

I. JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Por GABRIEL GARCIA CANTERO

SENTENCIA DE 5 JULIO 1980

Acceso a la propiedad del arrendatario rústico especialmente protegido.—Derecho de abolorio o de la saca en Aragón.—Adquisición de la propiedad en virtud del derecho de acceso: título y modo: «Traditio ficta»: interversión posesoria.—Ejercicio del derecho de abolorio: requisitos: falta de ejercicio en tiempo y forma.

SUMARIO: I. Hechos. II. La Sentencia del Tribunal Supremo. III. La colisión entre derechos de adquisición preferente. IV. Adquisición de la propiedad de la finca en virtud del ejercicio judicial del derecho de acceso. V. Algunas indicaciones sobre el derecho de abolorio.

I. HECHOS

Se trataba de un arrendamiento rústico especialmente protegido cuyo origen se remonta a 1942, en el que el arrendatario había ejercitado el derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, habiendo declarado el T. S., en S. de 8 octubre 1971, que tal derecho había sido bien ejercitado en tiempo y forma y bien hecha la consignación del precio, por lo que condenaba a los arrendadores a consentirlo y a otorgar la correspondiente escritura. Más de seis meses después de la sentencia los arrendadores ofrecen a un primo carnal la venta de la finca, haciéndole saber su derecho preferente, aceptando el notificado el requerimiento y haciendo el depósito del precio y de la indemnización; el arrendatario, requerido por el Notario, rehúsa hacerse cargo de la suma, por lo que los arrendadores promueven expediente de consignación que se hace contencioso al personarse aquel y oponerse al mismo. En 9 febrero 1973 los arrendadores otorgan escritura de venta al pariente tronquero en la que se manifiesta que ha quedado enervado el derecho de acceso, y se inscribe en el Registro. En abril del mismo año, el arrendatario, que había seguido en posesión de la finca, insta la ejecución de la sentencia firme en su favor dictada por el T. S., en cuyo procedimiento los arrendadores interponen incidente de previo y especial pronunciamiento que resulta desestimado. Por ello, el pariente tronquero ejercita acción declarativa de haberse ejercitado en forma el derecho de abolorio, oponiéndose el arrendatario en el mismo proceso mediante reconvencción y en juicio aparte para que se declare bien ejercitado el derecho de acceso; ambos procesos se acumulan, declarándose por el Juzgado de 1.^a Instancia haber lugar a la acción del pariente tronquero, mientras que en apelación y en casación se dio la razón al arrendatario.

En el primer considerando de la sentencia del T. S. se recogen los siguientes hechos relevantes:

«Son aspectos de hecho reconocidos en la sentencia recurrida, esenciales para la decisión del recurso de que se trata, no desvirtuados por la parte recurrente, los siguientes: A) Que este Tribunal, en S. de 8 octubre 1971, declaró bien ejercitado, en tiempo y forma, por el entonces demandado don Julio E. C., en su cualidad de arrendatario, el derecho al acceso de la propiedad rústica de la finca litigiosa, y bien hecha la consignación del precio realizadas por aquél, por lo que se condenó a los entonces demandados don Joaquín, doña María Presentación, doña Rosa y doña Victoria de V. A., a consentir tal derecho ejercitado y al otorgamiento de la escritura pública de venta; B) Que dichos entonces demandados notificaron, mediante acta notarial de 23 marzo 1972, a don José María S. A., demandante de la litis de que dimana el recurso ahora examinado, la sentencia aludida, al tiempo que le ofrecían la venta de la finca litigiosa, como presunto titular de un derecho de abolorio, por el precio pagado por el referido colono en el pleito en que recayó la mencionada S. de 8 octubre 1971; C) Que el aludido don José María S. A. aceptó aquel ofrecimiento y entregó al Notario autorizante la suma de 91.300 ptas., de cuyo importe 60.866,70 ptas. correspondían al pago del precio y las restantes 33.433,40 ptas. (sic) en concepto de indemnización para el arrendatario, suma que le fue ofrecida a éste mediante acta notarial en la que no se le hizo anuncio de que si no aceptaba la cantidad ofrecida se procedería a su consignación; D) Que el meritado arrendatario no aceptó el ofrecimiento retirando los oferentes de la Notaría la cantidad ofrecida y, sin previo anuncio, procedieron a consignarla en expediente de jurisdicción voluntaria, que fue declarado contencioso por oposición, sin que posteriormente haya recaído resolución judicial alguna declarando bien hecha la consignación; E) Que el 9 febrero 1973 los señores V. A. otorgaron escritura de venta a favor de don José María S. A., en la que se hizo constar que éste ejercitaba un derecho preferente de abolorio y que había quedado enervado el derecho de acceso a la propiedad reconocido por este Tribunal, por el ofrecimiento de la cantidad expresada y subsiguiente consignación en el indicado expediente de jurisdicción voluntaria, y cuya escritura pública de venta fue inscrita registralmente a nombre del actor, y F) Que instado por el precitado arrendatario, don Julio E. C., la ejecución de la tan aludida sentencia del T. S., por la que se reconoció el derecho al acceso de la propiedad, se opusieron a ello los relacionados señores V. A. en base de que el actor había ejercitado su derecho preferente de abolorio y le habían vendido la finca en escritura pública inscrita, dando lugar a incidente en el que recayó la S. de 3 abril 1976, por la que este Tribunal desestimó la pretensión de los oponentes y se mantiene plenamente su resolución de 8 de octubre 1971, sin perjuicio de que quien pudiera tener interés ejercitara las acciones de que se creyera asistido en el proceso adecuado a la naturaleza de las mismas».

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La S. en la que por tercera vez se da la razón al arrendatario, y de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. Don Antonio Fernández Rodríguez, contiene los siguientes Considerandos cuya doctrina es objeto de este comentario:

CDO. 2.º: «Si ciertamente el ordenamiento jurídico español, recogiendo el sentido de la doctrina clásica de la necesidad del título y el modo como elementos que han de concurrir, conjunta o consecutivamente, para la adquisición de los derechos reales, construida por los romanistas sobre la base de los textos del «Corpus Iuris Justiniano», determinantes de que *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferentur* (Código Libro II, Título III, Ley 20) y *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iuxta causa praecesserit proptem quam traditio sequeretur* (Digesto, Libro XLI, Título I, Fragmento 31), y reflejada concretamente en el pár. 1.º del artículo 609 C. c., y párrafo 2.º del artículo 1.095 del mismo Cuerpo Legal), establece la distinción entre el título y el modo, en el sentido de disponer que no se adquiere derecho real sobre la cosa hasta que ésta haya sido entregada al acreedor, al no regir el principio de la tradición *solo consensu*, sin embargo, tal teoría, de una parte, ha de entenderse referida a las adquisiciones por contrato, quedando fuera de su ámbito otros modos de adquirir distintos de la enajenación voluntaria por medio del contrato, pues hay casos como el de la hipoteca, en el que se exige solamente la inscripción (art. 1.875 C. c.), el de las servidumbres negativas (en las que por su propia naturaleza, no cabe acto alguno de transferencia) y el de acceso a la propiedad (que sanciona el artículo 96 R. A. R., aprobado por D. de 29 abril 1959), que quedan fuera del principio general de necesidad de la tradición, pues que ésta se produce automáticamente a causa del derecho constituido, al reflejar una tradición *facta*, generada por el fenómeno jurídico denominado «intervención posesoria», reflejo de transmisión *brevi manu* que confiere al poseedor por un determinado vínculo jurídico—en este caso por el arrendatario—una posterior causa de poseer—en el supuesto actual por titularidad atributiva de dominio por causa de acceso a la propiedad judicialmente reconocida y declarada—, aunque con proyección real y concretamente con relación a terceros, requiera el complemento del otorgamiento de escritura pública; y de otra parte, ésta en cuanto es mera consecuencia de una situación de hecho y jurídica de acceso legal a la propiedad, equiparable en sus consecuencias y efectos a una venta forzosa, aunque se entendiere, como pretende el recurrente, carente de alcance real mientras dicha escritura no se otorgue, en manera alguna puede impedir el efecto estrictamente obligacional que produce dicho derecho de acceso a la propiedad reconocido por sentencia firme en favor del arrendatario don Julio E. C., y ahora recurrido, en la indicada naturaleza que tiene equiparable a forzosa compraventa, porque reconocida la obligación de entrega por el arrendador al arrendatario, en título de transmisión dominical, de la finca afectada por el mencionado reconocido derecho de acceso a la propiedad, con asignación e incluso consignación por el accedente de la correspondiente cantidad a entregar, indudablemente crea un acto obligacional con prevalencia en tal aspecto».

CDO. 3.º: «Que sentado lo anterior conduce a la inconsistencia del primero de los motivos en que se soporta el recurso de que se trata, fundamentado, al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 L. E. C., en pretendida violación, por no aplicación, de los arts. 609 párr. 2.º y 1.095 párr. 2.º C. c., y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan, en relación con los arts. 149.1. y 152 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, y 39 y 40 L. H., tanto porque al evidenciarse tradición, en el indicado carácter ficta, por interversión posesoria, según queda precedentemente expuesto, en favor del recurrido don Julio E. C., sobre la finca en cuestión, por consecuencia del derecho de acceso a la propiedad a él reconocido por sentencia firme, ninguna violación, por inaplicación, ha cometido la Sala sentenciadora de instancia de la normativa sancionada en los indicados artículos 609 párr. 2.º y 1.095 párr. 2.º C. c., y sentencias citadas en su relación, sino, por el contrario, se ha acomodado a ella; cuanto porque producida la expresada tradición, y en su virtud reconocido por el órgano jurisdiccional *a quo* el derecho obligacional de dominio en favor del arrendatario recurrente, tampoco se evidencia violación de los arts. 149.1. y 152 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, y arts. 39 y 40 L. H. en relación con dichos artículos del C. c., puesto que la sentencia recurrida, de una parte, no niega las circunstancias que para el derecho de abolorio establecen dichos preceptos de la expresada Compilación, sino el no haber cumplido el recurrente en forma las condiciones exigidas para su ejercicio, y, de otra parte, la aplicación por dicha resolución impugnada de lo regulado en los meritados preceptos hipotecarios tiene causa en la inviabilidad reconocida también en ella de la transmisión efectuada en favor de dicho recurrente y que motivó el acceso a su nombre de la finca en cuestión en el Registro de la Propiedad, lo que es de mantener en tanto no se desvirtúe eficazmente tal inviabilidad.»

CDO. 4.º: «Que tampoco es de acoger el motivo segundo, que, con amparo también en el número 1.º del art. 1.692 de la L. E. C., fundamenta el recurrente en interpretación errónea del art. 150.1. de la Compilación de Derecho civil de Aragón y del art. 96.8. del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 abril 1959, porque al reconocerse en la tan mencionada sentencia recurrida, sin desvirtuación por el cauce adecuado, que el ejercitante del derecho de abolorio don José M.ª, S. A., ahora recurrente, no entregó directamente al arrendatario que accedió a la propiedad de la finca cuestionada las 60.666,70 pesetas, más las 30.433,40 pesetas (*sic*) de la indemnización dentro del término de los treinta días siguientes a contar de la notificación, determina que la Sala sentenciadora de instancia, estableciendo ese aspecto fáctico no desvirtuado, sino incluso por el recurrente como base de su argumentación, al rechazar el derecho de abolorio planteado por el precitado recurrente no interpretó erróneamente tales preceptos de la Compilación aludida y del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, sino que los aplicó correctamente, si se tiene en cuenta que al prevenir el art. 150.1. de la expresada Compilación de Derecho civil de Aragón, que el ejercicio del derecho de abolorio se efectuará «entregando o consignando el precio en el término de treinta días a contar de la notificación fehaciente, bien del propósito de enajenar y ofrecimiento de venta, con expresión,

en todo caso, del precio y demás condiciones esenciales del contrato» y establecer el art. 96.8. del referido Reglamento regulador de la materia de arrendamientos rústicos, que el pariente que ejercite el retracto gentilicio —en este caso en su especialidad de abolorio— «deberá abonar al arrendatario, además de las cantidades que señala el art. 1.518 del C. c. el importe de la indemnización que el arrendador hubiere tenido que abonar al colono por haber enervado el derecho de acceso a la propiedad», es claramente significativo que tal exigencia de entrega o consignación de precio y demás conceptos a que dichos preceptos legales aluden hay que entenderlo referido con relación al arrendatario, y no con el arrendador, tanto porque éste, al producirse el reconocimiento judicial firme del derecho del primero al acceso de la propiedad de la finca afectada, y haberse consignado la cantidad correspondiente al respecto por el accedente —como en este caso ha ocurrido—, ya quedó legalmente desvinculado de la titularidad dominical en la que no tiene más intervención que la de formalizar la escritura de transmisión que aquel derecho de acceso implica, cuanto porque, a todo evento, el derecho de abolorio al ser en realidad y, en definitiva, una modalidad de retracto, en especialidad foral, produce estrictamente entre el retrayente —el titular del citado derecho de abolorio don José M.^a, S. A.— y el retraído —el titular del derecho al acceso de la propiedad reconocido por sentencia firme don Julio E. C.— las relaciones económicas derivadas del ejercicio del correspondiente derecho de recobro inherente a tan singular derecho de retracto legal de abolorio, dado que así lo pone específicamente de manifiesto el precitado art. 96.8 del meritado Reglamento de Arrendamiento Rústicos, en concordancia con el art. 150.1. de la repetida Compilación Aragonesa, como genéricamente los arts. 1.521 y 1.525, éste en conexión con los 1.511 y 1.518 del C. c., en lo aplicable al caso, al sancionar que «el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago», de tal modo que «en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518», previsores, respectivamente, de que «el comprador substituye al vendedor en todos sus derechos y acciones y de que «el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además: 1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida», consecuencia lógica de los principios de equivalencia y contraprestación jurídica, puesto que lo contrario llevaría a la posibilidad de que se privase de un bien al retraído sin poner a su disposición la compensación legal económica correspondiente, y lo que no puede ser suplido con la puesta a disposición de un tercero —en este caso del arrendador que quedó privado del derecho dominical por efectividad del derecho de acceso a la propiedad—, dado que en caso de insolvencia quedaría frustrada la protección económica del retraído.»

CDO. 5.º: «Que, por lo expuesto, es de desestimar el recurso de casación ejercitado por don José M.^a, S. A., con condena a éste de todas las costas y sin pronunciamiento sobre depósito al no haber sido constituido por no ser conformes, de toda conformidad, las sentencias de primera y segunda instancia; todo ello a tenor de lo prevenido en el art. 1.748 de la L. E. C.»

III. LA COLISION ENTRE DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE

El tema de la colisión entre derechos reales de adquisición preferente (1) tiene fama de intrincado, debido a la pluralidad de figuras y diversidad de finalidades que con ellas persigue el legislador, y de mal resuelto legalmente al faltar una norma que contemple *in complexu* la casuística, tanto legal como voluntaria, así de derecho común como foral (2). En el caso decidido por esta sentencia —que ha obligado al arrendatario, finalmente vencedor, a llegar tres veces ante el T. S.— se trataba, por un lado, de un derecho más bien atípico de preferente adquisición —el de acceso a la propiedad de la finca arrendada—, sobre cuya naturaleza dista de haber acuerdo en la doctrina (3), introducido en nuestro ordenamiento por la Ley de 15 julio 1954, cuyos preceptos han sido incorporados a los artículos 96 ss. del R. A. R. de 1959, dotado de indudable matiz social y una finalidad de reforma agraria; por otro, de una institución típicamente aragonesa, remodelada en los arts. 149 ss. de la Compilación de 1967 (4). Y aunque pudiera pensarse, de seguirse determinada dirección doctrinal, que al ser el Derecho Foral un derecho eminentemente agrario, en principio no debiera colisionar fácilmente con otras normas que persiguen idéntica finalidad, en la práctica, sin embargo, ambas figuras de derechos de preferente adquisición resultan difícilmente homologables en su *ratio legis*, estructura y funcionamiento. Por otro lado, este conflicto o colisión de derechos reales limitados cuenta con una regla de solución aparentemente clara en su formulación, contenida en el art. 152 de la Compilación aragonesa, a cuyo tenor «el derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente» (5); regla que también en una inicial exégesis aparece confirmada por el art. 96.8. R. A. R., según el cual «contra el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario no prevalecerá ningún retracto legal o convencional, salvo el gentilicio, en aquellos territorios donde se halle establecido por precepto foral», si bien plantea problemas de calificación a que ulteriormente me referiré.

Con todo, el comentario a esta sentencia no va a incidir en la aludida pro-

(1) Estado actual de la doctrina en GARCÍA CANTERO, *Comentario a los artículos 1.445 a 1.541 del C. c.* (t. XIX de los Comentarios dirigidos por Albaladejo) (Madrid, 1980), págs. 499 y s.

(2) Por CANO, *Colisión entre derechos de adquisición preferente* (Barcelona, 1978), págs. 15 y 167 y ss., se postula como decisiva la aptitud de cada derecho de adquisición preferente en orden al bien común (función social) para determinar su nivel de prelación entre los demás, debiendo, a su juicio, mantenerse un orden único, en cualquier caso, independiente de la norma aplicable, ya que todas ellas conforman un Sistema Jurídico unitario, del cual deben desecharse las incongruencias.

(3) Las diversas opiniones doctrinales se recogen en GARCÍA CANTERO, loc. cit., págs. 489 y s. *et ibi bibliografía*.

(4) Sobre el tema *vide* el penetrante estudio monográfico de MERINO Y HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés* (Zaragoza, 1980).

(5) En el Derecho anterior a la Compilación no existía una norma legal de prelación, lo que originaba grandes disparidades en la doctrina. Sobre las diversas interpretaciones doctrinales y sobre la génesis del precepto, cfr. MERINO Y HERNÁNDEZ, op. cit., págs. 275 y ss.

blemática, dado que en realidad el T. S. viene a resolver que no hay colisión, puesto que uno de los derechos en presencia, el de abolitorio, no ha sido ejercitado en debida forma, sino que voy a detenerme en glosar ciertas afirmaciones de la sentencia que afectan a la teoría general de los derechos reales de adquisición preferente y al modo de actuar el mismo derecho de abolitorio.

IV. ADQUISICION DE LA PROPIEDAD DE LA FINCA EN VIRTUD DEL EJERCICIO JUDICIAL DEL DERECHO DE ACCESO

Pienso que la calificación jurídica más adecuada para este derecho, legal por su origen, es de adquisición del tipo opción, con dos alternativas de fijación del precio, a saber, la capitalización de la renta abonada por el arrendatario (arts. 96 y 97 R. A. R.) y la tasación contradictoria (art. 101 R. A. R.). El derecho de acceso pueda ejercitarse tanto extrajudicialmente (así en el art. 98.1 R. A. R. se contempla el caso de existir acuerdo entre las partes) mediante declaración unilateral de voluntad del arrendatario revestida de los requisitos establecidos en el art. 96.1. y 5, como judicialmente al no existir conformidad, en cuyo caso el colono debe sujetarse a plazos estrictos y al cumplimiento de requisitos del mismo carácter (art. 98.2. R. A. R.). Ahora bien, y en cualquiera de ambas hipótesis, cabe preguntar sobre el momento en que se produce la adquisición de la propiedad por el arrendatario. En mi opinión, pertenece a la esencia de los derechos reales de adquisición preferente el que se produzca el cambio real en virtud del ejercicio por el activamente legitimado de la facultad adquisitiva, ya sea judicial como extrajudicialmente; en el primer caso, la sentencia será declarativa de que en un momento anterior se produjo en tiempo y forma el ejercicio por su titular de la facultad adquisitiva.

Se trata de un caso de adquisición *ex lege* de la titularidad dominical, excluido de la exigencia de modo del art. 609 (6). En tal sentido el segundo considerando de la sentencia resulta un tanto vacilante en su argumentación, pues, de una parte, declara exceptuada de tradición la adquisición realizada en virtud del derecho de acceso, y, de otra, introduce una distinción, a todas luces innecesaria, entre los efectos obligacionales y la proyección real con relación a terceros de la propiedad adquirida. Me parece que debe huirse de toda ambigüedad y declarar que la adquisición del dominio por el arrendatario, sin necesidad de tradición, es plena y perfecta, tanto en sus efectos *inter partes* como *erga omnes*, sin que el otorgamiento de escritura pública sea un requisito complementario del *iter* adquisitivo al que pueda darse valor constitutivo.

Problema distinto será el del momento en que el accedente a la propiedad se considere haber tomado posesión de la finca, para lo cual resulta razonable la explicación de la sentencia comentada al aludir a un fenómeno de interversión posesoria, dado que inicialmente poseía como arrendatario

(6) Así, por todos, ALBALADEJO, *Derecho civil*, III-1.º (Barcelona, 1974), página 116.

y después de ejercitar la facultad adquisitiva —y, con mayor razón, después de que una sentencia firme declara con valor de cosa juzgada que aquélla ha sido bien ejercitada— lo hace como propietario. Pero obsérvese que esta forma de *traditio ficta* no afecta para nada a la teoría del título y del modo, por la elemental razón de que ésta resulta inaplicable en el caso concreto.

En pura teoría no sería siquiera necesario que el arrendador otorgase escritura de venta en favor del arrendatario accedente. Así se hace en nuestra praxis judicial quizá por la falta de desarrollo de las adquisiciones *ex lege*, dándose origen a que el acto se equipare a una compraventa forzosa, y ello dé pie a la apuntada confusión de que el otorgamiento de escritura pública sea necesario para adquirir la propiedad. Si no se cuida su redacción, la aludida escritura pública puede tergiversar o, al menos, enmascarar la realidad jurídica. En el derecho de acceso el arrendatario provoca por su unilateral declaración de voluntad, adornada de los requisitos y presupuestos estrictamente exigidos por la ley, el cambio real, sin que el arrendador pueda influir con su voluntad en el fenómeno transmissivo, ni consintiéndolo de modo que el acto tenga la apariencia de contrato, ni menos oponiéndose cuando se dan los requisitos legales. Si a la forma de adquisición *ex lege* se atribuyera toda su virtualidad, bastaría con que el arrendador compareciera y declarara que la facultad adquisitiva está ejercitada en tiempo y forma y que nada tiene que oponer a ella.

V. ALGUNAS INDICACIONES SOBRE EL DERECHO DE ABOLORIO

Antes aludí a los problemas de calificación que plantea el art. 86.8. R. A. R. al anteponer exclusivamente al derecho de acceso a la propiedad el retracto gentilicio en aquellos territorios donde se halle establecido por precepto foral. En el 4.º Considerando de la sentencia comentada se declara expresamente que el derecho de abolorio es una especialidad del retracto gentilicio. Ocurre, sin embargo, con esta figura algo realmente singular, pues habiendo existido en el Derecho histórico castellano (7), no fue recogida en el Código civil, mientras que en los distintos Derecho forales se contienen manifestaciones diversas que, con mayor o menor exactitud, se califican de formas de retracto gentilicio (8), las cuales, al no existir ya un tronco o modelo común, corren grave riesgo de diferenciarse progresivamente hasta perder su propia identidad; nada extraña que por algún autor se haya propugnado últimamente «la supresión del vetusto retracto gentilicio en aras del interés colectivo» (9). Respecto al derecho aragonés de abolorio, saliendo al paso de una terminología bastante extendida, se ha puesto en duda la exactitud de calificarlo como retracto gentilicio (10), aunque el vocablo pueda tener

(7) Una exposición de la *communis opinio* antes de la vigencia del C. c. puede verse en GARCÍA CANTERO, op. cit., págs. 471 y s.

(8) Vide últimamente la enumeración que hace CANO, op. cit., págs. 102 y siguientes.

(9) Así, CANO, op. cit., págs. 136 y s., aunque sólo como argumento *de lege ferenda*.

(10) Vide MERINO Y HERNÁNDEZ, op. cit., págs. 15 y s.

una aplicación literal (pues el Diccionario de la Lengua define lo gentilicio como «perteneciente al linaje o familia»); sin embargo, ni en los antiguos Fueros y Observancias aragonesas, ni en la vigente Compilación se emplea por el legislador dicho término, que corresponde propiamente a cierto retracto legal familiar gestado y desarrollado en el ámbito del Derecho castellano, el cual, aunque configurado con cierta semejanza con el Derecho aragonés, ha mantenido con él notables diferencias. Por mi parte me parece razonable concluir que el derecho de abolorio es un derecho real de adquisición preferente regulado por el Derecho civil especial de Aragón, típico del mismo y que, pese a su parentesco con el retracto gentilicio castellano, ha de considerarse institución autónoma, precisamente en atención a su causa (11). En tal sentido me parece correcta la redacción del artículo 152 de la Compilación aragonesa, según el cual «el derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente», mientras que el art. 96.8. R. A. R. exige una interpretación correctora.

Otra observación en relación con las fases de ejercicio del derecho de abolorio. Si decimos, sin más aclaraciones, como hace el 4.º Considerando de la sentencia comentada, que el derecho de abolorio es «en realidad, y en definitiva, una modalidad de retracto, en especialidad foral», tendríamos que concluir que sólo podrá ejercitarse una vez consumada la venta en favor del pasivamente legitimado. No es ésta, sin embargo, la concepción que inspira el art. 149.1. de la Compilación de Aragón, del que resulta la posibilidad de ejercicio en dos fases, una a partir del ofrecimiento en venta (también reglamentado en el art. 150.1) y otra a partir de la enajenación realizada sin previo ofrecimiento. No habría inconveniente en denominar fase de tanteo a la primera, y de retracto (como hace el propio artículo 149.1) a la segunda, aunque hay algún autor que por rigor terminológico prefiera prescindir de tales denominaciones (12). Ahora bien, en el supuesto de hecho aquí contemplado resulta que por error inicial de planteamiento de la litis, los arrendadores van a pretender que el derecho de abolorio se encuentra en su primera fase y, en consecuencia, que los arrendadores siguen siendo dueños de la finca arrendada, con plena legitimación para intervenir en la fase de ejercicio de la preferencia adquisitiva, mientras que, en realidad, como acertadamente dice la sentencia comentada, quedaron desvinculados de la titularidad dominical por haber ejercitado judicialmente el arrendatario su derecho de acceso. Consumada la adquisición por éste, quedaba únicamente abierta la vía del retracto o la segunda fase del derecho de abolorio. Esta última circunstancia nos pone en la pista de una nueva singularidad que el caso ofrece.

El nacimiento del derecho de abolorio o, para ser más exacto, su puesta en marcha viene determinado por una adquisición *ex lege* a título oneroso. El caso no acostumbra a tratarlo la doctrina, pero una interpretación fina-

(11) Para Merino y Hernández, el elemento causal viene representado por la finalidad propia del derecho de la saca, debiendo integrarse entre los demás elementos de éste, y aunque la Compilación no lo mencione de manera expresa, de su propio espíritu y contexto se deduce su existencia, como la propia jurisprudencia pone de manifiesto (op. cit., pág. 218).

(12) Así, MERINO Y HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 16.

lista del artículo 149.1. de la Compilación permite entenderlo incluido en su supuesto de hecho, sin necesidad de acudir a la figura analógica de la venta forzosa, como hace la S. comentada. Precisamente la colisión de derechos de adquisición se da aquí porque el activamente legitimado para acceder a la propiedad de la finca arrendada, ejercita su derecho judicialmente, produciendo una transmisión que pone en marcha simultáneamente el mecanismo de actuación del derecho de abolorio. La norma de preferencia del artículo 152 de la Compilación no admite dudas interpretativas, si bien aquí no ha lugar a aplicarla dado que el derecho de abolorio no se ejercita en debida forma.

Como ya se ha indicado, procede aquí el derecho de saca en su segunda fase, dado que la adquisición se consumó en favor del arrendatario. Y en este punto la S. comentada viene a completar el texto del artículo 150.1. de la Compilación, declarando que la exigencia de entrega o consignación de precio hay que entenderla referida en relación al arrendatario, y no con el arrendador, lo que se justifica como «consecuencia lógica de los principios de equivalencia y contraprestación jurídica, puesto que lo contrario llevaría a la posibilidad de que se privase de un bien al retraído sin poner a su disposición la compensación legal económica correspondiente, y lo que no puede ser suplido con la puesta a disposición de un tercero..., dado que en caso de insolvencia quedaría frustrada la protección económica del retraído». Interpretación plenamente de aprobar, ya que, como he escrito en otro lugar (13), todo derecho de adquisición preferente, al ser ejercitado produce en favor de su titular una adquisición onerosa de una cosa, lo que justifica la imposición de rigurosos *onera* sobre el titular de la facultad adquisitiva.

(13) GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 495.