de 5 octubre 1998); no así los gastos de constitución de préstamo hipotecario ni sus intereses (STSJ de Aragón de 15 septiembre 2014). No son gastos necesarios ni útiles y, por ende, no son susceptibles de reembolso la construcción de un paso sobre acequia para la comunidad de la finca adquirida con la colindante (SJPI núm. 1 de Huesca de 26 octubre 1991, muy cuestionable) ni la suma entrega por el comprador a cuenta de un presupuesto de obras no ejecutado (SJPI núm. 2 de Zaragoza de 26 enero 1999)

Como efecto singular del derecho de abolorio, el art. 596.3 establece una *prohibición legal de enajenar por acto voluntario inter vivos*, ya sea a título oneroso o gratuito, el inmueble adquirido por derecho de abolorio durante un plazo de cinco años, incluso a parientes, y salvo que se llegue a una situación de “peor fortuna” (expresión, a mi juicio, muy desafortunada por su evidente falta de concreción). La naturaleza imperativa de la norma la convierte en indisponible y conlleva como sanción a su cumplimiento la nulidad de la enajenación, salvo que se trate de una enajenación forzosa o *mortis causa*.

9. El art. 597 CDFA reconoce la validez de la renuncia previa y genérica del derecho de abolorio, esto es, sin contemplación a una determinada enajenación, aunque debe estar referida necesariamente a bienes de abolorio concretos. Dicho precepto no arbitra, sin embargo, un mecanismo de notificación o publicidad de la renuncia, lo que quizá hubiese sido aconsejable por razones de seguridad jurídica, para evitar así que la renuncia quede al arbitrio del renunciante.

10. El derecho de abolorio puede concurrir con otros derechos de adquisición preferente en su ejercicio sobre un mismo bien o bienes, originándose una colisión de titularidades que soluciona el art. 598 CDFA, atribuyéndole preferencia sobre cualesquiera otros de origen legal -o convencional-, excepción hecha de los reconocidos a los entes públicos, así como del retracto de comuneros. Sin duda, este orden de prelación resulta plenamente fundado. Así, la prioridad de los derechos de adquisición correspondientes a los entes públicos es incuestionable, habida cuenta de la preeminencia que ha de darse, en todo caso, al interés público que subyace en el reconocimiento de tales preferencias adquisitivas. Por su parte, la prevalencia otorgada al retracto de comuneros sobre el derecho de abolorio también se encuentra justificada, dada la finalidad que inspira esta modalidad de retracto. Y es que de concurrir un pariente y un comunero en la venta de cuota o cuotas indivisas de bienes de abolorio, parece razonable dar preferencia al comunero al objeto de favorecer la salida de la indivisión.