

EL RETRACTO GENTILICIO EN LA CODIFICACION

SUMARIO I NOTAS PRELIMINARES —II PRIMEROS INTENTOS CODIFICADORES
1 *Proyecto de Código civil de 1821* 2 *Proyecto de Código civil de Cambro-
nero (1833)* 3 *Proyecto de Código civil de 1836.* 4 *Proyecto de ley de 1841
sobre derogación del retracto gentilicio* 5 *Proyecto de Código civil de 1851*
6 *Proyecto de Código rural de Danvila (1876).*—III HACIA EL CÓDIGO CIVIL
VIGENTE 1 *El problema foral Las Memorias forales* 1.1 *Memoria de Na-
varra* 1 2 *Proceso de elaboración de la Memoria de Aragón* 1 2 1 El
Congreso de jurisconsultos de Zaragoza. 1 2 2 *Memoria de Aragón* 1 3
Memoria de Vizcaya 1.4 *Memoria de Cataluña* 2 *Proyecto de Ley de Bases
de 22 de octubre de 1881* 3 *Proyecto de ley de Bases de 7 de enero de 1885*
4 *Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888* 5 *Redacción y
debate del libro IV. derogación del retracto gentilicio.*—IV LA CODIFICACIÓN
DE LOS DERECHOS FORALES 1 *El sistema de apéndices* 1 1. *Apéndice del
Derecho foral de Aragón* 1 2. *Proyectos de Apéndice de Vizcaya* 1 3 *Pro-
yectos de Apéndice de Derecho catalán* 1.4. *Proyectos de Apéndice de Dere-
cho navarro* 1.4.1. Proyecto de la Comisión especial y voto particular de
Morales. 1 4.2 Proyecto de Covián Junco. 1 4 3 Proyecto de Aizpún y
Arvizu 1.4 4 Proyecto del Colegio Notarial 1 4.5 Proyectos de la Diputa-
ción Foral. 2. *La etapa compiladora en el Derecho foral navarro* 2 1 *Pro-
yecto de Fuero Recopilado de Navarra* 2.2 *Recopilación privada*

I. NOTAS PRELIMINARES

El objetivo de estas letras es analizar las vicisitudes sufridas por el retracto gentilicio a lo largo de la codificación, puesto que ésta es la responsable de la derogación del mismo y su consiguiente desaparición del ámbito de las instituciones civiles de Derecho

común a que tradicionalmente había pertenecido, quedando en adelante subsistente sólo en algunos de los Derechos forales. En una palabra: la codificación produjo una mutación en la naturaleza misma del retracto familiar, que de institución compartida por el Derecho común y el foral se convierte en una figura *exclusiva* y *típicamente foral*.

Antes de iniciar la lectura de este trabajo es necesario definir o determinar con claridad el sentido en que vamos a utilizar el término *codificación*, porque le otorgamos en este trabajo un significado más amplio y complejo que el que habitualmente recibe.

Efectivamente, con el término *codificación*, además del sentido usual del concepto, referido a una determinada *técnica legislativa*, englobamos un *proceso histórico* desarrollado, prácticamente, a lo largo de todo el siglo XIX, y una *ideología* claramente definida, la liberal. Así, pues, el concepto *codificación* lo contemplamos como una entidad compleja que muestra tres facetas: la de *técnica legislativa*, la de *proceso histórico* y la de *ideología*.

Puesto que la *codificación* como *técnica legislativa* no precisa explicación alguna, concretamos seguidamente el alcance e implicaciones de las otras dos facetas.

Al contemplar la *codificación* como *proceso histórico*, analizamos en este estudio no sólo los proyectos antecedentes del Código civil actual, sino también otros episodios jurídicos contemporáneos, hijos de la época y su ideología, relacionados con el objeto de este trabajo: así el proyecto abolicionista de 1841 y el Código rural de Danvila, entre otros tratados. Se ha procurado, por otra parte, recorrer el camino hacia el Código civil paso a paso, siguiendo cualquier mención del retracto gentilicio o la ausencia de ella en todos los hitos hasta la definitiva redacción del Código: de ahí la detenida atención a los proyectos de Leyes de Bases.

Una cuestión insoslayable en este análisis es la *proyección* que la *codificación* del Derecho común ejerció sobre los Derechos forales: dejando a un lado el que «la cuestión foral» constituyera uno de los principales obstáculos con que tuvo que enfrentarse aquella, representa un punto esencial en nuestro estudio descubrir la conducta sostenida hacia el retracto gentilicio por los ordena-

mientos forales en que éste existía. Este estudio foral presenta dos momentos clave bien diferenciados: uno anterior a la redacción del Código, materializado en las Memorias forales, y otro posterior y consecuencia de aquél, dividido a su vez en una primera etapa de Apéndices y otra posterior de Compilaciones. Esta última, originada por el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 y originadora de las Compilaciones de Derecho civil foral hoy vigentes, sólo se atiende, en lo que a Navarra respecta, como centro de la investigación, contemplando los antecedentes del Fuero Nuevo en vigor y dejando a un lado la formación de las otras compilaciones por evidentes razones de extensión.

Considerar el aspecto o *faceta ideológica* de la codificación conduce a otra realidad inevitablemente unida a ella: las Constituciones políticas, como manifestaciones del deseo codificador expuesto en ellas en forma de mandato más o menos programático. Con Pérez Serrano hay que acordar que los estímulos del movimiento constitucionalista y del codificador son los mismos: «racionalismo desbordado, ansia de uniformidad, vehemente anhelo de implantar una igualdad jurídica que supere privilegios y arrincone todo régimen de castas dentro del país (...). De ahí que cuando precede el fenómeno constituyente se cuiden los Códigos políticos de anunciar como una garantía más la codificación civil y penal...»¹.

Aunque habitualmente se habla de la codificación como consecuencia de la Constitución de Cádiz, cuyo artículo 258 establece el imperativo de Códigos únicos para toda la Monarquía², ya en el Estatuto de Bayona de 1808 se hallaba presente el planteamiento de la codificación en su artículo 96³. Este Estatuto contiene además una particularidad de especial interés: realiza declaraciones atinentes a la propiedad⁴, tímidos esbozos de la tendencia

¹ Nicolás PÉREZ SERRANO, «Constitucionalismo y codificación», *RGLJ*, t. XXV, 1953, pp. 93 s.

² Art. 258 de la Constitución de 1912: «El Código civil y criminal, y el de comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.»

³ Art. 96 del Estatuto de Bayona. «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales.»

⁴ Los arts. 135-139 del Estatuto establecen disposiciones sobre los fideicom-

desvinculadora del nuevo concepto que está gestándose y que constituirá el eje principal de la codificación, sustentada en el liberalismo individualista. Además del contenido de tales disposiciones, es enormemente significativo que una Constitución con escaso número de artículos (sólo 146) recoja declaraciones relativas a la propiedad.

Tras esta inicial aparición constitucional, la presencia de la codificación es una constante en las Constituciones del siglo XIX, ligada con gran frecuencia a la unidad de fueros. Así, tanto las Constituciones de 1837 y 1845 (art. 4), como la de 1856 (art. 5) recogen el imperativo codificador, en su parte dogmática, en sede de garantías. La de 1869 (art. 91), siguiendo el ejemplo de los textos de 1808 y 1812, retorna el precepto a la parte orgánica, de nuevo en el título dedicado a la organización judicial, pauta que sigue también la de 1876 (art. 75). El proyecto de Constitución federal republicana de 1873 recoge en el título V las «facultades correspondientes a los Poderes Públicos de la Federación», donde bajo el ordinal 15 aparecen los «Códigos generales».

Habiendo analizado ya «el paralelismo que guardan constitucionalismo y codificación, frutos de idénticas preocupaciones y de un mismo ambiente espiritual»⁵, y habiendo advertido que la codificación se recoge con independencia de la orientación política de cada Constitución, no podemos olvidar que la constante ideológica que domina este período es el liberalismo. Y las dos bases de este liberalismo son: el individualismo y un nuevo concepto de propiedad, como derecho absoluto del dueño sobre la cosa. Ambas bases, omnipresentes en la codificación, determinan su trayectoria y significado. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la técnica codificadora responde a una visión económica pragmática y simplificadora, donde el mecanismo prohibición-derogación desempeña un papel importante en la legislación⁶. Así, la prohibición del pacto sucesorio, del testamento mancomunado

sos, mayorazgos y sustituciones, prohibiendo su fundación para el futuro y estableciendo limitaciones a los existentes

⁵ PÉREZ SERRANO, *loc. cit.*, p. 104.

⁶ PÉREZ SERRANO. «En el ambiente de la época representa un positivo progreso dar estructura coherente, con economía interna rígida y severa, al conjunto de instituciones que forman cada rama jurídica», *loc. cit.*, p. 94

y por comisario, de la investigación de la paternidad... En todo este entorno ha de contemplarse la derogación del retracto gentilicio.

Además del retracto gentilicio, he atendido en este análisis a otras cuestiones conexas con él, cuya trayectoria resulta interesante por las declaraciones a ellas atinentes que pueden aplicarse de una forma u otra forma a aquél. Así la troncalidad, por su identidad de objeto con el retracto familiar, y los otros retractos legales, en cuanto género de pertenencia de aquél.

Una última idea quisiera resaltar aquí, aunque se menciona repetidamente a lo largo del trabajo, por su importancia y por constituir el punto de partida para comprender la posición del retracto en la etapa codificadora: en materia de este retracto no existe conflicto entre la idea de unificación que implica el Código y la lucha por la pervivencia de los Derechos forales, puesto que la institución era algo compartido por el Derecho común y foral, si bien con sensibles diferencias. El conflicto se plantea entre la ideología liberal de la codificación, con su consiguiente visión individualista de la propiedad, y la inspiración familiar del retracto gentilicio, totalmente encontrada con tal visión. Por consiguiente, tal inspiración liberalista es la responsable de la supresión del retracto gentilicio en el Derecho común. De manera que la permanencia del mismo en los Derechos forales se explica en razón de los principios que los fundamentan, alejados del liberalismo del Código civil.

II. PRIMEROS INTENTOS CODIFICADORES

1. *Proyecto de Código civil de 1821*

Con respecto al proyecto de Código civil de 1821 es necesario moverse en el campo de las hipótesis, tratando de averiguar la voluntad no manifestada, no formada incluso, del legislador. Porque sólo fueron redactados el título preliminar («De las leyes»), los dos primeros libros de la parte primera («De los derechos y de las obligaciones individuales») y el discurso preliminar, en el que la Comisión exponía sus convicciones sobre el ámbito y

límites del Código civil, así como sus intenciones respecto de lo que habría de ser el texto articulado.

La parte primera, titulada «De los derechos y de las obligaciones individuales», había de comprender tres libros: «De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general», «De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas» y «De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas». Sólo los dos primeros fueron redactados, quedando únicamente del libro III, donde habría de enmarcarse la institución que analizamos, el esquema que presenta el discurso preliminar. Además, tal esquema no puede calificarse de demasiado explícito, ya que se mueve dentro de unas declaraciones genéricas de las que resulta difícil colegir gran cosa. Véanse, al respecto, las palabras de Peset: «El tono general y de principios que preside el discurso general en la parte dedicada a propiedad y demás derechos de carácter patrimonial, hace pensar que no se hallaba redactada, tan sólo se preveían unos títulos, unos contenidos»⁷.

Por tanto, hemos de enfrentarnos a la tarea de suponer, sobre la base de las afirmaciones generales que sí hizo el legislador de 1821, su voluntad aún no expresada acerca del retracto gentilicio. Para ello analizaremos no sólo lo que el discurso dice acerca del título III, sino también lo que puede ser ilustrativo del texto articulado.

El artículo 34, que encabeza el título I, «De la naturaleza de los derechos y de las obligaciones», del libro primero, dice: «la libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles». El artículo 42, que encabeza el capítulo II, «De la propiedad sobre las cosas», del mismo título, enuncia: «Es propiedad (...) 3.º, el derecho de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas muebles e inmuebles que pertenecen a uno o muchos en virtud de título establecido por la ley.»

El proyecto muestra en estas definiciones la ideología liberal que lo inspira: la propiedad es una manifestación o consecuencia

⁷ Mariano PESET REIG, «Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821», *ADC*, t. XXVIII, 1975, p. 97.

de la libertad, ocupando por tanto, a continuación de ésta, los dos primeros lugares en la enunciación de los principales derechos *legítimos* de los españoles. Y una de las facultades de tal propiedad es la de «disponer libremente de las cosas». Tal declaración parece que puede chocar con la conservación del retracto gentilicio, que supone una barrera a la libertad de disposición del propietario.

Reveladoras sobre la trascendencia que se otorga al derecho de propiedad son las palabras pronunciadas por la Comisión en el discurso preliminar, como encabezamiento del libro III:

«La propiedad sobre las cosas que sirven para los usos de la vida es el elemento primero y el mejor fijador de nuestra conservación. Las sociedades deben su origen al instinto y deseo natural de asegurar la propiedad y con ella nuestra existencia y aquella sociedad será más perfecta cuyas leyes dispensen mejor protección a la propiedad en sus dos períodos de *adquisición* y *conservación*, y que hayan combinado más felizmente la pública utilidad con la libertad individual en el *traspaso* de la propiedad. La Ley llena su objeto acerca de la propiedad, ya amparándola como un sagrado (*sic*), ya removiendo obstáculos a su disfrute pacífico, ya fomentando su libre circulación () Son inmensos los detalles que conducen a fines tan plausibles () Al *Código civil* toca dictar las reglas en materia tan importante »⁸

Los cuatro primeros títulos —de los nueve proyectados— tratan de la propiedad: «De las cosas», «De los títulos legales para la adquisición primitiva de la propiedad sobre las cosas», «De la protección de la propiedad» y «De los gravámenes de la propiedad». Compartiendo el punto de vista de Peset, Lasso Gaité afirma: «La exposición que sobre ellos hace el discurso preliminar, desarrollando principios muy generales, confirma que no estaba redactado ni madurado con detalle su contenido»⁹. En el título IV estaba proyectado incluir «las servidumbres públicas o privadas». El título V se titula «Del traspaso en vida de la propiedad total o parcial sobre las cosas, o sea, de los contratos en

⁸ Cfr. Juan FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española 4. Codificación civil*, Madrid, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, 1979, vol II, p. 21

⁹ LASSO GAITE, *Crónica de la codificación*, cit., 1970, vol I, p. 93.

general». Prestemos atención a las siguientes palabras de las que el discurso preliminar le dedica:

«La libertad individual, la de la propiedad y el interés de multiplicar y subdividir la riqueza pública exigen que el legislador prescriba reglas para los trasposos de la propiedad, debiendo servirle de base los siguientes principios proteger una anchurosa libertad, corregir los fraudes, los extravíos y las preocupaciones funestas»¹⁰

Tal declaración puede interpretarse como contraria al retracto gentilicio. Pero chocamos de nuevo con la generalidad con que este proyecto se expresa: ¿por qué no referirla exclusivamente a los mayorazgos, a los que tampoco menciona expresamente en ningún momento?

La Comisión se muestra menos concisa en el discurso preliminar al tratar del título VI, «De los contratos en particular». Declarando que no entrará, en tal discurso, en el examen de cada uno de los contratos, advierte: «hay materias de que tratan nuestros *Códigos antiguos* y no pueden omitirse en el presente, porque versan sobre objetos conocidos y de interés que debe reglar la Ley; pero no tienen un lugar bastante marcado en el plan de un *Código* metódico. La Comisión ha procurado colocarlos de modo menos excéntrico...»¹¹. Quizá sea aventurado afirmar que una de estas materias de difícil encuadre y de imposible omisión sea el retracto gentilicio. Dada la generalidad con que están redactadas las palabras de este discurso preliminar —no podía ser de otra forma, si además de constituir la idea que había de desarrollarse en numerosos artículos, en la parte que examinamos el legislador apenas tenía formado sino un concepto difuso y no expresado—, no es fácil deducir las intenciones del legislador. Lo único que categóricamente se puede afirmar es que no existe una prohibición expresa del retracto gentilicio en el proyecto de 1821.

Peset refiere la frase transcrita a los contratos y no a las materias, como textualmente se dice, considerando que quizá piense el legislador en «censos u otros contratos agrarios»¹².

¹⁰ LASSO GAITE, *ob. cit.*, vol II, p 22.

¹¹ LASSO GAITE, *ob. cit.*, vol II, p 23.

¹² PESET «Esa generalidad se reduce un tanto al tratar de los contratos. Incluso piensan tener en cuenta algunos que trataron nuestros *Códigos antiguos* y no

Ateniéndonos a las expresas palabras del discurso preliminar, creo que no es necesaria otra interpretación que la simple lectura del texto para afirmar que el legislador se refería a «materias» y no a «contratos». Puede aducirse además, para la defensa de esta postura, el hecho de que la Comisión encontrara dificultades para la ubicación sistemática de tales materias en un «Código metódico». Si estaba pensando en contratos, no se ve por qué había de hallar tales dificultades para tratar de ellos en un título específicamente dedicado a «De los contratos en particular».

Considero importante insistir en que la Comisión utiliza la palabra «materias» y no «contratos», porque de esta manera puede entenderse la declaración referida al retracto gentilicio. Creo que encaja en las difusas características que de tales «materias» enuncia la Comisión. Así, pues, si no hallamos en este texto ninguna prohibición expresa de la figura, sí podemos entender que el legislador pensaba mantenerla apoyándonos en alguna de sus declaraciones.

El título VIII del libro III había de tratar «De los títulos legales para el traspaso de la propiedad después de los días del propietario». El discurso preliminar no entra en el tema de si el derecho de troncalidad va a estar presente en el orden de sucesión *mortis causa*. Los términos del discurso son en extremo generales, reduciéndose prácticamente a defender la transmisión de la propiedad tras la muerte y cantar sus excelencias para la felicidad de las naciones. Desciende a algún detalle más significativo cuando, en este mismo título, enuncia «máximas generales acomodadas a todo pueblo que desea de veras su prosperidad, y hacia las cuales debe inclinar el legislador las esperanzas y los deseos presentes de sus súbditos», entre las que recoge la de «impulsar la subdivisión máxima posible de las propiedades, sobre la cual descansa sin violencia la igualdad civil»¹³. La diferencia parece apuntar a la supresión de los mayorazgos. Peset opina que tal subdivisión se trata de un «deseo bueno que recubre también la desamortización»¹⁴.

pueden omitirse en el presente (.) Nada dice, quizá sean censos u otros contratos agrarios», *loc cit.*, p 98.

¹³ LASSO GAITE, *ob cit*, vol II, p 24

¹⁴ PESET, *loc cit*, p 98

Poco más puede interesar del proyecto. Peset califica de «línea esencial» del mismo la de constituir «esfuerzo por mantener la propia mente en una época de afrancesamiento general»¹⁵.

La intención de la Comisión de no romper con las leyes tradicionales españolas, sino partir de ellas y reconocer su valía para adaptarlas a las necesidades del momento, se aprecia en las siguientes palabras del discurso preliminar:

«España no carece ciertamente de Códigos, y si la Comisión tratase de ostentar erudición y una vanidad estéril, podría demostrar aquí que después de la caída del Imperio romano y consiguiente irrupción de los bárbaros, en la edad que se llama *media*, los tuvo muy superiores a los del resto de Europa () Sin duda, se hallan en ellos muchísimas decisiones de justicia y utilidad tan notoria e inalterable, que no podrían ser desatendidos sino por la frivolidad o por el espíritu inquieto de innovarlo todo. La Comisión se honrará prohijándolas, porque “en las cosas que se hacen de nuevo debe ser catado en cierto la pro dellas, ante que se parta de las otras”»¹⁶

Esto hace afirmar a Peset que, a pesar de que las soluciones francesas están presentes en el Código, «el fondo tradicional de nuestro derecho histórico se conserva en buena parte y, quizá en las zonas últimas no redactadas, se hubiera mantenido con mayor intensidad»¹⁷. (Precisamente es en la parte no redactada en donde habría de inscribirse el retracto gentilicio.)

Estas afirmaciones nos permiten observar que no existe en el proyecto un deseo de ruptura total con la legislación histórica española, lo que hubiera hecho más difícil mantener que no estaba en el empeño de la Comisión suprimir el retracto gentilicio.

Lamentando de nuevo la falta de redacción de la parte económica, desde que la que «podíamos haber atendido mejor las ideas e intereses del segundo período liberal acerca de lo que piensa la burguesía que se enfrentaba al absolutismo», Peset señala que «otra gran institución puede entenderse desde este fragmento de la codificación española, la familia en sus relaciones personales». Así, señala «el poder notable del padre», la sumisión de los hijos,

¹⁵ PESET, *loc cit.*, p. 100

¹⁶ LASSO GAITE, *ob cit.*, vol II, pp 12 s

¹⁷ PESET, *loc cit.*, p 36

cuyos bienes «están más sometidos al padre que en la tradición romanista. Por fin, interesa observar que los parientes rodean todavía el círculo familiar estricto y, a falta de padres, dejan notar su influencia»¹⁸. Aunque tales asertos hacen referencia a las relaciones personales en la familia, tal organización tradicional de la misma no contraría, antes bien, favorece, la existencia de una institución como el retracto gentilicio.

En resumen, dada su condición de proyecto inacabado, no podemos sino poner de manifiesto que el de 1821 responde, en su idea de la propiedad, a la ideología liberal que inspiró la codificación. La propiedad como manifestación de la libertad del individuo se erige en valor fundamental, en pilar de toda la ordenación civil. En este contexto puede parecer que el retracto gentilicio está decididamente fuera de lugar, pero el respeto de la Comisión por el Derecho histórico español, su deseo de incorporarlo en lo posible al Código y el hecho de que otros proyectos posteriores, con la misma ideología liberal, lo contemplen, permiten aventurar la posibilidad de su presencia. Lo único que categóricamente puede afirmarse es que el retracto gentilicio no está expresamente prohibido o excluido en los documentos conservados del proyecto de 1821. Nuestro obstáculo, fundamentalmente, reside no sólo en que el libro del proyecto que nos interesa no llegara a redactarse, sino en que la Comisión ni siquiera tenía ideas precisas sobre su contenido.

2. *Proyecto de Código civil de Cambrónero (1833)*

Los trabajos del jurista Cambrónero no nos aportan dato alguno para nuestra investigación. Se conservan, aunque quizá realizara un trabajo más extenso, los títulos IX, X y XI del libro I, que se refiere a la tutela y curatela, ausencia y personas morales, y el índice del libro II¹⁹. Este índice del libro II, «Del derecho de las cosas», está compuesto por treinta y siete títulos, que

¹⁸ PESET, *loc. cit.*, p. 100

¹⁹ LASSO GAITE, *ob. cit.*, vol. I, p. 100

comprenden la definición y división de los bienes, propiedad y modos de adquirirla, obligaciones, contratos y sucesiones ²⁰.

Lo único que puede ser interesante apuntar es el título X del mencionado libro II, «Cuándo el dueño de una cosa no puede enajenarla», y el hecho de que el título XXXI contemple los mayorazgos. Según Lasso Gaité, este último «nos sirve de exponente de la preocupación de Cambronero por nuestro Derecho histórico» ²¹.

Parece lógico suponer que si el autor contaba con el mantenimiento de estos últimos no optara por la supresión del retracto gentilicio, que representa una vinculación de la propiedad mucho menor. Ahora bien: tal retracto no puede entenderse inscrito dentro del título X, cuyo contenido se presenta un tanto enigmático, ya que en otros títulos ya están previstas la prenda e hipoteca. De cualquier manera, el retracto gentilicio no puede considerarse una prohibición de enajenar impuesta al dueño de la cosa.

Simplemente quiero dejar constancia del hecho de que este proyecto prevea la existencia de instituciones que limitan la facultad de disposición del propietario, por lo que parece razonable suponer que no se habría manifestado contrario al retracto gentilicio.

De cualquier manera, hay que tener presente que los trabajos de Cambronero se desarrollaron bajo un Gobierno absolutista.

3. *Proyecto de Código civil de 1836*

Nos hallamos ante el primer proyecto de Código civil completo, totalmente terminado y sistematizado. Aunque lo presentó a las Cortes un Gobierno progresista, se había gestado durante Gobiernos liberales y progresistas y representa un interesante instrumento para nuestro análisis. La Comisión encargada de su redacción, formada por José Ayuso, Eugenio de Tapia y Tomás María Vizmanos, de filiación conservadora, deroga el retracto gentilicio defendiendo su decisión de forma categórica y elocuente en la exposición de motivos.

²⁰ LASSO GAITE, *ob cit*, vol I, pp 105 s.

²¹ LASSO GAITE, *ob cit*, vol I, p 106

Tal exposición, que es extensa, resulta muy ilustrativa para la comprensión del proyecto, porque expresa las ideas y convicciones de la Comisión, lo que la convierte en un auténtico compendio de la ideología liberal. Los componentes de la Comisión razonan detenida y cumplidamente cada decisión tomada en su trabajo codificador, especialmente las que suponen una innovación respecto de la legislación histórica, de manera que se hace innecesaria cualquier conjetura sobre los motivos que les llevaron a legislar en el sentido en que lo hicieron. No existe en el ánimo de la Comisión deseo de innovar el Derecho histórico indiscriminadamente, sino que las modificaciones responden a decisiones maduras con el objetivo de acomodar las instituciones a las condiciones económicas, políticas y sociales de la época ²².

Como fuentes del proyecto, la Comisión tiene en consideración los trabajos del proyecto de 1821 y los de Cambroneró, a pesar de que este último, «como escribía para una nación regida por un Gobierno absoluto, no pudo cimentar su proyecto de Código sobre buenas bases». Con estas palabras ya muestra su separación de él, debida a cuestiones ideológicas. La Comisión toma en cuenta las leyes históricas españolas, tanto los fueros generales como los particulares, y «no se ha separado de éstos ni de aquéllas sino cuando una imperiosa necesidad le ha obligado a rectificarlas o sustituir nuevas disposiciones, ya por falta de otras legales, ya por no poder acomodarse las antiguas a las costumbres actuales ni a los adelantamientos que ha debido la ciencia legal a la economía pública». Es la misma idea consignada *supra*: respeto e inspiración en las leyes tradicionales, pero adaptación de las mismas a las condiciones económicas y sociales de la época. Destá-

²² «La Comisión () se limitará a exponer en general los fundamentos que ha tenido para las alteraciones que ha hecho y novedades que ha introducido en nuestra legislación civil, a fin de ponerla en armonía con las instituciones políticas, con el sistema actual de la administración pública y con los sanos principios de la ciencia económico-política. A cada una de estas innovaciones ha precedido un maduro examen y una detenida discusión (..) Guiada de estos principios se ha limitado a hacer en nuestra legislación aquellas mejoras que reclamaban imperiosamente los progresos de la ilustración, las mudanzas acaecidas en las costumbres y el estado actual de los intereses sociales» Cfr. LASSO GAITE, *ob. cit.*, vol II, pp. 91 s. La última frase es especialmente ilustrativa de las intenciones de la Comisión

case la *reiteración con que se cita a la economía y sus avances* como causa que obliga a modificar o adecuar el Derecho. Volverá a aparecer cuando estudiemos las palabras dedicadas al retracto gentilicio. También manifiesta haber consultado Códigos de otros países, especialmente el francés.

Antes de examinar las palabras que la Comisión dedica expresamente al retracto gentilicio, nos detendremos a analizar el concepto de propiedad presente en el proyecto. En la exposición de motivos se aprecia el deseo de la Comisión de otorgar una protección absoluta y detallada al derecho de propiedad, que es considerado como el derecho más importante a proteger: «El sagrado derecho de propiedad, objeto principal del libro segundo, y el vínculo más firme de la sociedad, no ha merecido hasta ahora en España aquella alta protección que en otras naciones cultas, y sin la cual jamás prosperarán la agricultura y la industria».

El artículo 621, que encabeza el título II, «Del derecho de propiedad y de los modos de adquirirla», define la propiedad como «el derecho que uno tiene en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos. Este derecho se llama también dominio».

Es importante destacar el carácter absoluto del derecho, sólo limitado por las prohibiciones de la Ley. Está directamente inspirado en la definición que de la propiedad da el Código francés. Al respecto véanse las agudas palabras de Lasso Gaité comentando este aspecto del proyecto: «la propiedad constituye la base del sistema codificado que en nuestro Derecho tradicional radicaba en la familia. Se produce un desplazamiento del fundamento de la organización civil»²³. Podríamos formularlo así: lo que la propiedad es para la codificación, la familia lo fue para el Derecho histórico. Y aquí radica la razón básica de por qué el espíritu de la codificación no puede mantener el retracto gentilicio. La propiedad es un derecho individual, absoluto, cuya facultad más característica, la de disponer, no puede verse limitada en aras de un derecho ostentado por los parientes del propietario. La familia ha perdido protagonismo para cedérselo al individuo.

Por otra parte, y como consecuencia de la libertad de dispo-

²³ LASSO GAITE, *ob cit*, vol I, p 127.

sición del propietario, el pensamiento liberal propugna la libre circulación de los bienes: «Para facilitar la libre circulación de la propiedad ha procurado la Comisión remover cuantos obstáculos opuso en otro tiempo con vicioso sistema, ya prohibiendo para lo sucesivo la amortización eclesiástica, ya suprimiendo las hipotecas tácitas y otras perjudiciales trabas que entorpecían la circulación...»²⁴. No es aventurar demasiado suponer que en la mente de la Comisión figuraba al redactar este párrafo el retracto gentilicio.

Pasando ya al objeto de nuestro estudio hemos de considerar, en primer lugar, la ubicación y concepto que de los retractos tiene el proyecto.

«De los retractos» es el epígrafe del capítulo XI, penúltimo del título III, «Compraventa, retracto, y permuta», del libro III, titulado «Obligaciones y contratos y prueba judicial». El capítulo comprende los artículos 1.152 a 1.176, y está dividido en dos secciones: la primera, «De la naturaleza del retracto; de sus diversas especies; de los requisitos necesarios para que tenga lugar este derecho, y del término legal que se concede para usarlo», y la segunda, «De las cosas que pueden ser objeto de los retractos y de los efectos de éstos».

El artículo 1.152 define el concepto de retracto: «Se entiende por retracto o tanteo el *derecho concedido por la Ley* a ciertas personas para redimir o comprar nuevamente la cosa que había sido vendida a otro, pagando el mismo precio en que se vendió al primero» (el subrayado es mío). Llama la atención en seguida el hecho de que el término *retracto* (es también curiosa esa equiparación entre retracto y tanteo, porque toda la doctrina está de acuerdo en que se producen en momentos diferentes) se refiera *exclusivamente* a derechos concedidos por la Ley, esto es, a los retractos legales. La concesión por la Ley no identifica una especie dentro de un género, sino que el género retracto viene determinado por su creación legal.

Lo que hoy denominamos *retracto convencional* se regula en el proyecto en el capítulo VIII de los mismos título y libro, bajo

²⁴ Idea esta de la libre circulación de los bienes que es piedra angular ya del *Informe sobre la Ley Agraria* de JOVELLANOS, escrita un siglo antes, en 1795

la rúbrica «De la retroventa o pacto de rescate de los bienes vendidos». En otras palabras: el convencional no es una especie de retracto, sino un pacto anejo a la compraventa.

Resulta bastante curiosa la rúbrica del título, «Compraventa, retracto y permuta». No podemos deducir de ella la intención de una equiparación, porque la compraventa y la permuta son, claramente, contratos, y el retracto no puede calificarse de ningún modo como tal. Por otra parte, el retracto sólo puede producirse en relación a una venta, ni siquiera respecto de una permuta, tal y como lo define el artículo visto. Por ello hemos de concluir que la rúbrica es desacertada desde un punto de vista metodológico, sistemático y científico, y que hubiera sido más acertado consignar la permuta en un título independiente, de forma que quedara en el título III todo lo relacionado con la venta, comprendiendo en él un capítulo dedicado al retracto. De cualquier forma, el hecho de que el retracto figure en la rúbrica es exponente de la preocupación que por el mismo experimenta la Comisión.

En la exposición de motivos, tras ocuparse de la rescisión por lesión, la Comisión dice: «En el contrato de venta se ofrece otra cuestión de la mayor trascendencia, cual es la de retractos, materia muy ventilada por nuestros jurisconsultos y que ha sido origen de grandes pleitos, particularmente en el retracto gentilicio». La Comisión estima que por sus efectos sobre un contrato «hecho con todas las formalidades legales (...), no debe concederse sino con mucha limitación y a consecuencia de una utilidad pública que en la balanza del legislador haga mayor peso que el perjuicio individual ocasionado por la rescisión». Estas palabras están referidas al retracto en general y no sólo al retracto gentilicio. Tras consignar que en la legislación de los judíos «se daba el derecho de rescatar la heredad vendida a los parientes del vendedor» —nótese cómo no utiliza el término *retracto gentilicio* para esta legislación judía—, considerándolo muy explicable «en una nación dividida en tribus y donde la conservación de cada una de las familias que componían aquéllas se miraba casi como una Ley fundamental», y que los romanos, «que también atendieron mucho a la conservación de sus familias antiguas, establecieron el retracto gentilicio» —aquí sí utiliza específicamente el término—, lo abolieron después «por los perjuicios que causaba», pasa

a realizar un breve recorrido por la legislación histórica española, desde el Fuero Real hasta las Leyes de Toro.

Manifiesta que «antes que en España se conociera el sistema, y aun el nombre de mayorazgos, no es de extrañar que por igual razón se admitiese el retracto gentilicio». En tal recorrido aplaude a las leyes que opusieron cualquier límite al mismo, y señala que «a pesar de dichas limitaciones se suscitaron con motivo de este retracto grandes y continuos pleitos», criticando a la Ley 73 de Toro y a los intérpretes de nuestras leyes antiguas por haberlo ampliado, «como si los perjuicios experimentados en los siglos anteriores fuesen de ningún momento».

Achaca la «fatal propensión a vincularlo todo, a coartar más y más la circulación de la propiedad aun después de la institución de los mayorazgos», el hecho de que se conservase el retracto gentilicio, pero «ya es tiempo de hacer ver los inconvenientes que resultan a la agricultura y al valor de las mismas propiedades de este abuso mantenido en España por espacio de tantos siglos».

Quiero resaltar el que la Comisión no atribuye al retracto gentilicio ningún resultado positivo. Todos sus efectos los considera perjudiciales para la propiedad y para su dueño. Además, el no estimar razonable su subsistencia tras la creación de los mayorazgos, equivale a afirmar que ambas instituciones se dirigen al mismo fin, que la finalidad que persigue el retracto gentilicio ya se ve cumplida con la existencia de los mayorazgos.

La exposición de motivos, al enunciar las razones contrarias al retracto gentilicio, parece presentar una prelación, reflejo de la existente en la mente de la Comisión. Primeramente expone que «se coartan con él el derecho de propiedad y la libre disposición que cada uno debe tener de sus cosas, lo cual pugna con uno de los principios fundamentales del Derecho. El dueño de la finca sujeta al derecho de retracto *no tiene un pleno dominio de ella* por cuanto no puede traspasarla a un tercero libremente» (el subrayado es mío). Continúa alegando que aunque el pariente sea alguien indigno y vicioso que haya perjudicado al vendedor, éste se ve obligado a preferirlo «a un extraño más benemérito».

No podía ser de otra manera: la primera razón que la Comisión argumenta contra el retracto gentilicio es que se opone al derecho absoluto de propiedad, que supone una limitación al derecho del

propietario, quien ya no es libre de disponer de la cosa a su gusto. El primer choque del retracto gentilicio se produce contra el pilar sustentador de la codificación y de la ideología liberal: el derecho absoluto del propietario sobre la cosa. Por otro lado, el hecho de que la Comisión repare en las cualidades del pariente indica que no presta atención al objeto o finalidad última del retracto gentilicio, sino que su punto de mira se dirige a la cosa, a la propiedad, esto es, a la piedra de toque del liberalismo.

Continúa la Comisión alegando: «¿Qué sucederá si una finca recae en un pariente poco industrioso o destituido de medios para adelantar el cultivo de ella? Claro es el resultado: producirá poco», mientras que si la hubiese adquirido un extraño con medios para mejorarla «se haría más productiva y con ello ganaría la causa pública».

La Comisión señala además el menor precio que la finca sujeta al retracto alcanzará en el mercado: «una finca que se pone en venta con esta calidad de retracto no puede tener tanto precio como si se dispusiese de ella libremente», ya que muchos compradores no desearán adquirirla sabiendo que puede quitársela un pariente del vendedor, «y es bien claro que la mayor o menor concurrencia de compradores hace subir o bajar el precio de las cosas».

Como puede apreciarse, estas dos razones son de orden económico. Una hace relación al descenso de la productividad que la tierra puede sufrir en manos de un pariente sin medios y la otra señala el descenso de valor que la tierra o finca ha de soportar por estar sometida al retracto gentilicio. Como vimos, ocupaba un lugar primordial en las intenciones de la Comisión actualizar las instituciones jurídicas a las nuevas ideas y situación económicas. En estas razones contrarias al retracto se aprecia así un deseo de favorecer y apoyar los principios económicos de la ideología liberal: libertad de mercado, ley de la oferta y la demanda, máxima productividad de los bienes. Que el retracto gentilicio no está en armonía con la ideología liberal que inspiró la codificación y su consiguiente idea económica creo que está fuera de toda duda. Pero alguno de los motivos alegados por la Comisión resultan poco convincentes, porque pueden volverse fácilmente en su contra. Así, la productividad no parece amenazada por el deseo de

un pariente de retraer; lógicamente, él también estará interesado en que la finca produzca al máximo de sus posibilidades, de manera que no es posible prejuzgar.

Otra razón que la Comisión aduce se refiere al plazo. Considera que ha de contarse o bien desde el conocimiento de la venta por el retrayente o bien desde la celebración del contrato. En el primer caso, debido a la posibilidad de que el pariente lo ignore durante largo tiempo, el comprador propietario no realizará mejoras por temor a perder la propiedad, «estará en suspenso la propiedad». En el segundo, el retracto devendrá ilusorio, porque podrá otorgarse la venta con sigilo para evitar el conocimiento del pariente antes de que el plazo haya vencido. El argumento me parece inconsistente, porque la dificultad puede obviarse sencillamente con una buena regulación, detallada y completa, del plazo para retraer.

Pues bien: «por las razones expresadas y otras que se omiten, la Comisión ha creído conveniente suprimir este retracto gentilicio. No así los otros retractos que se conservan en el presente proyecto; porque éstos, lejos de ofrecer los inconvenientes indicados, pueden ser favorables a la agricultura y a la mayor conservación de las propiedades». La Comisión, pues, tenía otras razones que no expuso; consideró que eran suficientes las mencionadas para defender su postura contraria al retracto gentilicio. Pero obsérvese bien: con la derogación no se ataca la finalidad última del retracto gentilicio, señalada por la propia Comisión al realizar su breve recensión histórica —la conservación de la familia—, sino que los motivos son económicos, de incompatibilidad o falta de concordancia entre la institución y las ideas económicas de la época.

Los retractos que se mantienen son el de condueños y los derivados de la enfiteusis, observando la Comisión: «aunque de la concesión de estos retractos puede seguirse una utilidad conocida, sin embargo, como bajo cualquier aspecto que se miren son una especie de restricción del derecho de propiedad, la Comisión limita a nueve días el término para hacer uso de él»²⁵.

²⁵ Igualmente en defensa del «sagrado derecho de propiedad» se realiza la regulación sobre arrendamientos rústicos (el término es actual, entonces no se utilizaba éste) e inquilinato de casas. Se establece en ambos la libertad en el contrato, suprimiéndose anteriores «monstruosos privilegios» de los arrendatarios, tales como la tácita reconducción y el tanteo

Así pues, tras establecer el proyecto la regulación de los mencionados retractos en el artículo 1.176, último de la sección dedicada a la materia, dice: «Quedan derogadas todas las demás especies de retractos reconocidos anteriormente por la Ley o por costumbre de que no se hace mención en este Código».

4. *Proyecto de ley de 1841 sobre derogación del derecho de retracto gentilicio*

Gómez Acebo, Sánchez de la Fuente y Díez, diputados por Santander, Salamanca y Burgos, presentan el 11 de mayo de 1841 una proposición de ley al Congreso sobre «derogación de las leyes que autorizan en las ventas los retractos llamados de abolengo y comuneros». En ella se proponía, además de tal derogación, la prohibición de cualquier pacto de tanteo y retroventa en la enajenación de la propiedad. En su exposición de motivos se aduce la conveniencia de emprender las mejoras que han de contribuir «a robustecer el verdadero derecho de propiedad, evitando al mismo tiempo a las familias gastos y hasta enconos lamentables», sin esperar a la elaboración de los Códigos ²⁶.

La Comisión nombrada para informar sobre tal proyecto emite un dictamen desestimatorio del mismo, esto es, contrario a la derogación de los retractos, firmado por la mayoría, y un voto particular favorable al proyecto, aunque limitado al retracto «legítimo, gentilicio o de abolengo», que firma una minoría de dos de los miembros (Gómez Acebo y Ruiz del Arbol). El dictamen de la mayoría, aunque reconoce problemática la utilidad del retracto gentilicio, frente a la clara conveniencia del de comuneros, del pacto de retroventa y del tanteo, considera que el lugar adecuado para una Ley derogatoria del mismo es el Código civil. Al elaborar éste habrá de juzgarse el retracto de abolengo, «que quizá está sujeto a inconvenientes no compensados con las ventajas que puede proporcionar». Aunque reconoce esto, la Comisión no estima prudente derogar leyes aisladas que tienen «íntima conexión y dependencia de las de propiedad, contratos y sucesio-

²⁶ Cfr *DSC*, Congreso, 13 de mayo de 1841, ap 4 al núm 48, p. 897.

nes, especialmente en los pueblos en que rige el fuero de troncalidad», cuyo origen es remoto y que no precisan «un urgente remedio»²⁷.

El voto particular de Gómez Acebo y Ruiz del Arbol, este último diputado por Zamora, propone a la deliberación del Congreso el proyecto de ley, aunque limitado a la derogación del retracto gentilicio, alegando que «si en otro tiempo pudo ofrecer menos inconvenientes, en el día sólo sirve para fomentar pleitos y hasta para promover enconos interminables en las familias». Opinan, además, que la materia no tiene relación con las sucesiones hereditarias²⁸.

En la discusión en el Congreso, Luzuriaga, diputado por Logroño, observa en favor del dictamen de la Comisión que el retracto gentilicio está incorporado en las costumbres del país; que constituye una parte accesoria de los contratos, por lo que no puede suprimirse como si de una institución aislada se tratase, puesto que las leyes forman un sistema; que las familias poseen derechos adquiridos sobre este retracto por costumbres antiquísimas, de forma que su supresión implicaría una expropiación sin utilidad pública; que no hay motivo para que produzca enemistades en las familias, y que el que una Ley dé lugar a pleitos no es razón suficiente para su derogación. Cuestionándose la utilidad de la figura, considera que tal juicio ha de dejarse para la elaboración de los códigos; señala la vertiente política de la institución, puesto que se dirige al fortalecimiento del vínculo de familia y, sobre todo, estima que no hay urgencia, por lo que la cuestión ha de resolverse al elaborar los códigos²⁹.

Ruiz del Arbol, en defensa del voto particular, expresa su respeto por la antigüedad y origen de los retractos de sangre, pero alega que en la actualidad son «privilegios odiosos» con los que «ni las instituciones liberales ni el espíritu del siglo se avienen bien». Considera su abolición reclamada por la justicia, que, hija del derecho natural, requiere la libertad del dueño para vender la cosa a su placer, y por la conveniencia pública, que exige el libre ejercicio del derecho de propiedad. Enumera los distintos proble-

²⁷ DSC, Congreso, 5 de junio de 1841, ap 3 al núm 62, p 1185

²⁸ *Ibidem*, p 1186

²⁹ DSC, Congreso, 7 de junio de 1841, núm 64, p 1219

mas que plantea la figura, tanto por su índole como por la oscuridad de su legislación; defiende la idea de que el retracto de abolengo es una materia aislada y no tiene conexión con ninguna de nuestra legislación; declara que no pueden traerse a colación los fueros, dada la unidad constitucional («yo no comprendo lo que son fueros en una nación constitucional»); que los retractos de sangre son fuente de fraudes ilegítimos, y acerca de la cuestión política señalada por Luzuriaga, contesta que la política cede el puesto a la justicia y a la conveniencia pública, que aconsejan la desaparición de privilegios tales como los retractos ³⁰.

Gómez de la Serna, diputado por Soria, de nuevo en defensa del dictamen de la mayoría, reconoce que al desistir Gómez Acebo de incluir en el proyecto el retracto de comuneros y el pacto de retroventa ha restringido el número de razones que aquélla podía aducir para oponerse al voto particular. Señala que, sin embargo, considerando la Comisión la heterogeneidad de la legislación, no ha querido aumentarla aprobando el proyecto. Además, insiste en que la ocasión de juzgar sobre la utilidad de los retractos vendrá en la elaboración del Código civil; aduce la pervivencia del retracto gentilicio a través de circunstancias adversas y la necesidad de ver, por tanto, todos los cuerpos legales históricos en que se ha incluido; señala que no se trata de un privilegio, sino de un beneficio. Defiende la relación del retracto con sucesiones y contratos: «afecta de tal modo a los contratos, que debe ser considerado como una condición legal que tácitamente se sobrentiende en las ventas de bienes de abolengo (...); y a las sucesiones, no porque sea un derecho hereditario, sino porque reconoce el mismo principio que en muchos fueros municipales introdujo el derecho de troncalidad mirado como un medio de conservación de las familias (...). Prueba de esto podía ser que si observamos los pueblos en que se ha introducido por fueros municipales la troncalidad, en casi todos hallamos establecido el retracto». Por ello no puede suprimirse un efecto, sino todos y la causa, o dejar aplazada la reforma para la redacción del Código civil. Estima que no se destruye el dominio, ya que todos los que poseen bienes de patrimonio o abolorio, poseen con la misma

³⁰ *Ibidem*, pp 1219 s

condición; sin atacar directamente el argumento de que el retracto se opone a la libre extensión de la propiedad señalada por derecho natural, observa que sólo afecta a bienes heredados, cuya adquisición sólo compete en virtud de la Ley civil, que se basa en una ficción, mientras que el derecho natural no admite ficciones, por lo que una institución que las necesite para su existencia no puede ser de derecho natural. Considera que esta Ley puede esperar al Código y no la de vinculaciones, porque éstas afectan a «intereses políticos, morales, importantes y perentorios en la sociedad», mientras que los retractos no son importantes ³¹.

Gómez Acebo, en defensa de su voto, califica al retracto como «traba a la propiedad (...) que impide el libre ejercicio de ella»; no considera de peso la razón de la pervivencia de la institución en costumbres sostenidas a través del tiempo; señala la oportunidad de reformar aisladamente una parte que «no tiene una íntima conexión con la legislación general». Alega que ni las familias «tienen interés en que se conserven esos derechos, porque las personas que quieren comprar una propiedad que los produzca (...), lo que menos se acuerdan es de si aquella finca de cuya adquisición tratan perteneció a su padre o a su abuelo», y que se originan fraudes mediante la venta del derecho de retracto ³².

Temprado, diputado por Teruel, insiste en que la Comisión no ha querido entrar a decidir la justicia o injusticia del retracto, sino que su dictamen ha considerado la redacción del Código civil el momento adecuado para tal enjuiciamiento. Por otra parte, si es el retracto origen de muchos pleitos, ello puede deberse a que las leyes precisan ser perfeccionadas, no a que sean malas. Alega que su derogación afectaría a derechos adquiridos generales a todas las familias. Conviene en que el retracto impone una traba a la propiedad, pero alega que «la propiedad no puede ni debe existir en la sociedad sin trabas (...), el caso está en determinar si esa traba es buena o mala», negándose a entrar a juzgar si el retracto es perjudicial o conveniente ³³.

³¹ *Ibidem*, pp 1210-2.

³² *Ibidem*, pp 1222-4

³³ *Ibidem*, pp. 1224 s

Díez observa que la derogación suprimiría de la legislación española uno de los elementos heterogéneos que la afean; que no existen derechos adquiridos de los parientes sino desde el momento en que los bienes salen de la familia; que desde una perspectiva económica, el retracto gentilicio mengua el valor de la propiedad al coartar las operaciones del dueño; considera el retracto «el ensayo primero que se hizo de las vinculaciones», y puesto que éstas están condenadas «por la ilustración del siglo», no ha de sostenerse el retracto; estima la figura como perniciosa para la moralidad de las familias; que su supresión no afecta al derecho de troncalidad, cuya finalidad no es llevar los bienes de abolengo a la familia, sino atender a la procedencia de los bienes para su adjudicación sucesoria, e insiste en que no tiene relación con otras materias del Derecho civil ³⁴.

José Alonso, ministro de Gracia y Justicia y diputado por Avila y Pamplona, aunque optó por Avila, señala que para destruir las instituciones que cuentan con el aprecio de los pueblos, como el retracto, ha de minarse primero tal afición; que han de estudiarse todos los Códigos en que aparece la figura, ya que en algunas regiones cuenta con tal afición que fue un elemento de su política, e insiste en que la derogación no es urgente y ha de aplazarse para el Código ³⁵.

Es de suma importancia constatar que la oposición al proyecto derogatorio, más que defender ardientemente la utilidad de la figura fundamenta su dictamen en motivos de oportunidad y prudencia. Esto es, que aunque se aducen razones favorables al retracto —el apego que hacia él sienten los pueblos, su servicio al robustecimiento y conservación de la familia, el respeto que por su antigüedad merece—, se elude un juicio sobre su utilidad, estimando improcedente el proyecto de derogar una materia aislada sin aguardar al enjuiciamiento global que habría de realizar el Código civil. En una palabra: se juzga conveniente aplazar la decisión hasta la redacción del Código, existiendo acuerdo en que en ese momento ha de resolverse acerca de su utilidad. El

³⁴ *Ibidem*, pp. 1225-7.

³⁵ ALONSO «El Gobierno no está distante de convenir en el principio de que el retracto debe desaparecer, como se hará en la revisión del Código ¿a qué, pues, tanta precipitación en esta parte?», *ibidem*, pp. 1227 s.

propio ministro de Justicia muestra una voluntad favorable a su supresión en ese momento.

El debate constituye, por otra parte, un interesante exponente de las razones contrarias al retracto gentilicio esgrimidas en la época: traba de la propiedad, limitación de la libertad del dueño, descenso de valor de los bienes...

A pesar del dictamen de la Comisión, se aprobó en el Congreso el voto particular, enviándose al Senado la proposición de ley ³⁶. Sin embargo, el proyecto no prosperó, ya que en el Senado ninguna de las sucesivas Comisiones nombradas a lo largo de tres legislaturas llegó a emitir un dictamen ³⁷. Y en la segunda legislatura de 1843 no se le da curso por razones burocráticas o de organización ³⁸.

5. *Proyecto de Código civil de 1851*

La Sección de Código civil de la Comisión General de Codificación, creada en 1843, se ocupó en primer lugar, como es bien conocido, de la redacción de las bases del Código civil. Para ello, y con el propósito de conciliar en lo posible las legislaciones forales con la castellana, el presidente de la Comisión, a propuesta de la Sección del Código civil, solicitó el 8 de noviembre de 1843, informes a las Audiencias y Colegios de Abogados de varias capitales españolas sobre las particularidades de sus respectivas regiones. Nos interesa la solicitud a la Audiencia y al Colegio de Abogados de Bilbao de un informe sobre las disposiciones sobre sucesiones legítimas y retractos «dignos de tenerse en con-

³⁶ *DSC*, Congreso, 11-6-1841, ap 1 al núm 67, p 1281

³⁷ El proyecto se recibió en el Senado el 12 de junio (*DSC*, Senado, 12 de junio de 1841, núm. 30, p. 333) y se nombró la correspondiente Comisión a los pocos días (*DSC*, Senado, 18 de junio de 1841, núm 35, p 401) Terminada la legislatura sin haber recaído dictamen, se nombró nueva Comisión en la siguiente (*DSC*, Senado, 11 de enero de 1842, núm 6, p 54) Sucedió lo mismo en esta legislatura, nombrándose de nuevo Comisión en la primera de 1843 (*DSC*, Senado, 17 de noviembre de 1843, núm 6, p 51).

³⁸ El proyecto se incluye entre los que no tienen curso por provenir del Congreso en tiempo de la Diputación concluida, *DSC*, Senado, 10 de abril de 1843, núm 8, p 36

sideración por la divergencia de sus casos y fueros respecto de Castilla»³⁹. La comunicación hubo de reiterarse en mayo siguiente, y de entre todas las capitales, sólo Bilbao y Granada —a la que se había solicitado informe sobre aprovechamiento de aguas⁴⁰— no contestaron. Consigno el dato porque me parece ilustrativo de una tendencia vizcaína escasamente reivindicativa en lo referente a su especilidad en materia de compraventa.

Ya en estas bases del Código civil se prevé expresamente la supresión del retracto gentilicio, concretamente en la base 48: «Quedaría abolido el retracto gentilicio o de sangre.» Tal medida ha de ponerse en relación con otras tomadas en las bases que presentan un mismo hilo conductor. Me refiero a la base 27, que prohíbe los fideicomisos en general o las disposiciones testamentarias cuyo objeto sea dejar a alguien todos o parte de los bienes para que los aplique a un destino marcado por el testador, y a la 42, que no admite en la sucesión intestada el principio de troncalidad.

Tal hilo conductor es claro: el deseo de no limitar de forma alguna la libre circulación de los bienes, como consecuencia del concepto absoluto de propiedad que inspira la codificación. En tal concepto liberal, la propiedad se contempla exclusivamente vinculada a su dueño actual, sin prestar atención a situaciones anteriores que pudiera haber presentado el bien: su pertenencia durante generaciones a una familia, su dedicación a un objeto o finalidad... Esto es, nos hallamos ante la propiedad considerada a través de la óptica del individualismo posesivo, fruto del liberalismo.

La base 49, que recoge la conservación del retracto de comuneros, resulta ilustrativa al respecto. Dice textualmente así: «Se conservará el retracto de comuneros en las fincas indivisibles, sin perjuicio de establecer las reglas y restricciones convenientes para no dejar incierto el libre ejercicio del dominio.»

Con estas últimas palabras el legislador manifiesta la razón de su actitud cautelosa ante el retracto: éste implica un peligro para la libertad del propietario al dejar incierta una manifestación del libre ejercicio del dominio como es la disposición de la cosa.

³⁹ Cfr LASSO GAITE, *ob cit*, vol I, p 157

⁴⁰ *Ibidem*, p 158

Los trabajos de elaboración siguen hasta ser interrumpidos por el Real Decreto de 31 de julio de 1846, que suprimió la Comisión. Hasta tal fecha se denominaron a los trabajos como de la primera Comisión, ya que la Comisión General de Codificación fue restablecida el 11 de septiembre del mismo año. A ésta se le denomina la segunda Comisión, existiendo entre ambas una esencial continuidad de miembros.

El 1 de octubre de 1846 se constituye la Sección de Código civil, acordando sus miembros repartirse, sin perjuicio de revisar lo ya hecho, los trabajos que faltan por realizar. A García Goyena se le encargan, entre otros, los títulos del libro III referentes a la compraventa y permuta.

Sin embargo, y debido muy probablemente a los cargos políticos que en aquel momento ocupaba y que habrían menguado considerablemente su tiempo, García Goyena no fue el autor de la ponencia sobre el título de compraventa que se discutió en la Sección y posteriormente en la Comisión. Fue Manuel Ortiz de Zúñiga quien redactó una ponencia de los títulos VII y del libro III. Nos interesa especialmente el de la compraventa, título VII ⁴¹.

En tal ponencia aparece un capítulo VI dedicado a la rescisión, dividido en dos secciones: pacto de retroventa y retracto ⁴². Dentro de éste se contempla el retracto gentilicio.

La Sección introdujo importantes variaciones en este capítulo. En primer lugar cambió su título, sustituyéndolo por el de «resolución de la venta». Suprimió, además, el retracto gentilicio, de conformidad con lo que ya había establecido la primera Comisión en la base 48, vista anteriormente ⁴³. Consigno el hecho porque parece cuando menos curioso que Ortiz de Zúñiga introdujera en

⁴¹ No es posible, según LASSO GAITE (cfr *ob cit*, t I, p 221), precisar si tal ponencia fue redactada y presentada ya en la primera Comisión o si bien la redactó en 1848 sirviéndose de los trabajos redactados por VILA y las deliberaciones de la primera Comisión. De cualquier modo, lo que nos interesa resaltar es que no fue GARCÍA GOYENA el autor de la ponencia sobre compraventa, como en principio le había correspondido, sino ORTIZ DE ZÚÑIGA.

⁴² Cfr LASSO GAITE, *ibidem*, p 222.

⁴³ LASSO GAITE explica esta supresión calificando al retracto gentilicio de «situación incompatible con el desarrollo alcanzado entonces y con los principios económico-liberales», *ob cit*, vol I, pp 224 s.

su ponencia una institución que expresamente había sido suprimida en las bases aprobadas ya en 1844, cuando él mismo había pertenecido a la Sección de Código civil de la primera Comisión. ¿Mero despiste o intento de mantener una institución de la que era personalmente defensor?

El 10 de septiembre de 1849 elevó Bravo Murillo, presidente de la Comisión, el proyecto de Código civil al ministro, advirtiéndole que era un trabajo de primera mano necesitado de una revisión en la que ya estaban trabajando García Goyena y Luzuriaga. Lo denominaremos, pues, siguiendo a Lasso Gaite, anteproyecto.

No surgió en la materia que nos interesa modificación alguna en tal revisión, pasando del mismo modo al proyecto que se entregó al ministro el día 5 de mayo de 1851.

Así, el artículo 1.435, que encabeza el capítulo VI, «De la resolución de la venta», dice: «la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones (...), y por el retracto convencional y el legal».

La sección 1.^a del capítulo se ocupa del retracto convencional y la 2.^a del legal. Aquí ya aparece un género *retracto* dividido en dos especies, convencional y legal, a diferencia del proyecto de 1836. La igualdad entre ambos, de cualquier forma, es puramente nominal, porque en cuanto a su funcionamiento y efectos son esencialmente diferentes. Por ello, así como el retracto convencional encaja dentro de las formas de resolución de las ventas, no es tal un efecto del retracto legal, por lo que técnicamente no se halla bien encuadrado. El artículo 1.450 del proyecto de 1851, que encabeza la sección 2.^a («Del retracto legal») del capítulo VI («De la resolución de la venta») del título VII («Contrato de compraventa») del libro III («De los modos de adquirir la propiedad»), define el retracto legal como: «El derecho que tiene alguno por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación de pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato.»

García Goyena justifica al comentar este artículo la desaparición del retracto gentilicio basándose esencialmente en motivos económicos y de adecuación con los tiempos. Dice que el retracto «de sangre, abolengo o gentilicio», a pesar de su antiguo origen y de haber hallado gran extensión en los fueros municipales

«no fue admitido por la Comisión como no lo ha sido en los Códigos modernos. Los motivos son conocidos por todos. cada siglo tiene su espíritu y carácter especial, los antiguos fueros con este retracto, con la troncalidad y con los vínculos o mayorazgos, tendían a la concentración de los bienes raíces en la familia como única o la más principal riqueza entonces. la tendencia de nuestro siglo es a la desamortización, a la libre circulación, a la libertad absoluta de disponer de sus cosas; la riqueza comercial e industrial rivalizan, si no superan, a la territorial...»⁴⁴.

Las palabras son de por sí elocuentes y apenas precisan de ninguna explicación. Haremos, sin embargo, algunas apreciaciones que nos resulten de utilidad.

En primer lugar, las palabras transcritas son un claro exponente del olvido en que cayó el proyecto de 1836, quizá debido a la filiación conservadora de sus redactores. García Goyena podía haber apoyado sus palabras en lo dicho ya por la Comisión que redactó tal proyecto, pero no lo hace, y ni siquiera menciona que la supresión del retracto gentilicio no es una innovación introducida por el proyecto de 1851.

En segundo lugar, los motivos contrarios al retracto gentilicio muestran un paralelismo respecto a los expuestos en el proyecto de 1836. Aunque acentuando puntos diferentes, ambos proyectos fundamentan su decisión en motivos económicos. La diferencia estriba en que, así como García Goyena profundiza más en la finalidad última de la institución, el proyecto de 1836 se detiene especialmente en los efectos perjudiciales que su aplicación implica.

García Goyena pone de manifiesto las diferencias sociales e ideológicas existentes entre la época que vio nacer el retracto gentilicio y el siglo en el que se realiza el Código. Nos muestra de forma diáfana la contradicción esencial entre el liberalismo, con sus principios de libertad de circulación y disposición de bienes, y el objetivo del retracto gentilicio, mantener la riqueza (representada por los bienes inmuebles) dentro de la familia.

El autor constata además una realidad que empezaba a manifestarse en la época: el desplazamiento de la territorial como

⁴⁴ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, p. 425

principal riqueza, empujada por la comercial e industrial, centrada en bienes muebles. Ello va a provocar la relativización del tradicional mayor valor de los bienes inmuebles.

Además, García Goyena relaciona el retracto gentilicio con otras instituciones que persiguen el mismo fin: los vínculos o mayorazgos y la troncalidad.

De esta última se ocupa con más detenimiento al tratar de las herencias sin testamento. En su apéndice número 10, propugnando su supresión:

«La troncalidad, como el retracto y la doble porción que en ciertos casos gozaba por algunos Fueros el hermano mayor sobre los otros hermanos, tendía a la conservación de los inmuebles en la familia, espíritu loable en su causa y objeto, que, exagerado por la vanidad, vino al fin a parar en la institución de los mayorazgos. Pero cada siglo tiene sus manías y preocupaciones, hubo un tiempo de concentración y estancamiento, hoy se está por la movilidad y libre circulación, la propiedad territorial, única entonces, debe correr hoy la suerte de la industrial y comercial, tan prodigiosamente acrecentadas (). Mi opinión es que debe desaparecer la troncalidad y que no se suceda diversamente a una misma persona según la diversidad de sus bienes»⁴⁵.

Así, leemos en el artículo 744 del proyecto: «En las herencias no se atiende al tronco o línea de que proceden los bienes del difunto ni a la distinta naturaleza de éstos.»

García Goyena expone su opinión sobre la troncalidad tras manifestar las grandes «dudas y pleitos» que su aplicación producía en lo referente a las personas favorecidas y bienes sujetos a la misma, así como «la parecida a ella sobre retractos». Argumenta además que así como el difunto puede disponer libremente de sus bienes, cuando no lo ha hecho, la ley, al presumir su voluntad, ha de considerar sus bienes como libres.

Es fácilmente constatable la igualdad de argumentos para la supresión del retracto gentilicio y de la troncalidad. No podía ser de otra manera, ya que hallándose ligadas ambas figuras por su objetivo, se alzan contra ellas las mismas razones económicas de libre circulación de los bienes y equiparación entre la propiedad territorial con la industrial y comercial.

⁴⁵ Cfr. GARCÍA GOYENA, *ob cit*, t II, pp 356-358.

Quiero subrayar algo: García Goyena no se muestra contrario al *objetivo* del retracto gentilicio y la troncalidad, considera «loable» la intención de conservar los bienes en la familia. No es el deseo de acabar con tal objetivo o finalidad lo que le lleva a suprimir ambos institutos, sino su discordancia con la realidad, necesidades y principios económicos del momento. De acuerdo en que bajo esa idea económica se esconde una concepción jurídica de la propiedad (derecho absoluto individual), pero es que tal concepción de propiedad ha nacido impulsada (empujada, incluso) por las implicaciones y necesidades de los dictados económicos de la época.

En resumen, no muestra García Goyena en sus comentarios al proyecto de 1851, como no mostró la Comisión en la exposición de motivos del proyecto de 1836, una actitud beligerante frente al objetivo de la institución de mantener los bienes dentro de una familia, sino que rechaza la institución porque las consecuencias que su aplicación trae consigo no son acordes con el desarrollo económico de la época. En dos palabras podría decirse que el retracto gentilicio se suprime por *anacrónico* y *antieconómico*.

El proyecto de 1851 establece, pues, los siguientes retractos legales: el de comuneros (art. 1.451); el de créditos litigiosos (art. 1.466); los relacionados con censos, foros y otras instituciones análogas (art. 1.563.7) y el de coherederos (art. 916). García Goyena justifica su conservación por «las mismas razones económicas que obran contra la conservación del retracto de sangre»⁴⁶.

Sometido el proyecto a información, emitieron informes sobre el mismo el Tribunal Supremo, algunas Audiencias y la Universidad de Salamanca⁴⁷. Entresacaremos algunas observaciones o la carencia de éstas que puedan ser significativas.

Respecto de la troncalidad, las Audiencias de Navarra, Aragón y Valencia alegan que en igualdad de grado ha de atenderse a la procedencia de los bienes para su adjudicación. Por su parte, la Audiencia de Sevilla censura que no se haya respetado la troncalidad en la sucesión de los ascendientes, derogándose así el antiguo fuero, planteando en apoyo de su razonamiento el

⁴⁶ GARCÍA GOYENA, *ob cit.*, t III, p 425

⁴⁷ Cfr. LASSO GAITE, *ob cit.*, vol. I, p 243

problema que contempla el actual artículo 811 del Código civil: la reserva lineal ⁴⁸. Resulta curioso que ninguna de las Audiencias correspondientes a las provincias forales elevaran su voz frente a la supresión del derecho de troncalidad, fuera de esa pequeña queja.

Ninguna observación se hace acerca de la supresión del retracto gentilicio. Ni siquiera las Audiencias en las que regía éste por Derecho foral emiten queja alguna. En suma, su supresión no provoca crítica alguna, de lo que puede pensarse que no se sentía como una institución necesaria o muy arraigada en la realidad familiar de la época.

6. *Proyecto de Código rural de Danvila (1876)*

Antes de iniciar la exposición de los prolongados trabajos que dieron como fruto el Código civil vigente he de hacer referencia al proyecto de Código rural del diputado Manuel Danvila Collado, donde se encuentran referencias al objeto de nuestro trabajo.

Danvila, en uso del derecho de iniciativa concedido por el Reglamento del Congreso, presenta al mismo, el 27 de abril de 1876, como proposición de ley, un proyecto de Código rural, pidiendo el nombramiento de una Comisión permanente para su examen. Tal proyecto se publica el día 3 de mayo ⁴⁹. Reproduce su petición en la legislatura siguiente, siendo el texto nuevamente publicado el día 8 de marzo de 1878 ⁵⁰. La iniciativa no se debió de considerar demasiado importante, ya que no se nombró siquiera Comisión que dictaminara.

El proyecto, en la parte de contratos, es prácticamente una copia a la letra del proyecto de Código civil de 1851. Concretamente la compraventa, y, por lo mismo, también los retractos, está regulada exactamente igual, tanto en lo que se refiere a división y denominaciones de epígrafes como al contenido de los artículos.

Resultan de interés las palabras que en la exposición de motivos Danvila dedica al retracto gentilicio:

⁴⁸ Cfr LASSO GAITE, *ob cit*, t. I, p 259 s

⁴⁹ DSC, Congreso, 3 de mayo de 1876, núm 51, ap. 2.º

⁵⁰ DSC, Congreso, 8 de marzo de 1878, núm. 14, ap. 2.º

«() conviene que desaparezca, porque ni se amolda bien a los verdaderos principios del dominio, ni se concilia con el carácter de transmisibilidad que acompaña a la moderna propiedad, ni se armoniza con las costumbres»

Danvila insiste de nuevo en la concepción del momento sobre la propiedad, pero incluso señala una discordancia entre la institución y las costumbres del momento.

III. HACIA EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

1. *El problema foral: las Memorias forales*

La última etapa de la codificación se inicia con el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, en el que, en su artículo 4, el ministro de Gracia y Justicia, Alvarez Bugallal, incorpora como miembros de la Comisión (Sección de Código civil) a un letrado «de ciencia y práctica reconocidas» por cada uno de los territorios forales.

Tales letrados habrán de redactar «una Memoria en que consignen y razonen su opinión acerca de los principios e instituciones del Derecho foral, que por tener un robusto apoyo en sentimientos profundamente arraigados y tradiciones dignas de respeto, o afectar de un modo grave a la constitución de la familia o de la propiedad, deben incluirse en el Código civil, como excepción respecto a cada cual de dichas provincias de las disposiciones generales sobre las mismas materias; y también sobre aquellos otros de que ya por inconvenientes, ya por innecesarios, ya por haber caído en desuso, se debe prescindir. Terminarán su trabajo formulando su pensamiento en artículos...»⁵¹.

El ministro se enfrentó al problema que había impedido culminar la codificación, la existencia de los Derechos forales a los que era necesario respetar y optó por esta solución: incluir en el Código civil las instituciones forales que fuera imprescindible mantener como excepción a las generales en cada territorio, apelando a los letrados forales para que en sus Memorias hicieran

⁵¹ Real Decreto de 2 de febrero de 1880, exposición

constar las que se consideraran imprescindibles y las que no lo fueran ⁵².

Es importante no perder de vista que el retracto gentilicio no era, en estos momentos, una figura contemplada sólo por el Derecho foral. Era una figura con rancia trayectoria histórica, presente tanto en el Derecho común como en la mayoría de los forales —Navarra, Aragón, Vizcaya y Cataluña—. Por ello, no existía conflicto entre la regulación común y la foral, como en muchas otras instituciones; la unidad ante la que se rebelaban los fueros no amenazaba en esta cuestión con imponer una regulación diferente de la contemplada por el Derecho foral, sino con suprimir una institución compartida por el Derecho común y el foral.

El ministro destaca que el retraso de la codificación de debe al afecto de las provincias forales por sus fueros y sus «temores de que antiguas y respetadas instituciones, que afectan a la manera como en ellas está instituida la familia o la propiedad, desapareciesen por completo o se resintiesen profunda y dolorosamente en aras del principio unitario en todo su rigor aplicado» ⁵³.

Como podemos observar de lo dicho hasta ahora, son constantes durante todo el proceso codificador civil las referencias a la propiedad y la familia. No podía ser de otra manera, en cuanto la primera se constituye en bandera del liberalismo y ambas representan pilares del Derecho privado. De manera que al plantearse el conflicto entre la unificación y los Derechos forales, el legislador es consciente de que el respeto hacia éstos ha de partir del mantenimiento de los principios relativos a aquellas instituciones, según declara expresamente el mencionado Real Decreto. Se advierte así la importancia del retracto gentilicio como institución en la que confluyen ambos pilares.

⁵² DANVILA considera que la intención de Alvarez Bugallal en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880 era que «en todo lo relativo a la constitución de la familia y a la organización de la propiedad continuara por ahora vigente la legislación foral, haciéndose en todo lo demás una obra de concordia y transacción» *DSC*, Congreso, 21 de marzo de 1889, núm. 75, p. 1995.

⁵³ Real Decreto de 2 de febrero de 1880, exposición

1.1. *Memoria de Navarra*

Debido a la metodología y sistemática adoptada por Morales, la Memoria de Navarra presenta profundas diferencias con las de las demás provincias forales, ya que constituye un trabajo más extenso y técnicamente superior.

Relata Morales en el prólogo la metodología que estimó conveniente en su trabajo, tras presuponer el proyecto de 1851 como Ley general. Considerando que la legislación navarra está fundada en sistemas y principios esencialmente distintos de los demás territorios españoles, juzga preferible seguir paso a paso aquel proyecto, señalando lo diferencial de Navarra, templado por «las reformas y mejoramientos que la experiencia y común sentido de los juriconsultos reclamaban», y manifestando los puntos en que era posible la unidad, procediendo después a articular uno y otro. Así «resultaría además formada en su totalidad la legislación civil y preparado convenientemente el terreno para subsanarla, siempre que las modificaciones o alteraciones que sufriesen la Ley general y las excepciones lo hiciesen necesario»⁵⁴.

De este modo, y siguiendo en todo momento la sistemática y el articulado del proyecto de 1851, la Memoria de Morales se divide en dos partes: una expositiva, en que el autor razona las instituciones que han de quedar subsistentes y las materias en que es posible la unidad, y otra articulada, en donde regula lo que ha de permanecer como excepción para Navarra y adopta los artículos del proyecto que no precisaban variaciones.

Así, la Memoria de Morales constituye «un trabajo especial en su clase, un detenido y razonado estudio del proyecto de 1851 desde el punto de vista que interesaba a la región navarra, cuya representación tiene en la Comisión»⁵⁵.

Juzga Morales que en la redacción de la Memoria ha llegado hasta donde podía sin faltar a «tan caros objetos como el modo

⁵⁴ ANTONIO MORALES Y GÓMEZ, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, Imprenta Provincial, 1884, p. IV

⁵⁵ JOSÉ MARÍA ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1886, p. 136

de ser de la familia y de la propiedad formado por leyes seculares y costumbres encarnadas en ellas», y estima que no puede achacarse a Navarra haber sido intransigente, mostrando como prueba de la buena voluntad navarra, entre otras materias, las sucesiones intestadas, «en las que se sacrifica la troncalidad haciendo recíproca la sucesión de los descendientes y ascendientes»⁵⁶.

Iniciando el título dedicado a la compraventa, Morales consigna que a pesar de existir en el Fuero y Novísima Recopilación de Navarra muchas y minuciosas leyes dedicadas a la misma, el Derecho común supletorio ha sustituido y dejado sin aplicación muchas, «salvo en lo relativo a lo que se miraba con especial cuidado, cual era la conservación de la casa y sus bienes, y por eso el retracto se ha conservado en toda la pureza escrita en nuestras leyes, exceptuando la modificación introducida por la Ley de Enjuiciamiento civil, aplicada a Navarra con quebrantamiento de los principios que fundamentan la naturaleza de las leyes sustantivas y adjetivas»⁵⁷.

Explica Morales esta realidad basándose en que al dar tanta validez la legislación de Navarra a la costumbre, «se ha ido plegando a las necesidades de las épocas, y únicamente en lo fundamental del Reino y de la familia se ha mostrado escrupulosa e intransigente»⁵⁸. Nótese cómo el autor considera el retracto gentilicio encaminado a la «conservación de la casa y sus bienes» y «fundamental del Reino y de la familia». Resulta curioso que tal importancia otorgada por la legislación navarra no sea compartida por otras provincias forales, como veremos en seguida.

Por todo ello, Morales reitera que en materia de compraventa era ya en Navarra «casi de absoluta aplicación el Derecho común», y juzgando la contratación como uno de los puntos mejor tratados en el proyecto de Código, recibe con gusto como general lo allí establecido⁵⁹.

Así, pues, pasa directamente a ocuparse del capítulo VI, que, como ya sabemos, está dedicado a la resolución de la venta. Considera «una grave innovación respecto de Navarra» el que en

⁵⁶ MORALES, *ob. cit.*, pp. VIII s.

⁵⁷ MORALES, *ob. cit.*, p. 186

⁵⁸ MORALES, *ibidem*

⁵⁹ Cfr. MORALES, *ibidem*.

el artículo 1.435 no se contemple el retracto «familiar o de sangre», mientras que no se manifiesta en contra de la introducción del retracto de comuneros —a otros legales no los nombra— ni de la supresión del retracto gracioso, que considera «sin utilidad ni conveniencia reconocida para que no se eche de menos»⁶⁰. Así, pues, hace una decidida defensa del retracto gentilicio.

Se refiere en primer lugar a la censura general que existe contra el retracto familiar, «creyéndolo propio de una época que ya pasó», para defender seguidamente su permanencia en Navarra en atención a las especiales características de su sociedad:

«mas en Navarra, donde las casas cuentan siglos de existencia y con los mismos bienes no mermados, y donde para la conservación de una y otros se hacen costosos sacrificios, no creemos que haya pasado la época en que aquel derecho sea beneficioso; antes por el contrario, cuanto más se mantenga ese apego al hogar doméstico y a las tierras que le cercan, más tiempo se conservará en los pueblos fronterizos el espíritu de resistencia a toda invasión, y se conservará todo el carácter especial de esas guerras de resistencia a extrañas dominaciones que salvarán más de una vez a nuestra patria (..)»⁶¹

Se advierte en tal defensa no sólo la constatación de que el deseo de conservación de la casa y sus tierras sigue vivo en Navarra, sino también que tal sentimiento de apego a la propia tierra asegura su defensa frente a extrañas dominaciones, haciendo que permanezca vivo el espíritu de resistencia.

Morales consigna claramente la relación del retracto gentilicio con otras figuras del Derecho navarro, mecanismos que sirven y conforman a un tiempo la idea general que inspira el todo orgánico que es aquél:

«Las disposiciones de bienes por medio de donaciones universales, la troncalidad y el retracto obedecen a un mismo pensamiento, a unos mismos principios y, sin embargo, quebrantamos la troncalidad por no creerla más digna de respeto que los altos intereses, lazos y afectos que conculca, con lo que demostramos que no anima a Navarra un espíritu de intransigencia, mas en cuanto al retracto, opinamos, ayudados por el consejo de repetables corporaciones, que

⁶⁰ MORALES, *ob cit*, p 189

⁶¹ Cfr MORALES, *ibidem*

puede y debe conservarse sin detrimento de otros sagrados y respetables intereses»⁶²

Es de resaltar, por tanto, la conservación del retracto gentilicio por encima de la troncalidad, como en seguida veremos más detenidamente.

Por todo ello, aboga Morales por incluir en el artículo 1.453, «además del retracto convencional y el legal, el familiar, en los términos que hoy se conocen, con ligeras modificaciones»⁶³.

De entre estas modificaciones razona Morales en la parte expositiva la del tiempo para ejercitar el retracto, «reducido a nueve días por una indebida extensión dada a la Ley de Enjuiciamiento civil». Observa Morales que tal Ley, al adoptar el plazo de la ley sustantiva, cercenó el derecho en las legislaciones especiales, donde el plazo era mayor. Juzga «muy angustioso dicho término, y de quedar el retracto de sangre debe quedar con las precisas condiciones de vida, no como una institución las más veces ilusoria»⁶⁴.

Por consiguiente, recoge el retracto familiar, junto con el convencional y el legal, como un *tertium genus* que origina la resolución de la venta, y añade al capítulo VI una tercera sección, donde en ocho artículos (del 1.473 al 1.480) regula la institución de forma completa y detallada.

Como lo que nos interesa esencialmente aquí es la constatación de que Morales mantiene y regula el retracto gentilicio en su Memoria, y dado que tal regulación es prácticamente igual al voto particular que formula como proyecto de Apéndice al Código, transcribo y comento exclusivamente el artículo 1.475, referente al plazo, por ser la innovación más destacada de la Memoria. Para el resto de la regulación me remito al comentario del mencionado voto, donde hago referencia a las pocas diferencias que presenta respecto a la memoria.

Art 1 475 «El término para retraer será el de un año, contado desde el otorgamiento de la escritura de venta Si no se otorgare,

⁶² Cfr MORALES, *ob cit.*, pp. 187 s

⁶³ Cfr. MORALES, *ob cit* , p 188

⁶⁴ Cfr MORALES, *ibidem*.

no correrá el término, pero podrá retraerse la finca si la venta llegase a noticia del retrayente y pudiere justificar el contrato

El término fijado correrá contra los menores y ausentes.»

De la redacción parece desprenderse una situación relativamente favorable para el posible retrayente en caso de no otorgamiento de escritura de venta: no corre el plazo, pero puede ejercitar el retracto si tiene noticia de la venta y puede justificarla. Esto último supone el mayor problema, ya que se carga sobre el retrayente una prueba en principio fuera de su alcance.

El artículo sugiere que el plazo no corre desde que el retrayente tiene noticia de la venta si no se ha otorgado escritura, lo que supone una indudable ventaja para aquél.

Atenderemos ahora con mayor detenimiento a lo que anteriormente dejamos tan sólo apuntado: la supresión del principio de troncalidad en las sucesiones intestadas.

Morales expone que la legislación navarra se manifiesta en su especialidad en las sucesiones intestadas, «a consecuencia de rendirse tanto culto a la troncalidad, y el afán de conservar los bienes en la familia». Relacionando seguidamente la libre disposición de bienes con las capitulaciones matrimoniales, la troncalidad y el retracto como encaminados los tres a tal principio de conservación de los bienes en la familia, Morales advierte que observándola escrupulosamente y en todo su rigor se debería defender la troncalidad y el retracto. Sin embargo, tras considerar las «funestas consecuencias» que produce la troncalidad, estima suficiente para la conservación de las casas la libre disposición de bienes, concluyendo que «no es de vital importancia la conservación absoluta de la troncalidad en Navarra y de las leyes que la crean, favorecen y desarrollan»⁶⁵.

Aduce seguidamente razones de orden económico y social:

«Hemos pasado del período en que no sólo era de interés familiar, sino del antiguo Reino, aquel modo de suceder en los bienes, y hemos entrado en otro período que no siendo la movilidad mercantil y especuladora que con grave detrimento de la familia pretenden muchos⁶⁶, no es ni debe ser tampoco un estancamiento exagerado

⁶⁵ Cfr MORALES, *ob cit*, pp 110 s

⁶⁶ Se aprecia aquí una crítica no del todo velada a las razones que en sus comentarios GARCÍA GOYENA expresa para la supresión del retracto gentilicio

con grave daño, hoy con más sentido y reclamado, de los tiernos lazos de la familia, de la reciprocidad debida entre padres e hijos» ⁶⁷

El razonamiento de Morales sobre los cambios económicos y sociales podría resumirse así: ni existe la movilidad exagerada que se aduce como motivo para la supresión del retracto gentilicio, ni puede mantenerse la inmovilidad causante de daños en la propia familia que la troncalidad implica, por lo que ésta ha de suprimirse. Morales señala que esta opinión acerca de la troncalidad no es sólo suya, sino que el Colegio de Abogados de Pamplona también la sustenta, siendo «un sentimiento casi unánime y una imperiosa necesidad en la comarca, donde se hace poco uso de la libre disposición de los bienes» ⁶⁸.

Ahora bien: Morales no es partidario de abandonar por completo el principio *paterna paternis, materna maternis*, porque «abandonada la teoría de la procedencia de los bienes por líneas, se incurre en graves injusticias y se llega a faltar al principio en que se apoyan las sucesiones intestadas, cual es la interpretación de la voluntad del finado, según los lazos de la naturaleza y los afectos del corazón» ⁶⁹.

Por tanto, rechaza la troncalidad, admitiendo a los ascendientes a suceder a los descendientes con preferencia sobre los colaterales, pero defiende la sucesión por líneas ⁷⁰, destacando el hecho de que tal rechazo, unido a la libre disposición de los bienes en Navarra, «deja reducido el llamamiento de las líneas de donde proceden los bienes troncales a tan estrechos límites que no vemos que dentro de éstos padezca ningún interés digno de ser tenido en cuenta y únicamente produce el pequeño inconveniente de hacer algún tanto más complicada la manera de suceder» ⁷¹.

De este modo, el artículo 722, que redacta Morales (correspondiente al 745 del proyecto de García Goyena), dice: «En las

⁶⁷ Cfr. MORALES, *ibidem*

⁶⁸ Cfr. MORALES, *ibidem*.

⁶⁹ MORALES, *ob. cit.*, p. 112

⁷⁰ MORALES «Nada más justo que el no trastornar los bienes familiares, ni romper la forma de la organización de la familia en Navarra, por atender a vínculos de sangre y afectos que alejados del tronco principal, pierden tanto de su fuerza», *ob. cit.*, p. 113

⁷¹ MORALES, *ibidem*

herencias se tiene en cuenta el tronco o línea de que procedan los bienes hereditarios, en los casos en que expresamente se establezca.»

Como conclusión, Morales estima que puede suprimirse la troncalidad de las leyes navarras, pero *no* el retracto gentilicio.

1.2. *Proceso de elaboración de la Memoria de Aragón*

1.2.1. El Congreso de jurisconsultos de Zaragoza

La idea de la celebración de un Congreso de jurisconsultos aragoneses parte de Gil Bergés, en un prólogo fechado el 31 de diciembre de 1879. Gil Bergés, ante la incertidumbre existente sobre las disposiciones forales, y sin perjuicio de llegar a conseguir la unidad legislativa, preconiza la elaboración de una recopilación orgánica, de un proyecto de Código aragonés que, elaborado por juristas aragoneses reunidos, alcanzara fuerza legislativa tras ser promulgado por las cámaras legislativas de la nación ⁷².

Poco después de publicado el libro con el prólogo de Gil Bergés se expide el ya tantas veces citado Decreto de 2 de febrero de 1880. Costa, en un artículo de la época, insiste en la conveniencia de celebrarse Congresos privados en las provincias forales, a fin de realizar un doble trabajo: codificar el Derecho foral y discutir y acordar el contenido de la Memoria solicitada por el Decreto, presentándola después a la Comisión de Códigos, ya directamente, ya suscrita por el letrado nombrado por el Gobierno ⁷³.

El Muy Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza había iniciado ya los preparativos preliminares del Congreso cuando Franco López, nombrado vocal foral para la elaboración de la Memoria de Aragón, dirige al mismo una extensa comunicación. En ella sostiene que del derecho de contratación sólo han de conservarse dos instituciones: la ineficacia de la excepción *non numeratae*

⁷² Cfr Joaquín GIL BERGÉS, prólogo en Emilio DE LA PEÑA, *Recopilación por orden de materias de los Fueros y observancias vigentes en el antiguo Reino de Aragón*, Zaragoza, 1880, pp. v-XVIII

⁷³ Cfr Joaquín COSTA, «Derecho consuetudinario del Alto Aragón», *RGLJ*, t. LVI, 1880, pp. 550 s.

pecuniae y la inexistencia de la rescisión por causa de lesión. Aboga también por la renuncia al «consorcio o fideicomiso foral» (nombro esto porque luego, en el Congreso, se decide su supresión junto con la del retracto gentilicio)⁷⁴. Es partidario de limitar el principio de troncalidad al caso de no dejar ascendientes el difunto, prefiriéndolos, si existieran, a los colaterales, por lo menos en los bienes que el difunto no hubiera adquirido en virtud de sucesión de los parientes, y respecto de los procedentes de la familia otorgarles a los ascendientes el usufructo vitalicio⁷⁵.

La Comisión organizadora del Congreso envió una carta-circular a todos los letrados de Aragón, en la que anticipaba el criterio que había de presidir tal Congreso. Allí se manifiesta un espíritu de concordia que aspira a defender sólo lo puramente fundamental para el Derecho foral de Aragón, en aras de la unidad civil. Y de nuevo se consigna que «ningún sacrificio le costará a Aragón el someterse sin reservas en el tratado de las obligaciones y contratos (salvo la sociedad conyugal) a las leyes de Castilla, que por costumbre rigen ya en nuestro país, efecto de lo deficiente de nuestros fueros»⁷⁶.

El 20 de septiembre de 1880 se envía un cuestionario que, distribuido en siete capítulos (seis y un preliminar) comprendía los temas que serían objeto de discusión en el Congreso. Este se inauguró el día 4 de noviembre de 1880 y celebró su última sesión el 7 de abril de 1881.

Pasemos ahora a considerar las conclusiones adoptadas en relación con nuestro objeto.

La primera referencia al retracto gentilicio la hallamos en el capítulo I, «De las personas». El tema I del mismo dice así: «El privilegio de quedar siempre ilesos, establecido por fuero o en favor de los menores de edad y de los ausentes en servicio del Estado, ¿es preferible al beneficio de restitución *in integrum*?» Pues bien: la quinta conclusión referente a este tema afirma que corren contra el menor de edad todos los plazos de prescripción señalados por el derecho, incluso el referente al retracto gentilicio,

⁷⁴ Cfr Joaquín COSTA, *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1883, pp. 6 s

⁷⁵ Cfr COSTA, *La libertad civil*, cit., p. 10.

⁷⁶ Cfr COSTA, *La libertad civil*, cit., p. 12

y la sexta establece que corre contra el ausente, en determinados casos, el plazo para retraer bienes de abolorio. En ambos, al final, se hace constar entre paréntesis: «Aprobada para el caso de serlo el retracto gentilicio»⁷⁷.

Específicamente, el tema II del capítulo V, dedicado a los contratos, se plantea en los siguientes términos: «¿Debe aceptarse la legislación de Castilla en cuanto al retracto gentilicio?»

La pregunta no deja de ser curiosa: puesto que Aragón regula en su Derecho foral tal retracto, parece que al plantear así el tema se aboga por su mantenimiento, radicando el problema en cuál de las regulaciones, la castellana o la aragonesa, ha de adoptarse para el futuro. Sin embargo, la conclusión aprobada es categórica: «Ni la legislación de Castilla ni la de Aragón son aceptables en cuanto al retracto gentilicio. Este medio de rescisión de la venta de ciertos bienes inmuebles debe proibirse»⁷⁸.

El dictamen emitido por Gil Bergés⁷⁹ resulta clarificador sobre los motivos que condujeron a tal decisión⁸⁰. Desde las primeras líneas del dictamen el autor se sitúa resueltamente en contra del retracto gentilicio. Considera que todo lo que de vital y recomendable tienen los retractos del dueño directo o útil y del comunero, «tiene hoy de anacrónico e inexplicable el de abolengo, patrimonial o de *avolorio*»⁸¹.

Tras un largo exordio sobre los antecedentes históricos de la figura, donde justifica su presencia por las características de las sociedades en que se acogía, reflexiona sobre las «grandes y profundas transformaciones» acaecidas en España desde la Edad Media hasta el momento, fijando su atención en la diferente con-

⁷⁷ Cfr COSTA, *La libertad civil*, cit., pp. 74 s.

⁷⁸ COSTA nos informa de que se adoptó en la misma fecha que las dos anteriormente consignadas, por lo que hemos de deducir que la discusión sobre el retracto gentilicio fue posterior, cfr *La libertad civil*, cit., p. 91.

⁷⁹ El capítulo V fue adjudicado para la elaboración de las respuestas a la Sección Cuarta. Su presidente era Joaquín Gil Bergés, su vicepresidente Marcellano Isábal y los secretarios Luis Polo y Faustino Sancho, cfr. COSTA, *La libertad civil*..., cit., p. 13, núm. 2.

⁸⁰ Joaquín GIL BERGÉS, «El retracto gentilicio», *RGLJ*, t. LXII, 1883, pp. 132-139.

⁸¹ Cfr GIL BERGÉS, *loc. cit.*, p. 132.

cepción acerca de la propiedad territorial y los avances que la ciencia económica ha aportado a la legislativa en materia de contratación. Y juzga incompatible con todo ello el mantenimiento del retracto gentilicio ⁸².

Achaca su pervivencia al estacionamiento de la codificación civil, juzgando que «si vive todavía en nuestra sociedad, porque las tradiciones no se olvidan en un día, vive lánguidamente, fuera de su medio adecuado, que son muchas instituciones a él homogéneas, que ya se borrarán». Y como muestra de su debilidad, alega que las leyes adjetivas —Ley de Enjuiciamiento civil y Ley Hipotecaria— se han atrevido a cercenarlo, «afectando por igual al Derecho sustantivo común y a los fueros provinciales» ⁸³.

Adviértase la diferencia de criterio respecto del expresado por Morales en la Memoria navarra: mientras allí se califica de injusta la inmisión de la Ley de Enjuiciamiento reclamando su modificación, aquí se considera tal inmisión una muestra de la debilidad del retracto gentilicio.

Tras analizar someramente los contrastes existentes entre la legislación castellana y la aragonesa en relación con el retracto gentilicio, Gil Bergés afirma que tales contrastes no han de determinar preferencias «en un punto en que el Derecho castellano y el nuestro son por igual desechables» ⁸⁴.

Por fin, concluye que debe rechazarse el retracto gentilicio porque:

— Es contrario al principio de libertad que informa hoy la contratación en general.

— Implica descenso de beneficios para quien vende un bien sometido a una eventual rescisión.

— «Para el objeto de pagar un tributo al derecho de troncalidad basta y sobra el retracto convencional.»

— «No conviene exagerar los principios para que no degeneren en odiosos, y exagerarlos sería mantener en Aragón el retracto

⁸² Cfr GIL BERGÉS, *loc. cit.*, pp. 134 s

⁸³ GIL BERGÉS: «Las leyes rituales, incluso la Hipotecaria, que participa de doble carácter, han ido retocando lo fundamental del retracto de *avolorio*»; *loc. cit.*, pp. 136 s

⁸⁴ GIL BERGÉS, *loc. cit.*, p. 138

de *avolorio*, con más el consorcio foral y las instituciones que con ellos conspiran al intento de conservar las casas» ⁸⁵.

— El retracto gentilicio se asemeja a una vinculación, «ya que por él se estanca la propiedad raíz en las familias».

— «Es de interés público no sacrificar en aras de preocupaciones personales (...) el desarrollo de la producción y de la riqueza (...)» ⁸⁶, a haberse de apreciar afecciones particulares, más racional fuera que las leyes estableciesen retracto gentilicio sobre muebles que recuerdan tradiciones y glorias de parientes, lo cual, sin embargo, no ha acontecido» ⁸⁷.

— Fomenta simulaciones de precio, *mohatras* y *trapazas* para eludirlo ⁸⁸.

— Los códigos modernos lo han proscrito siguiendo las sabias palabras de Justiniano.

Como final de su dictamen, Gil Bergés propone a la Sección la respuesta que exactamente, palabra por palabra, se aprobó en el Congreso y que hemos transcrito. Por tanto, no sólo en la Sección no se elevan voces discordantes con la supresión, sino tampoco en el Congreso ⁸⁹.

El tema III del mismo capítulo V se refería al consorcio o fideicomiso foral. Consecuentemente con lo adoptado para el retracto gentilicio, el Congreso acordó su supresión ⁹⁰.

⁸⁵ La palabra *conspirar* no sugiere sino connotaciones negativas: hay que concluir que GIL BERGÉS no aprobaba el principio de conservación de los bienes en la familia.

⁸⁶ Obsérvese la reiteración de los argumentos de orden económico.

⁸⁷ No puede defenderse seriamente tal idea. el origen del retracto gentilicio está ligado inseparablemente a la tierra, a los bienes inmuebles, como base económica del grupo familiar, sustento y defensa del mismo. No es el interés afectivo (un tanto leve para el Derecho) el fundamento del retracto gentilicio, sino la supervivencia real de la familia.

⁸⁸ Tampoco es una razón de peso: el legislador no ha de suprimir todo lo que origina fraudes, sino que ha de procurar perfeccionar la regulación de los institutos, de forma que cumplan verdaderamente con su función y se haga difícil el fraude.

⁸⁹ GIL BERGÉS había apelado en su dictamen a los participantes a manifestar su opinión, que presumía acorde con la suya, con las siguientes e imponentes palabras «... los jurisconsultos aragoneses deben aprovechar la primera ocasión que se les presenta de manifestar, como cuerpo de clase reunida en asamblea, las opiniones que la mayor parte de ellos habrán emitido individualmente acerca de este punto»; *loc cit*, p. 139.

⁹⁰ Cfr. COSTA, *La libertad civil*, cit., p. 91.

El Congreso no trató de forma expresa la troncalidad. Moner propuso como tema adicional al cuestionario, entre otros, el siguiente: «¿Qué es troncalidad aragonesa? ¿Es lo mismo que patrimonialidad? ¿Cuál es su alcance después de la Ley de Sucesiones de 1835?»⁹¹. Desgraciadamente, no se discutió. Por tanto, hemos de entresacar, de entre las conclusiones adoptadas, las que tengan alguna relación con la troncalidad.

El capítulo IV se ocupa de las sucesiones. En su tema VI, dedicado a las intestadas, se aprobaron dos conclusiones. La primera es del siguiente tenor: «A falta de hijos y descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, los bienes que tuviere el difunto heredados o donados de cualesquiera de sus ascendientes o de sus parientes colaterales, volverán al mismo de quien inmediatamente procedan, si viviere, y en caso de que ya hubiera entonces fallecido dejando descendientes, recaerán en éstos»⁹². Aunque no se nombre la troncalidad, lo que aquí se contempla no es una mera reversión troncal de donaciones, sino la introducción de aquel principio en una de sus variantes respecto de todos los bienes troncales.

La conclusión octava, que se ocupa de los «restantes bienes», esto es, de los no troncales, establece la proximidad del parentesco como criterio ordenador de la sucesión⁹³. En la conclusión novena hallamos de nuevo otra característica propia del derecho de troncalidad: la preferencia de los colaterales sobre los ascendientes, aun cuando sólo sea en supuestos de igualdad de grado, y también la preferencia de la línea más próxima sobre la más remota nos reconduce a otro principio ligado con la troncalidad: la sucesión por parentelas⁹⁴.

Por tanto, a la vista de estas declaraciones hay que concluir que el Congreso respeta por completo el derecho de troncalidad en las sucesiones.

⁹¹ Cfr COSTA, *ob cit*, p 95

⁹² Cfr COSTA, *ob cit*, p 89

⁹³ «En los restantes bienes suceden los parientes más próximos del difunto, salvo el derecho de representación en los casos en que debe tener lugar», cfr. COSTA, *ibidem*

⁹⁴ «En igualdad de grados, los colaterales excluyen a los ascendientes, y los parientes de la línea más próxima a los de la más remota», cfr. COSTA, *ibidem*.

El Congreso celebró su última sesión el 7 de abril de 1881. Se acordó el nombramiento de una Comisión codificadora que en el plazo de tres meses había de redactar una Memoria de las conclusiones adoptadas en el Congreso, para después elaborar, en el plazo de tres meses subsiguientes, el proyecto de Código civil aragonés en forma de artículos, que comprendiera todo el Derecho civil especial de Aragón que había quedado vigente como excepción al Derecho común español ⁹⁵.

La Comisión codificadora se constituyó el 12 de mayo siguiente, dividiéndose en tres secciones, pero no llegó a realizar ninguno de sus cometidos ⁹⁶.

1.2.2. Memoria de Aragón

En ninguna de las páginas de esta Memoria aparece explícitamente mencionado el retracto gentilicio. Por tanto, hemos de atender a las declaraciones generales que puedan aplicársele y a su inspiración, para obtener conocimiento de su actitud hacia nuestro objeto.

En realidad, el contenido de la Memoria en lo que nos concierne ya ha sido adelantado al dar noticia de la comunicación antecedente a la misma que Franco y López dirigió al Colegio de Abogados. Y, por otra parte, comulga perfectamente con las conclusiones del Congreso de jurisconsultos de Zaragoza.

La Memoria ⁹⁷ está dividida en tres partes: dos preliminares

⁹⁵ Véase un comentario acerca de tales conclusiones del Congreso «No son artículos que decidan puntos determinados y concretos del Derecho foral, sino amplias y verdaderas bases para la formación de un código completo () El Gobierno pedía la abolición de la Ley foral salvo algunas y respetables instituciones, que sólo marcasen una limitada excepción en el Derecho común, y la contestación fue la pretensión de conservar ese mismo fuero, pero aumentado y extendido hasta el punto de retroceder en la obra de la unidad y cerrar para siempre el camino de llegar a ella», *Legislación foral de España Derecho vigente en Aragón*, Madrid, 1888, t I, p 47

⁹⁶ Para todo esto, cfr COSTA, *ob. cit.*, pp. 96-98

⁹⁷ LUIS FRANCO Y LÓPEZ, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Zaragoza, 1886

y una tercera donde se aborda ya directamente el objeto de la misma, subdividida en exposición de motivos y texto articulado. En la parte primera Franco declara su resuelta actitud favorable a la unificación según las pautas del Real Decreto de 2 de febrero de 1880; realiza un elogio de las instituciones civiles aragonesas que, adelantadas respecto a su época, presentan figuras incluidas como modernas en los Códigos del momento (consejo de familia, inexistencia de la excepción *non numeratae pecuniae* y de la rescisión por lesión...) y señala el escaso número y sencillez de los preceptos aragoneses, que ha provocado la existencia de muy pocos pleitos ⁹⁸.

En la parte segunda Franco se ocupa largamente de dos instituciones «que con razón son consideradas como más peculiares de la legislación de este antiguo Reino»: el derecho de viudedad y la libertad de testar, a las que defiende extensa y encendidamente ⁹⁹.

Con el epígrafe «instituciones cuya conservación no es imprescindible», Franco inicia la tercera parte de la Memoria. Antes de abordar directamente la exposición de motivos, declara que aunque podrían quedar subsistentes todas las instituciones civiles de Aragón excepto algunas pocas, puede prescindirse de varias de ellas rigiéndose por la legislación general de la nación ¹⁰⁰. Así declara que ningún perjuicio se ocasionará a Aragón si rigen las disposiciones del Código general concernientes a donaciones y contratos, «a excepción de varios de los que tienen relación con la sociedad conyugal o que son su consecuencia (...), así como de un cortísimo número de disposiciones relativas a algunos especiales» ¹⁰¹. Y ello por dos motivos: porque dado el silencio que sobre algunos contratos mantiene la legislación aragonesa, viene ya rigiendo la legislación castellana, y porque dada la frecuencia de las relaciones mercantiles y demás entre todos los habitantes del país es aconsejable la sujeción a una legislación única. «Y si el prescindirse de las disposiciones especiales que sobre varias de estas materias existen ha de ser ventajoso para los aragoneses,

⁹⁸ Cfr. FRANCO, *ob. cit.*, pp 12-39

⁹⁹ Cfr. FRANCO, *ob. cit.*, pp 41 ss.

¹⁰⁰ Cfr. FRANCO, *ob. cit.*, p 103.

¹⁰¹ Cfr. FRANCO, *ibidem*.

no lo ha de ser menos el que queden abolidas algunas instituciones hijas de otra edad y de diferentes costumbres que las actuales que se hallan todavía vigentes»¹⁰². Con estas palabras se refiere «principalmente» al *consorcio o fideicomiso foral*, en el que no aprecia «ventajas que sean suficientes a compensar los inconvenientes que para la libre disposición de la propiedad tiene que producir», por lo que ha de prescindirse del mismo, así como de otras disposiciones del Derecho aragonés «poco convenientes o no muy conformes con nuestras actuales costumbres»¹⁰³. El autor realiza seguidamente una declaración general, clave para nuestro estudio: «... de todas las instituciones civiles aragonesas únicamente deben conservarse, como una excepción del Código de la nación, las de que voy a ocuparme en esta tercera parte de la *Memoria...*»¹⁰⁴.

En el apartado dedicado a los contratos reitera lo ya dicho acerca de la conveniencia de prescindir de «casi todo» lo establecido por Derecho foral, proponiendo conservar sólo tres disposiciones, «y aun tal vez no habrá necesidad de que respecto de éstas se establecen (*sic*) unas excepciones en favor nuestro, si se les da cabida, como es de esperar que suceda, en dicho Código»¹⁰⁵. Tales disposiciones son: la excepción *non numeratae pecuniae*, la inexistencia de rescisión por lesión enorme (art. 163) y el axioma *standum est chartae* (art. 164)».

Es decir, no existe ni una sola referencia directa acerca de la supresión del retracto gentilicio. Sin embargo, dados los términos en que Franco plantea la Memoria, afirmando, según hemos visto, que sólo lo que en ella conste ha de conservarse, no cabe duda de que el autor opta por su supresión. Por otra parte, las palabras transcritas, que el autor predica «principalmente» del consorcio foral, nos hacen sospechar —por lo que ya sabemos se discutió en el Congreso de juriscónsultos— que también son predicables del retracto gentilicio.

Buscando declaraciones sobre la troncalidad, pasemos a analizar lo dicho acerca de las sucesiones intestadas. El autor realiza

¹⁰² FRANCO, *ob. cit.*, p. 105.

¹⁰³ FRANCO, *ob. cit.*, p. 106

¹⁰⁴ FRANCO, *ibidem*

¹⁰⁵ FRANCO, *ob. cit.*, pp. 150 s

una tajante afirmación: «los ascendientes deben suceder con preferencia a los colaterales», atendiendo tanto al afecto como a los deberes existentes entre unos y otros ¹⁰⁶. El autor manifiesta su «repugnancia» porque unos colaterales lejanos «vengan a suceder en una cuantiosa herencia por sólo el hecho de proceder los bienes que la componen de parientes paternos del difunto y serlo aquéllos por la misma línea, con preferencia a la madre...» ¹⁰⁷. En tal afirmación no ha de verse un ataque frontal a la troncalidad, sino solamente a uno de sus efectos: la exclusión de los ascendientes. Sigue Franco la idea que ya vimos consignada en la comunicación al Colegio de Abogados: la *limitación* del derecho de troncalidad.

Limitación, pero no supresión, porque al defender la derogación de la sucesión de los colaterales del 7.º al 10.º grado y del Estado, Franco se apoya en dos pilares: «el afecto presumible del difunto» y «el principio de familia o la base de troncalidad» ¹⁰⁸. En una palabra: contempla la troncalidad aunque limite sus efectos.

El orden de sucesión que establece es, pues: primero hijos legítimos, luego ascendientes e hijos naturales (concurriendo dividen la herencia: art. 150) y por último colaterales. Y las concesiones a la troncalidad son numerosas:

— A falta de descendientes legítimos, los *bienes* transmitidos al difunto a título oneroso o lucrativo por cualquier ascendiente se devolverán al mismo o a sus hijos (art. 148).

— A falta de descendientes y ascendientes, los *bienes inmuebles* adquiridos a título lucrativo de cualquiera de los colaterales volverán al mismo o a su descendencia, ostentando los ascendientes del difunto el usufructo vitalicio de tales bienes (art. 154).

— «En los bienes que el difunto hubiera adquirido por herencia, legado o donación de su padre o madre o abuelos paternos o maternos, le sucederán tan solamente los hermanos que lo sean por la parte de donde los bienes proceden» (art. 155).

En el epílogo de la exposición Franco reitera de nuevo su

¹⁰⁶ Cfr FRANCO, *ob cit*, p 146

¹⁰⁷ FRANCO, *ibidem*

¹⁰⁸ FRANCO: «Y si se acepta como criterio para la adjudicación de los bienes del intestado el principio de familia o la base de troncalidad, todavía hay menor razón para que se haga en favor del Estado», *ob cit*, p 149

deseo de unificación, que prueba su silencio «acerca de una porción muy considerable de materias de que nuestro Derecho especial se ocupa, y no seguramente con poco acierto»¹⁰⁹. Tampoco entre las que enumera se halla el retracto gentilicio; simplemente insiste en la conveniente unidad en materia de obligaciones y contratos por el incremento de relaciones entre las diferentes provincias¹¹⁰.

En conclusión, la voluntad unificadora de esta Memoria, sin reticencias y con escasas reivindicaciones foralistas, se extrema en obligaciones y contratos. Sin embargo, no podemos estimar que la supresión del retracto gentilicio que se desprende de ella responda tan sólo a un sacrificio en aras de la unidad: tanto el Congreso de jurisperitos como la conservación limitada de la tronalidad en la Memoria nos inducen a concluir que no existía una voluntad favorable a tal institución.

1.3. Memoria de Vizcaya

En Manuel de Lecanda y Mendieta recayó el nombramiento del Gobierno para la redacción de la Memoria de las instituciones civiles que habían de quedar vigentes en las Provincias Vascongadas tras la promulgación del Código civil único. Como no podía ser de otra manera, la Memoria se refiere exclusivamente a las instituciones *civiles* de las Vascongadas; por tanto, sólo considera la parte civil del Fuero de Vizcaya.

Lecanda, natural de Vizcaya, adopta en su Memoria, de forma similar a Franco, muy diferente método del seguido por Morales: se limita a consignar razonadamente, en breves páginas, qué leyes del Fuero de Vizcaya han de conservarse y cuáles pueden desaparecer, siempre según su opinión, «sin que sea lícito en ningún

¹⁰⁹ FRANCO, *ob cit*, p 162

¹¹⁰ FRANCO «Por lo mismo que la mayor facilidad de comunicaciones y el gran desarrollo que ha adquirido y va adquiriendo el comercio, han aumentado considerablemente las relaciones de una provincia con otra, es más imprescindible que, en todo lo relativo a la contratación, exista para todas ellas derecho común», *ob cit*, p 163

caso darle otra significación ni otro alcance» ¹¹¹. La Memoria de Vascongadas destaca, pues, por su brevedad ¹¹².

Tras hacer constar que anima a su trabajo el deseo de cooperar «a la conservación permanente y estable de los principios e instituciones fundamentales del Derecho foral que después de la sanción de los siglos, van a recibir otra no menos importante en el Código civil que se proyecta» ¹¹³, y su cariño y adhesión a tales instituciones, entra rápidamente en materia.

Recogiendo prácticamente las mismas palabras del Decreto, Lecanda juzga que ha de prescindirse de algunas materias «por no ser de vital importancia ni afectar de una manera sensible a costumbres arraigadas, ni a las condiciones de la propiedad, ni al estado de la familia en el país aforado» ¹¹⁴.

Con bastante extensión, considerando la brevedad del trabajo, se ocupa del Título XVII del Fuero de Vizcaya, que recoge la compraventa de bienes troncales, que es lo que nos interesa para nuestro estudio. Tras reconocer la importancia de las leyes ahí recogidas para las condiciones de la propiedad, incide en la variación de las circunstancias desde que se dictaron: «no se reputa hoy de tanto interés la conservación de los bienes raíces en la familia: el cambio y el progreso de las ideas y de los tiempos, el mayor roce y comunicación entre los que antes se consideraban como extraños; el acrecentamiento de la riqueza; el gran movimiento que se ha desarrollado en la contratación de esa clase de bienes, son otras tantas causas que han quitado, o al menos amornado, la importancia que antes se daba al derecho de que se trata» ¹¹⁵.

¹¹¹ Manuel de LECANDA Y MENDIETA, «Memoria sobre las instituciones civiles que deben quedar vigentes en las Provincias Vascongadas», en *Legislación Foral de España. Derecho civil vigente en Vizcaya*, Madrid, 1888, pp. 6-15

¹¹² LECANDA razona el método expositivo de su Memoria, no dividido en artículos, con las siguientes palabras: «Como se anuncia que las instituciones forales que han de conservarse serán objeto de una Ley especial y no se declara el orden o método que ha de seguirse en la formación de esa Ley, parece que a nada puede conducir el que se formule en artículos el pensamiento que en esta Memoria se ha expuesto», *loc. cit.*, p. 15

¹¹³ LECANDA, *loc. cit.*, p. 6

¹¹⁴ LECANDA, *loc. cit.*, p. 7.

¹¹⁵ LECANDA, *loc. cit.*, p. 8.

En esta frase se aprecia una concatenación de causas: no se da hoy importancia al derecho de los parientes porque se ha perdido interés por la conservación de los bienes en la familia, lo que a su vez viene provocado por una serie de factores de signo social, económico e incluso ideológico. Ahora bien, pienso que el autor destaca especialmente los económicos: el incremento de la riqueza, de la contratación...

Se percibe aún con mayor claridad esta idea en sus palabras siguientes, donde, tras justificar la conveniencia de las formalidades y limitaciones que implica la institución en tiempos anteriores, considera que en la actualidad producen mayores perjuicios que ventajas: «es incuestionable que la propiedad raíz pierde mucho de su estimación merced a esas cortapisas, y que la contratación sobre inmuebles, en esta época de actividad y movimiento, se entorpece y dificulta con tales disposiciones legales»¹¹⁶. Disminución del valor de los bienes inmuebles y entorpecimiento de su contratación son las razones que aduce para considerar la institución inadecuada para la época actual: *anacrónica*, en una palabra. De nuevo aparece lo que ya vimos al analizar las razones de los proyectos de 1836 y 1851 y las del Gil Bergés: la aversión a la institución no la determina su finalidad, el mantenimiento de la propiedad en la familia, sino los desfavorables efectos económicos que produce en el tráfico inmobiliario. Ahora bien: aparte de que resulta muy difícil separar *efecto* de *finalidad*, tampoco resulta acorde con los imperativos de la época la defensa de la propiedad «ligada» a la familia. Por tanto, aunque el ataque no se dirija directamente a ese nexo propiedad-familia, no encuentra el mismo fácil justificación para la ideología liberal.

De cualquier manera, Lecanda no muestra un rechazo absoluto hacia la institución, sino que, partiendo del mantenimiento del retracto gentilicio en el Código civil, juzga suficientemente salvaguardada con él la esencia de la institución vizcaína: «se anuncia que se conservará en el Código civil el tanteo o retracto gentilicio, si bien con las restricciones convenientes para no debilitar el derecho del dueño, y con esto hay lo suficiente, a juicio del que

¹¹⁶ LECANDA, *ibidem*

suscribe, para favorecer en lo posible y en lo justo la realización del pensamiento a que responden esas disposiciones» ¹¹⁷.

Se aprecia así una preocupación por que se limite la institución, de forma que el derecho de propiedad del dueño no resulte cercenado.

Por todo lo dicho, Lecanda aboga por prescindir de los títulos XVII, XVIII y XIX del Fuero de Vizcaya, que tratan, respectivamente, del derecho de los «profincos» para obtener la heredad que fuere vendida, falsamente permutada y empeñada, dejando la materia íntegra al Código civil. Con lo cual, Lecanda parece considerar la compraventa de bienes troncales en Vizcaya y el retracto gentilicio esencialmente iguales, al confiar la realización de la finalidad de la primera al segundo. Además, puesto que, como vimos, Lecanda juzga que ha de prescindirse de las materias que no sean de vital importancia para el estado de la familia, hay que concluir que entre éstas incluye al derecho de saca vizcaíno.

Por el contrario, Lecanda considera de capital importancia conservar todas las disposiciones del Fuero en relación con el principio de troncalidad aplicado a las sucesiones ¹¹⁸. Respecto a la ley octava del título XXI, que regula el orden de suceder abintestato, considera que puesto que no hay diferencia esencial con la Ley general, sólo debe conservarse de ella la parte que regula los bienes raíces ¹¹⁹.

Esto es, Lecanda estima necesario mantener *todas* las peculiaridades del Fuero sobre los bienes raíces excepto el retracto foral, que rechaza por anacrónico. En otras palabras: respeta las limitaciones impuestas por el Fuero a la facultad de disponer a título gratuito —*inter vivos* o *mortis causa*— y prescinde de las impuestas a la disposición onerosa. Ello constituye una limitación del principio de troncalidad, que desaparece para las transmisiones onerosas y se mantiene para las gratuitas.

¹¹⁷ LECANDA, *loc. cit.*, pp 8 s LECANDA se refiere a la base 16 del proyecto de Ley de Bases de 1881, donde el retracto gentilicio se mantiene expresamente

¹¹⁸ Leyes 8, 15, 16 y 18 del título XX, Leyes 8 y 9 del título XXI, la Ley 9 del título XXI trata del padre que hereda del hijo y contrae segundas nupcias, prohibiéndosele que deje bienes de los que recibió del hijo del primer matrimonio a los del siguiente.

¹¹⁹ Cfr LECANDA, *loc. cit.*, p 14

Alonso Martínez, al referirse a esta Memoria, elogia la labor de Lecanda, considerando él mismo como excepción necesaria para Vizcaya «el mantenimiento del fuero de troncalidad, pero sin aplicarlo al contrato de compraventa; antes bien, derogando el título XVII del Fuero del Señorío, que tanto embaraza la libertad del propietario y que produce una sensible depreciación en el valor de los inmuebles»¹²⁰.

Las palabras contra el retracto foral resultan curiosas viniendo de alguien que en la Ley de Bases de 1881 trata de mantener el retracto gentilicio. Por otra parte, se percibe con claridad que Alonso Martínez relaciona por completo el retracto foral con el fuero de troncalidad¹²¹.

Así, pues, tampoco la Memoria de Vizcaya recoge el derecho de saca foral entre las instituciones autóctonas que han de respetarse y mantenerse tras la unificación. Y la razón que motiva esta decisión es la misma que venimos transcribiendo de otros textos y autores: no un juicio negativo sobre la finalidad de la institución ni sobre la técnica de la misma, sino una especial preocupación por su incidencia económica, en cuanto entorpece la libre circulación de los bienes. Aunque aquí, en Vizcaya, esta idea aparece un tanto atenuada, puesto que Lecanda creía que el Código civil iba a mantener el retracto gentilicio y, por otro lado, defiende el mantenimiento de la troncalidad en sus demás manifestaciones.

1.4. Memoria de Cataluña

El nombramiento de Manuel Durán y Bas como letrado correspondiente a Cataluña en la Comisión General Codificadora y la consiguiente tarea de elaborar la Memoria de las instituciones catalanas también provocó, como en Aragón, la convocatoria de

¹²⁰ Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, reed., Madrid, 1947, p. 456

¹²¹ ALONSO MARTÍNEZ. «El principio troncal gozaría del favor de la opinión pública si no se hubiera llevado a la exageración en sus aplicaciones a los actos de la vida civil. Honra sobremanera al señor Lecanda el haber renunciado al mantenimiento del título XVII del Fuero, cuyo fin principal es declarar y sancionar el derecho de los parientes a pedir para sí los bienes raíces cuando su propietario decide venderlos» (*ob. cit.*, p. 436)

un Congreso regional de juriconsultos catalanes. Inició sus sesiones en febrero de 1881, pero al no contar con una previa sistematización de las materias que iban a discutirse, se expusieron en él las teorías más contradictorias. Tras la retirada de una minoría de los congresistas, triunfó el criterio de que la legislación civil catalana era necesaria en su conjunto para el Principado y, por tanto, debía conservarse. Esto es, triunfó la línea más intransigente respecto a la unificación.

Durán y Bas redactó su extensa Memoria sin atenerse al proyecto de 1851, con el que no estaba de acuerdo. La obra destaca por su gran extensión: «el señor Durán y Bas parece haber hecho no un Código diminuto y excepcional para una localidad, sino el de una nación»¹²². Está precedida por una larga introducción a la que sigue la parte expositiva, para terminar con una parte dispositiva de 354 artículos¹²³.

Al final de la introducción, Durán y Bas expone el método que seguirá en la Memoria. Distingue cuatro categorías de instituciones dentro del Derecho catalán vigente: las que han de ser importadas por el Derecho común, las que han de conservarse íntegramente para Cataluña, las que han de conservarse tras sufrir alguna reforma y las que han de suprimirse «por haber desaparecido su razón de ser o por sus inconvenientes prácticos»¹²⁴.

Pues bien: a pesar de la extensión de su obra, Durán y Bas no menciona en ella el «derecho de tornería» del Valle de Arán, por lo que ignoramos en cuál de las categorías antedichas creía conveniente incluirlo. No puede concluirse de tal silencio que el autor fuera partidario de su supresión, ya que cuando así es lo dice expresamente¹²⁵. Tampoco justifica su falta el que se trate de una institución existente únicamente en el Valle de Arán, ya

¹²² *Legislación Foral de España Derecho vigente en Cataluña*, Madrid, 1887, t. I, p. 36.

¹²³ Manuel DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883. Un resumen más detallado del realizado aquí puede encontrarse en José María ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886, pp. 134 s.

¹²⁴ DURÁN Y BAS, *ob. cit.*, pp. CII s.

¹²⁵ Por citar un ejemplo, v. pacto de sobrevivencia, DURÁN Y BAS, *ob. cit.*, p. 71.

que el autor se ocupa de todas las instituciones existentes en Cataluña, con independencia de su ámbito y naturaleza jurídica, ya que todas ellas integran el Derecho foral de Cataluña ¹²⁶.

Así, el autor constata en su introducción la existencia de «costumbres locales de carácter jurídico que son parte o elementos del Derecho civil catalán», que en algunas partes, como en el Valle de Arán, siguen «en uso» ¹²⁷. Además, en la parte expositiva, dentro del capítulo II de la parte primera, bajo el epígrafe «El Derecho civil de Cataluña en sus principios generales sobre los derechos, los actos jurídicos y las acciones», señala la existencia de privilegios concedidos a ciudades y comarcas. Dentro de ellos cita los que goza el Valle de Arán «y los limitadísimos a una sola institución, y aun a veces a un solo efecto de ella, que en algunas poblaciones gozan sus habitantes» ¹²⁸. Considera que este «derecho anormal» de los privilegios «conserva hoy todo su vigor (...) cuando es muy extenso (...) o muy especial (...); de tal suerte que merece respeto, porque lo legitiman su antigüedad y lo general de su aplicación y no lo rechazan la justicia y la utilidad general» ¹²⁹. Más adelante afirma que la división de los derechos en cuanto privilegios para ciertas localidades se debe mantener en concepto de ley de excepción, «porque (...) no es posible hacer desaparecer tales privilegios donde por su extensión o gran arraigo en la conciencia del país produciría esto perturbación profunda» ¹³⁰.

En resumen, Durán y Bas no consideraba necesario abolir los privilegios concedidos a los habitantes de ciertas localidades. Dado que dentro de ellos se incluye el «derecho de tomaría» del Valle de Arán, podemos decir que el género a que pertenece no se contempla como necesitado de supresión.

En la parte cuarta, «Del derecho de las obligaciones», dentro del capítulo I, que habla de ellas en general, el autor consigna la existencia de reglas especiales para algunos contratos como la compraventa. De entre ellas algunas han de quedar como de

¹²⁶ DURÁN Y BAS, *ob cit.*, pp. LXXXIX s.

¹²⁷ DURÁN Y BAS, *ob cit.*, pp. LXXVII s.

¹²⁸ DURÁN Y BAS, *ob cit.*, p. 19.

¹²⁹ DURÁN Y BAS, *ibidem*.

¹³⁰ DURÁN Y BAS, *ob cit.*, pp. 21 s.

derecho especial, otras ser admitidas al derecho común y otras deben suprimirse: «las del título XIX, libro 4.º, volumen I, y la 1.ª del título V, libro 4.º, volumen II de las Constituciones de Cataluña, prohibitivas de ciertas ventas; las que, como algunas otras, estén y no puedan menos de estar en desuso, lo mismo que algunas que limitan la capacidad o la libertad para comprar (...)»¹³¹. ¿Hemos de deducir de estas palabras tan generales una intención derogatoria hacia el «derecho de tornería»? Las leyes que nombra expresamente no se ocupan de tal derecho, sino de otras limitaciones claramente superadas por anacrónicas. No se incluye tampoco el privilegio de la tornería entre las leyes que están en desuso, ya que ello iría contra lo anteriormente manifestado acerca de la vigencia de los privilegios del Valle de Arán. La única duda nos surge al preguntarnos si Durán y Bas consideraba a la institución limitativa de la libertad para comprar, y por ello, susceptible de supresión. La generalidad de sus palabras no nos permite formarnos una opinión con garantías.

El capítulo II de la misma parte se ocupa de algunas obligaciones y contratos en especial, consignando el autor que las más importantes especialidades del Derecho catalán se refieren a la compraventa¹³². Sin embargo sólo se refiere, dentro de ésta, a la venta a carta de gracia o *empenyament*, de la que trata de forma extensa¹³³, y como figuras análogas a la compraventa, al censal y al violario. Todas ellas las regula detenidamente en el articulado¹³⁴. Pero de nuevo ninguna referencia al derecho de tornería.

Personalmente, creo que no es aventurado atribuir tal silencio a un simple olvido del autor. El que trate de los privilegios en general sin oponerse a que permanezcan el vigor, el que se refiera a la importancia de las especialidades catalanas atinentes a la compraventa sin nombrar el derecho de tornería ni para defender su permanencia ni para abogar por su supresión, así nos lo hace pensar.

¹³¹ DURÁN Y BAS, *ob. cit.*, p. 147.

¹³² Cfr. DURÁN Y BAS, *ob. cit.*, p. 149

¹³³ Cfr. DURÁN Y BAS, *ob. cit.*, pp. 149-156

¹³⁴ Cfr. DURÁN Y BAS, *ob. cit.*, arts. CXCII-CCXXI

2. *Proyecto de Ley de Bases de 22 de octubre de 1881*

El 8 de septiembre de 1881 sobreviene un nuevo Gobierno, cuyo ministro de Gracia y Justicia es Alonso Martínez. Convencido de que por el sistema de las Memorias no era posible llegar a la unidad, el ministro anuncia la realización de un proyecto de Código civil con leyes especiales que contengan los Apéndices para las provincias forales.

Hallándose ya la Sección civil de la Comisión de Codificación discutiendo el libro 1.º del Código, interrumpe su trabajo, el día 9 de septiembre de 1881, para tratar de las bases redactadas por el ministro. La base 16, penúltima, es del siguiente tenor:

«Se conservará el derecho de tanteo por respeto a la tradición y por la conveniencia que resulta de la consolidación del dominio; pero restringiendo el gentilicio así en cuanto a las personas como en cuanto a las cosas que de él son su objeto cuanto sea posible, para no debilitar indebidamente el derecho del dueño a disponer de sus bienes libres y en favor de quien quiera »

Igon la impugnó en lo tocante al retracto gentilicio, porque creía que había ocasionado muchos abusos, pero lo defendió como «muy conveniente» Alonso Martínez, quedando la base de la misma forma en que venía redactada ¹³⁵.

Como puede verse, trataba de conjugar el mantenimiento del retracto gentilicio con la facultad de disposición del dueño, de forma que al restringir el ámbito del retracto en cuanto a su objeto y legitimación activa se lesionara de forma mínima la libertad del propietario.

Tras esa primera sesión, cuyo objeto fundamental era simplemente dar cuenta de las bases a la Sección, ésta vuelve a ocuparse de las mismas el 13 de septiembre, bajo la presidencia del ministro. En primer lugar se hace referencia a su escaso número, que se considera suplido por la remisión que el artículo 1 realiza al proyecto de 1851 ¹³⁶. Así, Cárdenas observa que «no debe haber

¹³⁵ Cfr LASSO GAITE, *ob cit*, vol I, p 389

¹³⁶ El artículo 1.º del proyecto de Ley de Bases de 1881 para el Código civil decía. «Se autoriza al Gobierno para publicar como Ley del Reino el proyecto de Código civil de 5 de mayo de 1851 con las modificaciones que el estado actual del país y los adelantos de la ciencia del Derecho aconsejen (...), acomodándose a las siguientes bases »

más que las necesarias a expresar aquellas en que se altera o modifica lo establecido en el proyecto de 1851»¹³⁷.

Consigno estas palabras porque inciden de lleno en la materia de nuestro estudio: a pesar del reducido número de bases, la dedicación de una de ellas a tratar del retracto gentilicio viene justificada por la derogación de que había sido objeto en el proyecto de 1851. En realidad, aunque la base 16, usando el genérico nombre de «tanteo», englobe a todos los existentes, sólo el retracto gentilicio necesitaba figurar, porque los otros ya habían sido incluidos en el proyecto de 1851. Las razones del cambio de criterio quedan, de momento, un tanto oscuras: sólo contamos con ese «respeto a la tradición», que, sin duda, se refiere directamente al retracto gentilicio. Porque no parece que éste pueda encajar como modificación requerida por «el estado actual del país y los adelantos de la ciencia del Derecho», según reza el artículo 1. Por tanto, hemos de atribuir este cambio de tratamiento al personal criterio del autor de las bases, Alonso Martínez. Lo veremos con mayor detenimiento en el curso de las discusiones.

El retracto gentilicio fue objeto de nuevas críticas en este posterior y más detenido examen de las bases. Así, en sesión de 16 de septiembre Igon vuelve a atacarlo por considerarlo «inconveniente»¹³⁸. El ministro insiste en su defensa por juzgarlo «muy útil como un medio de reconstruir la propiedad y uniformar en algo el Derecho de Castilla con el de las provincias por el íntimo enlace que tiene este retracto con el fuero de troncalidad, que tanta fuerza conserva en algunas de ellas, sobre todo en Vizcaya»¹³⁹. Al final se acepta la base sin modificarla.

Las razones de Alonso Martínez merecen un comentario. En primer lugar, no es exacto que el retracto gentilicio sirva para la reconstitución de la propiedad. A tal finalidad se encamina el retracto de comuneros y los relacionados con la enfiteusis y otras figuras análogas, pero el retracto gentilicio lo que hace más bien es evitar la desmembración del patrimonio familiar *fuera* de la propia familia. No es de por sí adecuado para conseguir la unifi-

¹³⁷ Cfr LASSO GAITE, *ob cit*, vol I, p 389, quien recoge íntegras las actas de las sesiones de la Sección referentes a las bases en pp 389-393

¹³⁸ Cfr LASSO GAITE, *ob cit*, vol I, p 392

¹³⁹ Cfr LASSO GAITE, *ibidem*

cación física de los fundos, porque permite su desmembración *dentro* de la familia (si un fundo se divide al enajenarlo a uno o varios parientes, ningún otro pariente, aunque sea de mejor grado, podrá retraerlo y unificarlo de nuevo), y respecto a enajenaciones fuera de la familia, sólo en el caso de que el pariente fuera ya condueño lograría el retracto unir una propiedad, y no hay que olvidar que el retracto de comuneros y los relacionados con la enfiteusis han sido, históricamente, preferentes al del pariente ¹⁴⁰.

En segundo lugar, resulta curiosa su defensa del retracto gentilicio como unificador del Derecho de Castilla y las provincias forales. Curiosa, porque en lugar de aludir directamente a la coexistencia de la institución (salvadas las diferencias de denominación y régimen) en el Derecho castellano y la mayoría de las provincias forales, adopta un argumento más complicado y menos concluyente: señalar el enlace del retracto gentilicio con la troncalidad y la fuerza de ésta en los fueros. De tal idea se deduce que el enlace entre las legislaciones lo aporta la troncalidad, como inspiradora en el Derecho castellano del retracto gentilicio y expresamente presente en otras instituciones forales. Pero, dejando aparte el tema de las relaciones entre el retracto gentilicio y el derecho de troncalidad, ¿qué necesidad había de complicar la argumentación? Más sencillo y directo era señalar, simplemente, la existencia de una institución común al Derecho castellano y foral, en que la unificación no hubiera resultado problemática, en lugar de buscar enlaces que en la realidad no conducían a la tan ansiada unidad, ya que las bases no contemplaban ninguna otra concesión a la troncalidad.

Quizá de todo esto podamos concluir que el interés de Alonso Martínez por la conservación del retracto gentilicio residía fundamentalmente en la propia institución, con independencia de sus propiedades uniformadoras.

De cualquier manera, siendo remitido este proyecto de Ley de Bases al Senado el 22 de octubre, no llegó a ser Ley.

¹⁴⁰ V Ley VII, tít VIII, libr X Novísima Recopilación. Para un estudio de la legislación histórica sobre retracto gentilicio, cfr Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, «Antecedentes históricos del retracto gentilicio (Estudio paralelo de las fuentes castellanas y navarras)», *Revista Jurídica de Navarra*, núm 9, enero-junio 1990, pp 99-149

Mientras tanto, la Sección había redactado ya los dos primeros títulos del Código civil. Alonso Martínez, comprendiendo que por el sistema de las bases no prosperaría el Código, presentó al Senado tales libros primero y segundo, dando a entender en el preámbulo que relegaba las primitivas bases al olvido ¹⁴¹.

Al mismo tiempo, en la Sección se iniciaban ya las discusiones para la redacción de los libros 3.º y 4.º, donde se planteaban más numerosos los puntos de fricción entre el Derecho común y el foral. Alonso Martínez reunió a los vocales forales —que ya habían redactado las Memorias— y les requirió para que le sugirieran las cuestiones que había de presentar a la Comisión de Codificación. Comparecieron Morales, Franco y Durán y Bas, y en el cuestionario que expusieron no se incluía el retracto gentilicio, a pesar de la defensa del mismo en la Memoria de Morales. Se mencionaba la existencia de «algunas costumbres especiales en materia de contratos», pero se referían al régimen económico del matrimonio, la dote, las donaciones *propter nuptias*, la enfiteusis y, en cuanto a Aragón, la excepción *non numeratae pecuniae* y la inexistencia de rescisión por lesión ¹⁴².

En la discusión subsiguiente, la Comisión, después de haberse extendido profusamente en materia de sucesiones, dedica las dos últimas sesiones a obligaciones y contratos, haciéndolo «con cierta ligereza y apresuramiento». Ello explica la ausencia de polémica y que las sesiones se limitaran a una ilustración, brindada por los vocales forales, sobre las especialidades de su respectiva región ¹⁴³.

Quizá por esa ligereza en la exposición ninguno de los vocales forales hizo referencia al retracto gentilicio, aunque la razón también puede residir en su falta de condición especial o foral. Puesto que en aquel momento se trataba de señalar las diferencias que podían entorpecer la unificación, ya para incluirlas en el proyecto común, ya para mantenerlas como leyes especiales, es posible

¹⁴¹ ALONSO MARTÍNEZ «A las bases presentadas en 30 de octubre último sustituye hoy () el que suscribe, el texto íntegro del proyecto de los libros primero y segundo del Código civil. .», *DSC*, Senado, 14 de diciembre de 1882, ap 5º al núm 10, pp 1 s

¹⁴² Cfr Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, reed , Madrid, 1947, pp. 36 s , 307 s., 318 ss

¹⁴³ Cfr ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil* , cit , p 307.

concluir que el retracto gentilicio no se sentía como especialidad foral a mantener.

Sin embargo, puesto que la presentación al Senado de los libros 1.º y 2.º del proyecto había sustituido a las bases, el retracto gentilicio se hallaba en una posición ambigua en el Derecho común, entre la prohibición decidida en el proyecto de 1851 y la falta de pronunciamiento del momento: ni se podía presuponer su mantenimiento ni su desaparición. Por eso sorprende el que, al menos Morales, que lo había defendido ardientemente en su Memoria, no lo mencionara, si no como propia especialidad foral, sí como institución que Navarra deseaba mantener.

El que Alonso Martínez, que con tanta decisión había defendido el retracto gentilicio en las bases, no se refiera en absoluto en este momento a él, no es demasiado sorprendente. Como ya hemos dicho, se estaban manifestando especialidades forales y no era momento de discutir la permanencia o no de una institución común.

3. *Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885*

Redactadas por un nuevo ministro de Gracia y Justicia, Silvela, son más numerosas —de 17 pasan a 27—, extensas y concretas que las de 1881. Esto se explica porque el proyecto de 1851 ha perdido protagonismo: de punto de partida y fundamento para el nuevo Código ha pasado a un segundo lugar, inspirando el Código en cuanto que recoge el Derecho vigente de Castilla¹⁴⁴. Así, las bases tienen mayor independencia y vocación de globalidad, en lugar de referirse exclusivamente a las diferencias respecto de tal proyecto.

Pues bien: a pesar de tales características, no se hace referencia alguna a los retractsos, por lo que nos surge la duda de si se entendían con ello aceptadas las disposiciones del proyecto de 1851. Intentemos aclararlo siguiendo el recorrido de las bases.

En materia de sucesiones, la base 15 contempla la legítima de los ascendientes: «la mitad de la herencia en propiedad adjudicada por líneas y no por proximidad de parentesco», donde se

¹⁴⁴ Base I. «El Código se ajustará en el tratado de su plan general al proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles de Derecho histórico de Castilla ()»

aprecia una ligera atención a la troncalidad, única de todas las bases, ya que no vuelve a aparecer en ellas. En cuando al orden de la sucesión intestada, regulado en la base 17, los ascendientes heredan inmediatamente después de los descendientes, con preferencia sobre los colaterales, lo que va en contra de las reglas de la troncalidad.

El 14 de febrero, la Comisión del Senado emite informe favorable sobre las bases, discutiéndose posteriormente en el Senado. Tales discusiones no arrojan luz sobre el objeto de nuestro estudio, porque nadie eleva la voz poniendo de manifiesto el silencio del proyecto en materia de retractos.

Uno de los temas que suscitó mayor discusión fue el de las sucesiones. Para nuestro estudio tomaremos simplemente el dato de que el senador Seoane presentó una adición a la base 17, estableciendo la reserva lineal a favor del tronco de procedencia de los bienes heredados por los ascendientes de sus descendientes ¹⁴⁵. Silvela, en representación de la Comisión del Senado, manifestó que en materia de troncalidad, y para tratar de conciliar la legislación castellana con la foral, se había deseado dejar en libertad a la de Códigos para que estimara lo más oportuno ¹⁴⁶. Así que se retiró la enmienda y se aprobó la base sin más discusión.

Aprobado el proyecto en el Senado, la Comisión del Congreso (a la que pertenecía Alonso Martínez como presidente) lo aceptó en conjunto. En la discusión en el Congreso sólo Gil Bergés se refiere incidentalmente al retracto gentilicio. Declarándose firme partidario de la unificación civil, da pruebas del carácter conciliador de Aragón para lograrla, manifestado en el Congreso de jurisconsultos de Zaragoza. Una de estas pruebas es la postura adoptada hacia el retracto gentilicio:

«Respecto del retracto gentilicio, el Congreso de Zaragoza acordó que ni la legislación de Castilla ni la de Aragón son aceptables (). Si no me es infiel la memoria, en el proyecto del Código de 1851 había sido ya el retracto gentilicio objeto de una igual proscrición a la que se le inflige por el Congreso de jurisconsultos aragoneses. Creo que no lo mantendréis» ¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr *DSC*, Senado, 27 de abril de 1885, núm. 110, p. 2285.

¹⁴⁶ Cfr *ibidem*, pp. 2285 s.

¹⁴⁷ *DSC*, Congreso, 19 de junio de 1885, núm. 177, p. 5217.

Nadie se refirió en la discusión de nuevo al retracto gentilicio, ni siquiera Alonso Martínez, que tan firmemente lo había defendido en las bases de 1881. El Congreso tenía asuntos generales de mayor importancia, como la problemática de los Derechos forales, sobre los que centrar su atención.

La discusión quedó suspendida primero por urgencia de los presupuestos y luego por el fin de la legislatura y la muerte de Alfonso XII.

4. *Ley de Bases del Código civil de 11 mayo de 1888*

Nombrado de nuevo ministro de Gracia y Justicia Alonso Martínez el 27 de noviembre de 1885, inició los trámites para que las discusiones de la Ley de Bases de 1885 se retomaran en el punto en que quedaron. Por tanto, no se formula una nueva Ley de Bases, sino que la Ley que se sanciona el 11 de mayo de 1888 es esencialmente la de 1885, con las pequeñas modificaciones introducidas a través de su andadura por las Cámaras.

El retracto gentilicio no vuelve a aparecer ni en la Ley ni en las discusiones parlamentarias, que apenas se ocupan de las bases dedicadas a contratos ¹⁴⁸. Consideraremos ahora la base 1.^a, que por su carácter general puede tener alguna relevancia para nuestro estudio.

La base 1.^a expresa el pensamiento informador del nuevo Código y su postura respecto del proyecto de 1851. Como ya hemos visto al analizar las bases de 1885, se toma como base «en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio». Esto es, no se adopta el proyecto de forma absoluta y literal, sino en cuanto recoge el Derecho histórico español ¹⁴⁹, por lo que, en palabras de Sánchez Román, «respecto de las *novedades* de dicho

¹⁴⁸ DE CASTRO se refiere a ello como «un caso de abandono» de la Ley de 1888 respecto del proyecto de 1881. Federico de CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, Ed Civitas, 1984, t I, p 197, nota 1.

¹⁴⁹ La doctrina es acorde en interpretar en este sentido la ya de por sí clara redacción de la base; esto es, el proyecto de 1851 no se toma en cuenta *porque* recoge el Derecho histórico español, sino *en la parte en que* lo recoge.

proyecto y de todo aquello que no fuera expresión de dicho Derecho patrio, el gobierno no debía entenderse autorizado para trasladar aquéllas al nuevo Código civil»¹⁵⁰. De novedad puede calificarse la supresión que hizo el proyecto del retracto gentilicio, así que en tal materia, y ateniéndonos estrictamente al dictado de la base 1.^a, el Gobierno no estaba facultado para seguir la decisión de García Goyena¹⁵¹.

Por otra parte, la base indica el carácter no innovador que había de tener el Código, limitándose a «aclarar y armonizar» el Derecho histórico, aunque atendiendo también a las nuevas necesidades con soluciones fundadas en precedentes legislativos o posturas doctrinales asentadas y autorizadas. ¿Podemos considerar la supresión del retracto gentilicio como una de estas «nuevas necesidades»? Puede decirse que sí, que la concepción liberal de la propiedad del siglo XIX sentía como una necesidad liberar de toda traba la transmisión de la misma, y el retracto gentilicio era visto como una traba. Así que si el Gobierno decidía suprimir la institución podía hacerlo amparándose en este inciso final de la base 1.^a, considerando su supresión como una solución con fundamento en precedentes legislativos extraños y en el común sentir de los jurisconsultos ante una necesidad nueva.

Concluyendo, la Ley de Bases deja el retracto gentilicio en una situación de *indeterminación*:

— Por una parte, el Gobierno no está vinculado por la prohibición consignada en el proyecto de 1851, por lo que si decide mantener la institución puede hacerlo.

— Por otra, el último inciso de la base 1.^a abre una puerta al Gobierno para que, si opta por su derogación, pueda igualmente introducirla en el Código.

¹⁵⁰ Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., Madrid, 1889, t. I, p. 573.

¹⁵¹ Véase el comentario de DE CASTRO al respecto «Se excluyen así —tácitamente— muchas reglas de origen extranjero y expresamente se impone la subsistencia de instituciones suprimidas, a ejemplo francés, por el proyecto de 1851», DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., t. I, p. 197

5. *Redacción y debate del libro 4.º: Derogación del retracto gentilicio*

Centrándonos en el libro 4.º diremos que aunque la Sección inició sus trabajos en marzo de 1884 (por tanto, antes del proyecto de Ley de Bases de 1885), la ponencia de compraventa, desarrollada por Albacete, es de marzo de 1887. No fue objeto de correcciones por la Sección, lo que nos induce a pensar que Alonso Martínez se había olvidado, o quizá claudicado, de su interés por el retracto gentilicio ¹⁵². Tampoco los vocales de la Comisión introdujeron observaciones referentes a la compraventa.

Así, para cuando se aprueban las bases, el proyecto de Código ya estaba redactado, aunque incluso después de ordenarse la publicación del Código civil la Sección siguió reuniéndose, introduciendo algunas modificaciones que fueron protestadas en las Cortes por la inobservancia de los cauces legales. De este modo se recogió en el Código el retracto de colindantes, que no constaba en el anteproyecto de la Sección, pero sí en la primera edición oficial del Código civil ¹⁵³, publicada del 9 de octubre al 8 de diciembre de 1888.

En la discusión del Senado sólo se encuentra una pequeña referencia al retracto gentilicio con ocasión del voto particular al dictamen de la Comisión presentado por el senador Alberto Bosch. En la inconexa defensa de su voto, Bosch critica, entre otros aspectos del Código, su concepción de la propiedad y posesión por estimarla anticuada, y declara:

«Los retractos constituyen el complemento o una derivación de la propiedad: habéis suprimido el retracto gentilicio, y yo por ello ni os aplaudo ni os censuro, me duele la tendencia que representa esa supresión, tendencia que se propone prescindir del valor de las cosas, la idea que representan y apreciar únicamente sus elementos materiales. Al fin yo no aplaudo ni censuro ahora esa preterición, porque tanto la censura como el aplauso me llevarían a un análisis

¹⁵² ALONSO MARTÍNEZ presidía las dos subsecciones encargadas de la redacción de los libros III y IV. Cfr. para todo lo anterior. LASSO GAITE, *ob. cit.*, t. I, pp 555-558

¹⁵³ Cfr. LASSO GAITE, *ob. cit.*, t. I, p. 565

detenido de los elementos económicos del valor (...) En cambio... , habéis alzado el retracto de aldeaños, cediendo sin duda a las presiones de los nuevos principios de economía rural» ¹⁵⁴

En la del Congreso, de forma incidental, con ocasión de la polémica planteada por la introducción del de colindantes, se menciona el retracto gentilicio. Efectivamente, al señalar Danvila la extemporánea inclusión del retracto de colindantes, que achaca a la exclusiva iniciativa de Gamazo, dirige una larga y severa crítica al mismo ¹⁵⁵. De entre sus palabras destacaré un párrafo que muestra la posición de la época hacia la propiedad y puede hacerse extensivo también al retracto gentilicio. Recordemos además la opinión en contra de éste que ya manifestó en su proyecto de Código rural.

«Lo que España y su agricultura necesita no es disminuir sus propiedades y aumentar las grandes fincas, sino, por el contrario, *facilitar la adquisición de los bienes inmuebles* y tener siempre un *numeroso ejército de propietarios*, que sólo por serlo han de ser constantes defensores de los principios fundamentales del orden social, como lo es la propiedad» (el subrayado es mío) ¹⁵⁶

Danvila critica también el procedimiento establecido para computar el plazo de nueve días, que se inicia con el requerimiento notarial hecho por el comprador o el vendedor al posible retrayente ¹⁵⁷.

Azcárate también dedicó críticas al retracto de colindantes, considerando que «se opone a la dirección en que venía marchan-

¹⁵⁴ DSC, Senado, 29 de enero de 1889, núm. 32, p. 435 En su contestación, ROMERO GIRÓN dice: «Tal vez el señor Bosch no se ha atrevido a dar su opinión respecto a los retractos gentilicios. Yo quizá tenga cierto sentimiento porque han desaparecido, pero el que hayan desaparecido del Código no es motivo para que diga que el Código debe desaparecer también, son estas disconformidades doctrinales a las que se puede poner remedio y a las cuales tenemos que someternos...», *ibidem*, p. 441

¹⁵⁵ Cfr. DSC, Congreso, 23 de marzo de 1889, núm. 77, pp. 2057 s

¹⁵⁶ *Ibidem*

¹⁵⁷ Efectivamente, el artículo 1.550 del anteproyecto, después 1.452 en el proyecto, era del siguiente tenor «No podrá ejercitarse el derecho de retracto sino dentro de nueve días, contados desde el requerimiento por ante notario, que haga el vendedor o el comprador al que tenga aquel derecho.»

do la legislación en sentido individualista, creando nuevas limitaciones a la propiedad...»¹⁵⁸.

Contestando a estos argumentos, Gamazo, vocal de la sección, realiza nuevas alusiones al objeto de nuestro estudio:

«Pero a nosotros nos acusa el señor Azcárate de que limitamos el derecho de propiedad, ¿y por qué? Porque hemos creado el retracto de aledaños. Después de todo, si de un retracto no más se tratase, ya podría decir que, en cambio, hemos suprimido el gentilicio, de modo que váyase el uno por el otro, sin que pueda decirse que pierde nada el derecho de propiedad, pues si alguna limitación se le impone hoy, de otra más importante se le releva»¹⁵⁹

Gamazo continúa su defensa señalando la presencia de sentido y razón jurídicos y económicos en el retracto de colindantes. Está inmerso en «la obra de reconstrucción de la propiedad, cuya necesidad sienten todos»; lo relaciona con la posibilidad de que «se pueda conservar unido el patrimonio agrícola de la familia pagando en metálico las legítimas». Esta última frase merece un comentario: aunque la referencia al patrimonio familiar pueda despistar, no se está atendiendo a un interés privado o familiar —como en el gentilicio—, sino a un interés público —la división de la propiedad agraria con ocasión de particiones hereditarias—. Además, aprecia Gamazo una equivalencia de razón jurídica entre el retracto de comuneros y el de colindantes. Sobre la crítica al procedimiento de cómputo del plazo no se muestra reacción a su modificación, que efectivamente se incorporó en la edición definitiva del Código civil de julio de 1889 (art. 1.524).

Este debate permite deducir que a pesar de implicar una limitación a la propiedad, los retractos de comuneros y colindantes son defendidos por la mentalidad codificadora porque aquella viene «compensada» por la función o finalidad social que cumplen. Por el contrario, el retracto gentilicio implica una limitación sin beneficio social, creadora de trabas a la concepción individualista de la propiedad¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Cfr. *DSC*, Congreso, 6 de abril de 1889, núm. 88, pp. 2364 s. y 9 de abril de 1889, núm. 90, p. 2401.

¹⁵⁹ *DSC*, Congreso, 10 de abril de 1889, núm. 91, p. 2444.

¹⁶⁰ Ello hace observar a GARCÍA CANTERO. «Merece subrayarse que en el Derecho español la codificación no presentó una total ruptura con el antiguo

Las explícitas palabras de Gamazo sobre el retracto gentilicio muestran, por otra parte, la existencia de una voluntad encaminada a su supresión en el seno de la sección. Como ya he puesto de relieve con anterioridad, causa extrañeza el cambio experimentado en Alonso Martínez, que de defenderlo ardiente y reiteradamente en 1881 pasa a contemplar impasible su desaparición.

Además, tales palabras hacen inútil cualquier disquisición sobre si el retracto había de considerarse derogado tras el Código civil. Este problema podría plantearse al no existir en el Código un artículo semejante al 1.176 del proyecto de 1836, que declaraba derogadas todas las especies de retracto no mencionadas en el texto.

Efectivamente, ateniéndonos a los términos de la base 27 y del artículo 1.976 del Código civil, queda en suspenso la determinación de cuáles son las «materias» a que tales normas se refieren. Si por «materia» tomamos el retracto gentilicio, es claro que no ha sido objeto del Código, por lo que las normas referentes a él no pueden considerarse derogadas. Si por «materia» tomamos la compraventa, como sede tradicional del retracto, sí se ha tratado en el Código, por lo que las normas relativas al gentilicio quedarían derogadas. De cualquier forma, en la interpretación del término «materias», tras algún momento de discordancia, la doctrina es hoy pacífica y lo refiere a todas a las que el Código alude como propias de su competencia, quedando excluidas las regidas por leyes especiales o que tengan un predominante contenido de Derecho público ¹⁶¹.

Pues bien: incluso esta interpretación finalmente adoptada por la doctrina es innecesaria tras las claras palabras de Gamazo: *el*

régimen en materia de derechos de adquisición, a diferencia de lo ocurrido en otros países. En parte se produjo un distanciamiento buscado de propósito por el legislador al suprimirse para los territorios de derecho común el retracto gentilicio, llamado también de sangre o abolengo. Pesa más, sin embargo, lo que se respeta (). Incluso se avanza en esta dirección al introducirse notables innovaciones que van a consolidar en nuestro Derecho positivo la categoría de los derechos de adquisición preferente...», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir por Manuel ALBALADEJO, Madrid, EDERSA, 1980, t. XIX, p. 479

¹⁶¹ Por todos, cfr. José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 12.ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1986, t. I, vol. I, pp. 226 ss.

retracto gentilicio fue suprimido por el Código civil de 1889 de la legislación común de España, si bien no de forma expresa, sino a través de la regla general contenida en el artículo 1.976 del Código civil.

IV. LA CODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FORALES

1. *El sistema de Apéndices*

1.1. *Apéndice de Derecho foral de Aragón*

La Comisión especial para Aragón, nombrada por Decreto de 24 de abril de 1899, presidida por Gil Bergés, concluyó su proyecto de Apéndice en 1904, en el que se regula el retracto de abolorio o de la saca ¹⁶².

En él se inspira el Apéndice promulgado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1925 ¹⁶³, redactado por la permanente de la Comisión General de Codificación bajo el principal impulso de Isabal, donde se regula el retracto de abolorio o de la saca en el artículo 76. Bajo el epígrafe «Del contrato de compra y venta», el artículo recoge en tres párrafos toda la regulación de la institución ¹⁶⁴:

«Artículo 76 Entre los retractos legales tendrá lugar, respecto de bienes raíces, el de “abolorio”, o sea, “derecho de tanteo o de la saca”, por virtud del cual los hermanos y los demás colaterales hasta el sexto grado de consanguinidad legítima del que haya vendido o dado en pago, sea en privado, sea mediante subasta judicial, y

¹⁶² Ello implica o bien que en la Comisión existía una voluntad favorable al retracto gentilicio a pesar de la opinión adversa de su presidente, que ya conocemos, o bien GIL BERGÉS, con el paso de los años, había cambiado su juicio acerca de la institución. Cfr. LUIS MOUTÓN Y OCAMPO, «Los Apéndices forales del Código civil», *RGLJ*, t. CXXVII, 1915, pp. 311-332, expresamente, p. 329.

¹⁶³ Aunque los 370 artículos del proyecto de 1904 pasan a ser 90 en el proyecto de 1924 y 78 en el Apéndice definitivo.

¹⁶⁴ El Apéndice no introduce novedad alguna respecto del proyecto publicado en febrero de 1924 para que fuera objeto de observaciones, salvo una mera corrección técnica. al final del primer párrafo el proyecto hablaba del «pariente en último grado»; el Apéndice lo corrige. «pariente en ulterior grado»

aunque medie carta de gracia, una finca heredada de ascendiente común a él y a aquéllos, puede subrogarse en lugar del comprador o adjudicatario que sea extraño o pariente en ulterior grado, bajo las condiciones mismas del contrato o la adjudicación

Si concurren a retraer dos o más personas, el mejor grado atribuirá preferencia, y dentro de él, la prioridad de tiempo en presentar la demanda, sin acepción de edad ni de sexo

El retrayente habrá de satisfacer el precio, los gastos del contrato u ocasionados por éste y la impensas necesarias o útiles que se hayan hecho en el inmueble. Quedará, además, obligado expresamente a conservar la finca retraída dos años por lo menos, si no sobreviene desgracia que le haga de peor fortuna y le compela a la enajenación »

1.2. *Proyectos de Apéndice de Vizcaya*

La Comisión especial nombrada al efecto eleva a la Comisión General de Codificación un proyecto de Apéndice el 10 de febrero de 1900. En su título XII, «De la compraventa y la permuta», regula exclusivamente el derecho preferente de los tronqueros para adquirir los bienes raíces vendidos sitios en el Infanzonado. Como curiosidad: el presidente de la Comisión era Lecanda, el redactor de la Memoria.

Inspirado en éste de 1900, el Colegio de Abogados de Vizcaya elabora otro proyecto de Apéndice, de fecha 15 de noviembre de 1928. Su título XII también se dedica exclusivamente a la saca foral vizcaína, bajo un epígrafe más ambicioso, «De las transmisiones a título oneroso». Reproduce prácticamente las disposiciones del proyecto anterior, precisando con mayor detalle algunos puntos.

Puesto que la transcripción de los numerosos artículos alargaría demasiado este epígrafe ¹⁶⁵, baste dejar aquí constancia de la presencia de la institución en ambos proyectos, regulada de forma detallada y extensa. Además se aprecia una voluntad favorable a la ampliación del ámbito de la figura: el proyecto de 1900 la contempla en relación con la venta y la cesión en pago (art. 117), y el de 1928 la extiende a «toda transmisión o cesión de dominio

¹⁶⁵ Cfr LUIS GARCÍA ROYO, *Foralidad civil de las Provincias Vascongadas*, Vitoria, Ed. S. Católica, 1952, t. III, pp. 181-185

pleno» (art. 108), admitiéndola expresamente en algunos supuestos de permuta (art. 111).

1.3. *Proyecto de Apéndice de Derecho catalán*

La Comisión especial elevó al Ministerio de Gracia y Justicia en 1930 un proyecto que tomaba como base el articulado de la Memoria de Durán y Bas ¹⁶⁶.

Por ello, tal y como sucede en la Memoria, el derecho de tonería no es contemplado expresamente dentro de los artículos dedicados a obligaciones y contratos.

Hay que acudir al título I, que regula la aplicación del Derecho especial de Cataluña, para encontrar alguna luz, en el artículo 8:

«Las disposiciones que se han venido aplicando únicamente a algunas comarcas o poblaciones () se observarán en los territorios a que habían sido extensivos los antiguos privilegios de que dichas disposiciones emanen...»

Por tanto, el Derecho de tonería ha de considerarse vigente según su regulación histórica, esto es, según las antiguas disposiciones que establecieron tal privilegio.

1.4. *Proyectos de Apéndice de Derecho navarro*

1.4.1. Proyecto de la Comisión especial y voto particular de Morales

La Comisión especial para la redacción del Apéndice de Derecho navarro al Código civil, constituida con arreglo al Real Decreto de 24 de abril de 1899, estaba presidida por Antonio Morales, dada su condición de vocal correspondiente a Navarra en la Comisión General de Codificación ¹⁶⁷.

¹⁶⁶ *Proyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código civil*, s. 1, 1930

¹⁶⁷ Los demás miembros eran Joaquín García Echarri, Fermín Iñarra Echenique, Enrique Ochoa, Arturo Campión, Carlos Isaba, Salvador Echaide y Fernando

Tras rechazar la Memoria de Morales, la mayoría de la Comisión aprobó un proyecto de Apéndice que, compuesto de 1.976 artículos, sigue la misma estructura y temática, artículo por artículo, del Código civil ¹⁶⁸. Copia literalmente en letra redondilla los artículos del Código que han de aplicarse sin variación a Navarra, y en cursiva intercala las especialidades forales que han de quedar subsistentes.

Antonio Morales no firma este proyecto de la Comisión, sino que formula un voto particular en el que elabora su propio proyecto de Apéndice bajo el título *Leyes Especiales de Navarra* ¹⁶⁹. Sigue idéntica metodología que la Comisión, sólo que no transcribe los artículos del Código que considera aplicables sin variación, sino que exclusivamente escribe los artículos que reflejan especialidades forales ¹⁷⁰.

Los dos proyectos —y, como veremos, todos los posteriores— recogen el retracto gentilicio. No existen entre ambos diferencias esenciales de regulación, reduciéndose a aspectos de redacción y sistemática. Los analizaremos de forma paralela.

En ambos se denomina a la institución *retracto familiar*. Se introduce entre las causas de resolución de la venta, añadiéndose a las contempladas en el Código en el artículo 1.506, que en ambos proyectos es el 1.502, idéntico:

«La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores y por el retracto convencional, el legal y el familiar.»

Morales; cinco de ellos representaban a las antiguas merindades en la Diputación foral, otro era abogado y el otro notario Cfr. LASSO GAITE, *ob. cit.*, vol. I, p. 657, núm. 16

¹⁶⁸ Enrique Ochoa, Joaquín García Echarri, Carlos Isaba, Fermín Iñarra Echeñique, Arturo Campión y Salvador Echaide, *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, reimpr., Pamplona, 1904 La primera impresión es de 1900

¹⁶⁹ Antonio MORALES GÓMEZ, *Leyes especiales de Navarra*, reimpr., Pamplona, 1904. La primera impresión es de 1884

¹⁷⁰ Tal voto recoge, en la materia que tratamos, prácticamente lo regulado en la Memoria, siguiendo incluso el mismo orden de ésta Sólo cambian algunas palabras, sin alterar el sentido, y la ubicación del artículo dedicado a los frutos, que en el voto pasa a estar en último lugar y hacer remisión a lo previsto en el retracto convencional

Adviértase que de tal redacción parece deducirse que no se considera el retracto familiar ni un retracto convencional ni uno legal, sino otra especie del género de los retractsos. Esto se muestra con más fuerza en el encuadre en que ambos proyectos sitúan la institución. El de la Comisión añade al capítulo VI una tercera sección, dedicada al retracto familiar, separada de la segunda, en que se regula el retracto legal ¹⁷¹. Morales aún acentúa más la distinción entre el retracto legal y el familiar, ya que este último se contempla en un capítulo VII, aparte, dedicado exclusivamente a su regulación, diferenciado claramente de la sección segunda del capítulo VI ¹⁷².

Ambos proyectos recogen las mismas cuestiones sobre la figura: concepto, bienes, legitimación activa —con la problemática de la concurrencia de parientes—; el problema de la legitimación pasiva del comprador pariente; enajenaciones origen del retracto, contemplando los casos de subasta, pluralidad de fincas y venta a plazos; plazo de ejercicio y atribución de frutos.

Proyecto de la Comisión: artículos 1.521-1.525

Art 1 521 Consiste el retracto familiar en el derecho que la Ley concede a los parientes del vendedor para rescatar dentro del tiempo prefijado en el artículo 1.519 el inmueble vendido por precio, al contado o a plazos, o cedido en pago de débitos. Únicamente podrá ejercitarse sobre fincas rústicas y urbanas.

Art 1 522 Las ventas hechas en subasta judicial o extrajudicial previamente anunciadas al público, no dan lugar al retracto familiar

Art 1 523 El derecho a retraer los bienes conquistados por el padre ¹⁷³ o por los abuelos, o adquiridos por los mismos de otras

¹⁷¹ Esta misma división fue la adoptada en la Memoria de MORALES según vimos.

¹⁷² Tal sistemática no es lógica, ya que si se enuncia el retracto familiar entre las causas de resolución de la venta, lo razonable es contemplarlo dentro del capítulo dedicado a las mismas, que es el VI. Es más correcta y razonable la sistemática de la Comisión.

¹⁷³ Esta restricción a los bienes conquistados por el *padre* y no por los *padres* no tiene razón de ser dentro de la finalidad de la institución. MORALES no la recoge. Lo más lógico es atribuirla a un error.

personas que no sean ascendientes suyos, corresponderá exclusivamente a los hijos y a los nietos

En los bienes de abolono, o sea, en los que formen el patrimonio del abuelo, el derecho de retracto corresponderá a todos los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado civil ¹⁷⁴

En ambos casos, el pariente más próximo excluirá al más remoto, y si concurrieren varios de igual grado, partirán entre sí la finca cuando admita cómoda división, y en otro caso será preferido el que primeramente hubiese intentado la acción

Si la hubiesen intentado varios al mismo tiempo, decidirá la suerte a cuál de ellos ha de corresponder el derecho ¹⁷⁵

Si la finca se vendiere a un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, el derecho de retracto quedará en tal caso limitado al hijo o al nieto

Si se vendiere a un extraño y lo retrayere un pariente, podrá ejercitar igual acción contra éste otro de mejor grado, dentro del término establecido en el artículo 1 519.

Art 1 524 Cuando se vendan varias fincas por un precio alzado, no podrá ejercitarse el retracto sino sobre todas ellas

Si se vendieren determinando el precio de cada una, cabrá el retracto sobre cualquiera

Si en la venta sin determinación de precio se comprendieren diversas fincas, susceptibles unas de ser retraídas y no otras, podrán rescatarse aquéllas previa valoración pencial

En las ventas realizadas a precio aplazado el retrayente o deberá satisfacer de presente el total precio o deberá prestar fianza eficaz para asegurar el pago del precio aplazado

El artículo 1.525 remite al 1.515 en cuanto a la percepción de los frutos de la finca objeto del retracto, que, en sede de retracto convencional, la Comisión recoge como especialidad foral ¹⁷⁶:

¹⁷⁴ Puede verse que con muy pocas palabras este proyecto define con exactitud la entidad de los bienes retraíbles, actitud definitoria que no existe en la Memoria ni en el voto de MORALES

¹⁷⁵ SALINAS llama la atención sobre la imposibilidad de que, en la práctica, tal concurrencia de acciones en el mismo momento se produzca, «puesto que en el mismo hecho de traspasar el umbral de la secretaría del Juzgado y llegar a la mesa del escribano resulta muy difícil la simultaneidad». FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, t. III, vol. II, Pamplona, Ed Gómez, 1974, p 115. El acierto de tal comentario es indudable

¹⁷⁶ Aunque la remisión se refiere sólo a los frutos, es lógico pensar que, por analogía, incluirá también lo previsto acerca del abono de gastos y mejoras

«Los frutos de los predios destinados a la producción de cereales pertenecerán al retrayente si el retracto de los mismos tuviere lugar antes del día 26 de marzo. También le pertenecerán los de las viñas y olivares, cuando el retracto de los terrenos destinados a estas producciones tuviere lugar antes del día 25 de junio. Estará obligado, en ambos casos, a abonar al poseedor de los inmuebles los gastos de cultivo y siembra.

Si los frutos fueren civiles se prorratarán entre el retrayente y el comprador.

Será de cuenta del retrayente el abono al comprador de los gastos de escrituras y de inscripciones en el Registro de la Propiedad y de las mejoras necesarias hechas en las fincas que se retraen.»

Voto particular de Morales: artículos 1.521-1.528

Art. 1.521. El retracto familiar es el derecho que la Ley concede a los parientes del vendedor para rescatar dentro de cierto tiempo la finca vendida o dada en pago. Únicamente puede ejercitarse sobre los bienes inmuebles.

Art. 1.522. El derecho de retraer los bienes conquistados por los padres o abuelos corresponde únicamente a los hijos y nietos.

En los bienes de patrimonio o abolorio, el derecho de retraer corresponde a todos los parientes consanguíneos¹⁷⁷ dentro del cuarto grado civil.

En ambos casos, el pariente más próximo excluye al más remoto, y si concurren varios de igual grado, partirán la finca entre sí cuando sea partible, y no siéndolo, será preferido el que primeramente hubiese intentado el retracto.

Si lo hubiesen intentado varios al mismo tiempo, decidirá la suerte.

Art. 1.523. El término para retraer será el fijado en el artículo 1.519. Dicho término correrá contra menores y ausentes.

Art. 1.524. Cuando se vendan varias fincas por un solo precio no podrá intentarse el retracto sino sobre todas.

Si se vendiesen señalando a cada una un precio, podrá retraerse cualquiera de ellas.

Si la venta comprendiese fincas, unas susceptibles de retracto y

¹⁷⁷ En la Memoria, MORALES especificaba que tales parientes habían de ser «del vendedor».

otras no, y se fijase un solo precio, podrán retraerse aquéllas previa valoración especial ¹⁷⁸.

Art 1 525 El retracto podrá también intentarse sobre fincas dadas en pago

Del mismo modo procede cuando la finca se vende a plazos, mas en este caso tendrá que satisfacer el precio al contado o prestar fianza bastante para asegurar el pago de los plazos

Art 1 526 No procede el retracto en las ventas hechas en pública subasta, ya sea ésta judicial o extrajudicial, siempre que se anuncie con la debida anticipación y publicidad

Art 1 527 Si la finca se vende a un pariente de los que tienen derecho al retracto, sólo podrán retraerla con el carácter de mejor grado un hijo o nieto

Cuando la finca fuese vendida a un extraño y fuese retraída por un pariente, podrá reclamar la preferencia otro de mejor grado dentro del plazo fijado en el artículo 1.519

El artículo 1.528, referente a la percepción de frutos de la finca retraída, remite al artículo 1.515, en el que se da también el retracto convencional ¹⁷⁹:

«Los frutos de la finca retraída pertenecerán al retrayente si el retracto tiene lugar o se intenta para el día 25 de marzo inclusive en tierra blancas, y para el 24 de junio inclusive en viñas y olivares o sus similares. En estos casos abonará al comprador los gastos de cultivo y siembra, los gastos de escritura y registro y las mejoras necesarias

Si los frutos consistiesen en alquileres de casas o rentas fijas se prorratearán entre el comprador y el retrayente »

Queda por consignar un punto: el plazo para el ejercicio del retracto. Ambos proyectos lo regulan en el mismo lugar en que lo recoge el Código civil, en la sección segunda del capítulo VI, en sede de retracto legal, remitiéndose al mismo desde el retracto familiar. Morales, al hacer la remisión, previene que el «término»

¹⁷⁸ Sin duda, la palabra «especial» se debe a un error tipográfico, ya que el término adecuado, que ya aparece en la Memoria, es «pericial»

¹⁷⁹ Puesto que este artículo no habla de abono de gastos y mejoras, tal cuestión queda sin plantear en este proyecto.

(sic) correrá contra menores y ausentes. Las palabras de ambos proyectos son idénticas a las del actual artículo 1.524 del Código civil, y curiosamente en los dos se consignan como si la regulación fuera privativa de Navarra. La explicación puede ser simple: los integrantes de la Comisión de Navarra no tuvieron en cuenta que la redacción original del 1.524 había sido alterada por la redacción definitiva del Código, según hemos visto (cfr. epígrafe III, punto 5) ¹⁸⁰.

Aunque el modo en que se regula la institución sea el mismo, el proyecto de la Comisión se revela, por lo menos en la materia que analizamos, más claro, descriptivo y mejor sistematizado que el de Morales. Este, a pesar de contar con más artículos que el primero (Morales dedica ocho artículos a la materia, mientras la Comisión sólo cinco), presenta la institución de forma más dispersa, en detrimento de su sistematización, y menos explicada, en detrimento de su claridad.

1.4.2. Proyecto de Covián Junco ¹⁸¹

Covián expone el articulado de su Apéndice precedido por una larga e interesante exposición de motivos ¹⁸² en la que considera materias sustanciales del Derecho navarro las existentes en materia de sucesiones y contratos. Ya desde ahí hace referencia a la especialidad en estos últimos «del retracto familiar o gentilicio», como causa de resolución de la venta ¹⁸³.

Covián opta por aplicar el estatuto personal a los preceptos del Apéndice, con la excepción de los inmuebles, a los que aplica

¹⁸⁰ Adviértase que MORALES desiste de su voluntad de ampliar el plazo a un año, según defendió en la Memoria, claudicando ahora ante los nueve días del Código

¹⁸¹ Víctor COVIÁN JUNCO, *Anteproyecto de Apéndice del Derecho civil privado de Navarra*, ejemplar mecanografiado, s. d. Parece ser de alrededor de 1926. El autor se muestra contrario al criterio de redactar un Código civil paralelo, por lo que opta por constatar sólo las innovaciones que el Derecho navarro trae al común, expuestas por el mismo orden del Código

¹⁸² En ella, al citar las fuentes legales tomadas en su trabajo, se refiere a los dos proyectos vistos y a la Memoria de MORALES

¹⁸³ Cfr. COVIÁN, *ob. cit.*, p. 12

el territorial. Exponiendo tal excepción, Covián se refiere como ejemplo al retracto gentilicio de forma bastante confusa: «el retracto familiar o gentilicio, igualmente de los demás, ¿cómo no han de ser propios lo mismo del navarro que del extraño?»¹⁸⁴. Dado su contexto, creo que hay que interpretar tal frase en el sentido de que todos los inmuebles sitos en territorio navarro están sujetos al retracto gentilicio, con independencia de la vecindad de su propietario enajenante. El tema de la condición del retrayente no se plantea.

También en la exposición de motivos el autor se refiere someramente a la institución, diciendo «que realmente (...) si no se procedió a suprimirla» fue por consideración a las razones que a favor de ella Morales expuso en su Memoria¹⁸⁵.

Covián contempla el retracto familiar en la sección segunda, dedicada a la resolución de la venta, del capítulo XIII, que regula el contrato de compra y venta. Tras añadir tal retracto a las causas de resolución expresadas en el artículo 1.506 del Código civil (art. 149 de este texto), el autor dedica tres preceptos (arts. 150-153) a los retractos en general. El artículo 150 aplica la misma regulación del 1.523 del Código civil a «los retractos legal y familiar»¹⁸⁶, a la vez que en su último párrafo «eleva a Ley el principio admitido de que este término corre contra los ausentes y los sometidos a guarda legal»¹⁸⁷.

El artículo 151 regula la cuestión de los frutos en el mismo sentido que los dos proyectos anteriores, recogiendo «la costumbre de Navarra, elevada a Ley desde 1590», y el 152 se ocupa de los efectos del retracto, «realmente una ampliación del artículo 1.518 del Código conforme a lo que la jurisprudencia y la práctica tienen establecido»¹⁸⁸.

¹⁸⁴ COVIÁN, *ob. cit.*, p. 15

¹⁸⁵ Cfr. COVIÁN, *ob. cit.*, p. 52. Incluso defiende el mantenimiento del retracto gracioso por ser favorable a los mismos fines a que se encamina el retracto gentilicio. p. 53

¹⁸⁶ De nuevo puede verse aquí esa tendencia ya mencionada a considerar el retracto familiar no como uno legal, sino aparte de él

¹⁸⁷ COVIÁN, *ob. cit.*, p. 52. El error de considerar el tiempo en que puede ejercitarse el retracto como un *término* y no como un *plazo* es algo que se repite sin cesar.

¹⁸⁸ COVIÁN, *ibidem*.

Art. 151. Los frutos destinados a la producción de cereales o tierras blancas pertenecerán al retrayente si el retracto de las mismas se promueve antes del día 27 de marzo, y los de las viñas, olivares y sus similares antes del 25 de junio; en estos casos, el retrayente abonará al comprador los gastos de cultivo y siembras, los gastos de escritura y registro y las mejoras necesarias.

Si los frutos consistiesen en alquileres de casas y rentas fijas u otros civiles se prorratearán entre el comprador y el retrayente.

Art 152 Al rescindirse la venta, el retrayente se subroga o sustituye al comprador, y el primero de éstos, si el inmueble hubiera sido vendido a varios sucesivamente ¹⁸⁹

En su consecuencia, deberá abonar el retrayente el precio de la venta que haya dado lugar al retracto, con todos los gastos del contrato y cualquiera otro pago legítimo que la venta hiciera necesario; igualmente, las impensas necesarias y útiles que demandara la cosa vendida. Cuando ésta se hubiera vendido a plazos tendrá el retrayente que satisfacer el precio al contado o prestar fianza bastante para asegurar el pago de la totalidad del precio pactado.

Entrando ya en los artículos que se ocupan específicamente del retracto familiar (que es la denominación más utilizada), el proyecto sigue al de la Comisión en estructura y enunciado, aunque es más incompleto y breve, pues sólo dedica tres artículos a la figura.

Art 153. Consiste el retracto familiar en el derecho que este Apéndice concede a los parientes del vendedor para rescatar, dentro del tiempo fijado en el artículo 150, el inmueble vendido por precio al contado o a plazos o cedido en pago de débitos a los demás que supongan una verdadera enajenación (*sic*) ¹⁹⁰.

Tendrán preferencia sobre este retracto los de comuneros y el legal, procederá respeto a la venta hecha con retracto convencional ¹⁹¹

¹⁸⁹ Nótese que se habla de *rescisión* de la venta, a pesar de haberse configurado el retracto como causa de *resolución*, y de *subrogación* del pariente, contemplándose el caso de ventas sucesivas, en que se subroga el pariente en el lugar del primer comprador

¹⁹⁰ Este último inciso parece encaminado a denegar el retracto en los casos en que exista una simulación absoluta, sin haber producido transmisión del dominio

¹⁹¹ De nuevo lo ya señalado acerca de no considerar el familiar como un retracto legal. Aquí, además, con el perjuicio de postergar el retracto gentilicio a todos los legales. Este proyecto es el primero que contempla la preferencia entre retractos, resolviendo en contra del familiar.

El siguiente artículo excluye algunas enajenaciones del retracto:

Art 154 No procederá el retracto familiar

1 ° En las ventas hechas en subasta judicial o extrajudicial, ante notario, previamente anunciadas al público en los periódicos oficiales o los de mayor circulación de la localidad o de la capital de la provincia en que estén sitos

2 ° Las daciones en pago de la dote o de otras donaciones esponsalicias a que estuviera obligado o hubiere prometido el enajenante ¹⁹²

El último precepto se ocupa de la legitimación activa para el retracto en el mismo sentido que los proyectos anteriores.

Art 155 El derecho de retraer los bienes conquistados por el padre o por los abuelos o adquiridos de otras personas que no sean ascendientes suyos corresponderá exclusivamente a los hijos y a los nietos

En los bienes de patrimonio o abolorio, a todos los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado civil

En ambos casos, el pariente más próximo excluye al más remoto, y si concurrieren varios de igual grado, partirán entre sí la finca cuando admita cómoda división, y en defecto, será preferido el que primero hubiere entablado la acción; de haberla intentado todos en el mismo día y hora, decidirá el sorteo realizado en la presencia judicial

Si la finca se vende a un pariente de los que tienen derecho al retracto, sólo podrá retraerla, con el carácter de mejor grado, un hijo o nieto del vendedor. Cuando la finca fuese vendida a un extraño y fuese retraída por un pariente, podrá reclamar la preferencia otro de mejor grado dentro del plazo de nueve días contados desde el en que se haya hecho la primera venta

¹⁹² En la exposición de motivos, COVIÁN explica la primera de estas exclusiones «por la forma pública y solemne de celebrarse», y la segunda «por el objeto a que los bienes se destinan», *ob cit*, p. 52. La prohibición de retraer los bienes vendidos en pública subasta, ya recogida según vimos en los dos proyectos anteriores, se explica por la posibilidad del pariente de haber concurrido a aquélla, adquiriendo así directamente el inmueble pretendido. Además, hay que contemplar también una motivación económica, ya que tal concurrencia hubiera podido ocasionar un incremento en las pujas, que revertiría en beneficio del vendedor, mientras que la incomparecencia a la subasta, seguida del retracto, supondría un perjuicio para aquél y un beneficio para el retrayente. Respecto a la segunda exclusión, es una novedad de este proyecto

En conclusión, puede decirse que este proyecto regula la figura de manera poco sistemática y desordenada, recogiendo parte de lo regulado en los dos anteriores ¹⁹³ y contemplando alguna novedad puntual, como las reglas de preferencia entre retractos.

1.4.3. Proyecto de Aizpún y Arvizu ¹⁹⁴

Este proyecto, carente de exposición de motivos, consta de 144 artículos, ordenados bajo epígrafes. La institución que analizamos se regula en cuatro artículos (140-143) bajo el epígrafe «Del retracto familiar»

Trata los puntos obligados de la figura de manera ordenada, técnica y lógica, distribuyéndolos en artículos homogéneos que agotan la problemática de cada tema. En algún punto difiere del criterio seguido en los proyectos anteriores.

Art 140 El retracto familiar tiene carácter legal ¹⁹⁵, deberá interponerse dentro del plazo de nueve días a que se refiere el artículo 1.524 del Código civil y podrá ejercitarse por los parientes del vendedor comprendidos en el artículo 141 para rescatar los inmuebles vendidos puramente, bajo condición, a plazo, mediante retracto convencional o en cualquier forma. La dación o cesión en pago, cuando es de bienes inmuebles, da también derecho a este retracto.

Este retracto tiene preferencia sobre el de comuneros y el de colindantes ¹⁹⁶

Tendrá lugar el retracto familiar aunque se trate de fincas vendidas en subasta pública judicial o extrajudicial ¹⁹⁷

¹⁹³ No contempla los supuestos de pluralidad de fincas

¹⁹⁴ Rafael AIZPÚN SANTAFÉ y Fernando ARVIZU, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, Pamplona, Imprenta Provincial, 1930. Responde a la invitación de la Diputación al Colegio de Abogados de Pamplona

¹⁹⁵ A diferencia de los proyectos vistos, éste atribuye claramente al retracto familiar la naturaleza de retracto legal

¹⁹⁶ En contradicción con lo prevenido por COVIÁN, este proyecto resuelve la concurrencia entre retractos a favor del familiar, otorgando así mayor importancia a la institución

¹⁹⁷ Ampliación de las enajenaciones sujetas al retracto. en contradicción con todos los proyectos anteriores, éste otorga el retracto en las ventas en subasta pública

Art 141 Cuando se trate de fincas conquistadas por el padre o el abuelo o adquiridas por los mismos de personas que no fueran ascendientes suyos, sólo podrán ejercitar el derecho de retracto familiar los hijos y nietos

Cuando las fincas vendidas sean de abolorio o de patrimonio, podrán ejercitar el retracto todos los parientes consanguíneos del vendedor dentro del cuarto grado civil, siempre que sean de la línea de procedencia de los bienes ¹⁹⁸

En todos los casos, el pariente más próximo excluye al más remoto, y si concurrieren varios del mismo grado, será preferido el que primero intentó el retracto, y si lo hubieren hecho al mismo tiempo, se dividirá la finca entre ellos, si admite cómoda división, y si no se sorteará entre los demandantes a presencia del juez

Si la finca se vendiera a un pariente de los que tienen derecho a retraer, solamente podrán rescatarla los hijos y nietos del vendedor, invocando la mayor proximidad de parentesco

Art. 142 Los frutos destinados a la producción de cereales o de tierras blancas pertenecerán al retrayente si el retracto de las mismas se promueve antes del día 26 de marzo, y los de las viñas, olivares y similares, antes del 25 de junio En estos casos, el retrayente abonará al comprador los gastos de cultivo y siembras

Si los frutos consistieren en alquileres o rentas fijas, se prorratearán entre el comprador y el retrayente.

En todos los casos deberá abonar el retrayente al comprador los gastos de escritura, inscripción en el Registro si la hubiere, las mejoras necesarias y los demás gastos que justifique

En los casos de venta a plazos vendrá obligado el retrayente a satisfacer el precio al contado o a prestar fianza bastante para responder del precio aplazado ¹⁹⁹

Art 148. Cuando se vendan varias fincas por un solo precio no podrá ejercitarse el retracto sino sobre todas ellas

Si se vendieren señalando a cada una su precio en la escritura, podrá retraerse cualquiera de ellas, excepción hecha del caso en que

¹⁹⁸ El último inciso de este párrafo, limitando el retracto a los parientes de la línea de procedencia de los bienes, muestra a las claras la profunda relación entre este retracto y el derecho de troncalidad Tal declaración, no por lógica puede tildarse de superflua, ya que la redacción de los proyectos anteriores dejaba abierta la vía del retracto a parientes no pertenecientes a la línea de procedencia de los bienes

¹⁹⁹ El artículo, enteramente dedicado al tema del reparto de los frutos y abono de gastos por parte del retrayente, regula la cuestión en idénticos términos que los proyectos anteriores, pero de forma más ordenada y con mejor técnica jurídica

se probase cumplidamente por el comprador que no hubiera adquirido las demás sin la que se intenta retraer. Cuando el demandado alegase esto, podrá el demandante, en el plazo de ocho días, ampliar su demanda a la totalidad de las fincas, consignando el precio de las demás ²⁰⁰

Si la venta comprendiese fincas, unas susceptibles de ser retraídas y otras no, y se fijase un solo precio, podrán retraerse aquéllas previa valoración pericial. En tal caso no tendrá el retrayente obligación de consignar el precio hasta que se efectúe la valoración, que podrá practicarse en el período de prueba ²⁰¹.

Como conclusión, puede decirse que este proyecto regula el retracto familiar de forma más completa y detenida y con mejor técnica jurídica que los proyectos anteriores, aunando tradición y nuevas soluciones a los problemas de la práctica. Amplía, por una parte, el ámbito del retracto, al no excluir del mismo a las ventas en subasta pública, pero lo limita en cuanto a la legitimación activa, que sólo la ostentan las personas de la línea de procedencia de los bienes.

1.4.4. Proyecto del Colegio Notarial ²⁰²

Presenta la misma sistemática y número de artículos que el de Aizpún y Arvizu. La materia que tratamos se recoge sin introducir novedad alguna, tomando aspectos de los proyectos anteriores. En ciertos puntos se revela más incompleto, implicando un retroceso en la regulación de algunos problemas: no especifica nada para las ventas a plazo, el tema de los gastos queda insuficientemente tratado y el carácter de la institución nuevamente confuso.

²⁰⁰ El supuesto del comprador cuyo interés reside en la totalidad de las fincas adquiridas es una interesante novedad introducida por este proyecto, sin duda saliendo al paso de problemas planteados en la práctica.

²⁰¹ Otra novedad muy racional, orientada a resolver dudas planteadas en la práctica. no se carga al pariente con la obligación de consignar el precio correspondiente a todas las fincas, sino sólo con el correspondiente a la finca que efectivamente retraiga.

²⁰² ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE PAMPLONA, *Proyecto de Apéndice de Derecho navarro al Código civil*, 1930.

La figura se menciona en primer lugar en el epígrafe destinado a la resolución de la venta, como causa de la misma.

Art 135 La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y además por las expresadas en los capítulos anteriores y por el retracto convencional, el legal y el familiar ²⁰³

Este mismo epígrafe recoge la regulación sobre los frutos en el retracto, idéntica a la de todos los otros proyectos. Así, no aparece como una norma aplicable sólo al retracto familiar, sino extensible a todos los retractos:

Art 136 Los frutos de los predios destinados a la producción de cereales pertenecerán al retrayente si el retracto de los mismos tuviere lugar antes del día 26 de marzo También le pertenecerán los de las viñas y olivares cuando el retracto de los terrenos destinados a estas producciones tuviere lugar antes del 25 de junio Estará obligado, en ambos casos, a abonar al poseedor de los inmuebles los gastos de cultivo y siembra

Si los frutos fueren civiles se prorratearán entre el retrayente y el comprador

El epígrafe «Del retracto familiar» encabeza la regulación de la figura, que se desarrolla a lo largo de siete artículos:

Art 137 Consiste el retracto familiar en el derecho que la Ley concede a los parientes del vendedor para rescatar, dentro del tiempo prefijado en el artículo 1.524 del Código civil, el inmueble vendido por precio, al contado, a plazos o cedido en pago de débitos

Únicamente podrá ejercitarse sobre fincas rústicas y urbanas

Art 138 El retracto familiar es preferente al de comuneros y al de colindantes ²⁰⁴.

Art. 139. No procederá el retracto familiar

1 ° En las ventas hechas en subasta pública judicial o en la extrajudicial ante notario, anunciadas previamente al público en algún periódico diario de la localidad o de la capital de la provincia en que estén situados los bienes

²⁰³ La redacción de este artículo, idéntica a la de los proyectos de la Comisión y MORALES, vuelve a plantearnos la duda de si se considera como un retracto legal o no

²⁰⁴ La concurrencia entre retractos se resuelve también en este proyecto a favor del familiar, como en el de AIZPÚN y ARVIZU

2.º En las daciones en pago de la dote o de otras donaciones a que el vendedor estuviere obligado ²⁰⁵

Art. 140. El derecho a retraer los bienes conquistados por el padre o por los abuelos, o adquiridos por los mismos de otras personas que no sean ascendientes suyos, corresponderá exclusivamente a los hijos y a los nietos

En los bienes de abolorio, o sea, en los que formen el patrimonio del abuelo, el derecho de retracto corresponderá a todos los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado civil.

En ambos casos, el pariente más próximo excluirá al más remoto, y si concurrieren varios de igual grado, será preferido el que primeramente hubiese intentado la acción

Si la hubiesen intentado varios al mismo tiempo, decidirá la suerte a cuál de ellos ha de corresponder el derecho

Art 141 Si la finca se vendiere a un pariente de los que tienen derecho al retracto, sólo podrá retraerla, con el carácter de mejor grado, un hijo o nieto del vendedor Cuando la finca fuese vendida a un extraño o intentase el retracto un pariente, podrá reclamar la preferencia otro de mejor grado dentro del plazo de nueve días contados desde el día en que se haya hecho la primera venta

Art 142 Cuando se vendan varias fincas por un solo precio no podrá ejercitarse el retracto sino sobre todas ellas

Si se vendieren señalando a cada una su precio en la escritura, podrá retraerse cualquiera de ellas, excepción hecha del caso en que se probase cumplidamente por el comprador que no hubiera adquirido las demás sin la que se intenta retraer. Cuando el demandado alegase esto, podrá el demandante, en el plazo de ocho días, ampliar su demanda a la totalidad de las fincas, consignando el precio de las demás

Art 143 Si la venta comprendiese fincas, unas susceptibles de ser retraídas y otras no, y se fijase un solo precio, podrán retraerse aquéllas previa valoración pericial En tal caso no tendrá el retrayente obligación de consignar el precio hasta que se efectúe la valoración, que podrá practicarse en el período de prueba ²⁰⁶

²⁰⁵ Son las mismas exclusiones consignadas en el proyecto de COVIÁN.

²⁰⁶ Este artículo y el anterior reproducen, palabra por palabra, las novedades que al respecto introduce el proyecto de AIZPÚN y ARVIZU

1.4.5. Proyecto de la Diputación Foral

No existe diferencia alguna en el tratamiento de la institución entre el anteproyecto ²⁰⁷ y el proyecto de Apéndice ²⁰⁸ publicados por la Diputación, por lo que recojo sólo los artículos del proyecto. Por otra parte, y como se verá, este proyecto no introduce novedad alguna, sino que se inspira en los anteriores.

Como los de Aizpún-Arvizu y el Colegio Notarial, el proyecto se divide en epígrafes. En dos artículos, el epígrafe dedicado a la resolución de la venta recoge las causas de la misma y el destino de frutos y pago de gastos en caso de retracto, en la forma vista hasta ahora.

Art. 142. La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y, además, por las expresadas en este Apéndice, y por el retracto convencional, el legal y el gentilicio o de sangre ²⁰⁹

Art. 143 Pertenerán al retrayente los frutos existentes en los siguientes casos.

1 ° Si la heredad es de tierra blanca o destinada al cultivo de cereales, cuando el retracto se promueva antes del día 26 de marzo

2 ° Si se trata de viñas, olivares y cultivos análogos, cuando se ejercite antes del día 25 de junio

En tales casos, el retrayente abonará al comprador los gastos de cultivo y labores

Si los frutos consistieran en alquileres o rentas fijas, se prorratearán entre el comprador y el retrayente

En todos los casos, el retrayente deberá abonar al comprador los gastos de escritura, los Impuestos de Timbre y Derechos Reales ²¹⁰, los derechos de inscripción en el Registro de la Propiedad satisfechos por éste, las mejoras necesarias y cuantos otros se justifiquen

²⁰⁷ DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, Pamplona, Imprenta Provincial, 1944.

²⁰⁸ DIPUTACIÓN FORAL DE NAVARRA, *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, Pamplona, Imprenta Provincial, 1945.

²⁰⁹ Una vez más aparece la conjunción copulativa «y» entre el retracto legal y el gentilicio, planteando de nuevo dudas sobre la naturaleza de tal retracto. Adviértase el cambio de la denominación. se habla de retracto gentilicio o de sangre en vez de retracto familiar como en los anteriores proyectos.

²¹⁰ La referencia a los impuestos aparece por vez primera en este proyecto. En el anteproyecto no se contempla.

Bajo el epígrafe «Del retracto gentilicio o de sangre» se recoge, en cinco artículos, la regulación de la figura, atendiendo a las cuestiones habituales según los criterios de uno u otro de los proyectos anteriores, sin aportar novedades.

Art 146 El retracto gentilicio o familiar deberá interponerse dentro del plazo de nueve días a que se refiere el artículo 1.524 del Código civil y podrá ejercitarse por los parientes del vendedor para rescatar los inmuebles rústicos y urbanos vendidos puramente, bajo condición, a plazo, mediante retracto convencional o en cualquier otra forma. La dación y la cesión en pago dan también derecho al ejercicio de este retracto cuando son de bienes inmuebles.

Igualmente tendrá lugar aunque se trate de fincas vendidas en subasta pública judicial o extrajudicial ²¹¹

Art. 147 El retracto gentilicio tiene preferencia sobre el de comuneros y el de colindantes ²¹²

Art 148 El derecho a retraer las fincas conquistadas sólo podrán ejercitarlo los hijos y nietos del vendedor.

Tratándose de fincas de abolorio o de patrimonio, pueden hacer uso del derecho de retracto gentilicio todos los parientes consanguíneos del vendedor dentro del cuarto grado y de la línea de donde los bienes procedan ²¹³

A estos efectos se consideran bienes conquistados los adquiridos de cualquier persona que no fuera ascendiente del vendedor, de abolorio, los que una persona adquiere a título lucrativo directamente del abuelo por premorencia de los padres; de patrimonio, los procedentes de los abuelos y que el vendedor adquirió, por igual título, de su padre o madre ²¹⁴

Art. 149 En todos los casos, el pariente más próximo excluye al más remoto, si concurrieren varios del mismo grado, será preferido

²¹¹ El proyecto sigue la opción de AIZPÚN y ARVIZU, otorgando el retracto en caso de venta en subasta, supuesto excluido en el del Colegio Notarial y anteriores.

²¹² Las posibles discrepancias acerca del orden de prelación entre retractos parecen definitivamente orientadas a la preferencia del familiar.

²¹³ Aunque el proyecto del Colegio Notarial no recoge esta referencia a la línea de procedencia de los bienes, en este proyecto aparece de nuevo, a ejemplo del de AIZPÚN y ARVIZU. Como veremos seguidamente, tal especificación se impone en los proyectos sucesivos.

²¹⁴ Tales claras definiciones de cada uno de los tipos de bienes son la única aportación original de este proyecto. Es interesante sobre todo la diferenciación entre bienes de patrimonio y de abolorio.

el que primero intentó el retracto, y habiéndolo intentado al mismo tiempo, se dividirá entre ellos la finca, si admite cómoda división; en otro caso, se sorteará entre los demandantes a presencia judicial

Si la finca se vendiera a un pariente de los que tienen derecho a retraer, solamente podrán rescatarla los hijos y nietos del vendedor

Art 150. Cuando se vendan varias fincas por un solo precio no podrá ejercitarse el retracto sino sobre todas ellas

Si se vendieran señalando a cada una su precio en la escritura, podrá retraerse cualquier de ellas, excepción hecha del caso en que se probase cumplidamente por el comprador que no hubiera adquirido las demás sin la que se intenta retraer. Cuando el demandado alegare esto, el actor, en el plazo de ocho días, podrá ampliar la demanda a la totalidad de los bienes, consignando el precio de los restantes

Si la venta comprendiese fincas, unas susceptibles de ser retraídas y otras no, y se fijase un solo precio, podrán retraerse aquéllas previa valoración pericial. En tal caso, no tendrá el retrayente obligación de consignar el precio hasta que se efectúe la valoración, que podrá practicarse en el período de prueba ²¹⁵.

2. *La etapa compiladora en el Derecho foral navarro*

2.1. *Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra*

La Comisión Compiladora del Derecho civil de Navarra también contempla, ya en el anteproyecto de Fuero Recopilado, la institución del retracto gentilicio. Su regulación se aparta en algunos puntos de lo previsto por los proyectos de Apéndice, contemplando supuestos nuevos y dando soluciones distintas a algunos problemas ya planteados. Puesto que el anteproyecto ²¹⁶ apenas difiere del proyecto ²¹⁷, transcribiré los artículos de éste, señalando los cambios que respecto de aquél hubiera incorporado.

El proyecto se divide en ocho libros, divididos a su vez en

²¹⁵ El artículo recoge, para los problemas de la venta con pluralidad de objetos, las mismas soluciones aportadas por AIZPUN y ARVIZU.

²¹⁶ COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO CIVIL DE NAVARRA, *Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, Ed. Gómez, 1959

²¹⁷ COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO CIVIL DE NAVARRA, *Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, Ed. Gómez, 1959

títulos y éstos en leyes. El retracto gentilicio —del que se ocupan nueve leyes— se regula, junto con la carta de gracia, en el título IV del libro 4.º, dedicado a las obligaciones.

Ley 109. El retracto gentilicio, familiar o de sangre ²¹⁸ podrá ejercitarse para rescatar los inmuebles radicantes en Navarra, vendidos o enajenados por dación o cesión en pago, tanto puramente como bajo condición, a plazo, con carta de gracia o en cualquier otra forma.

Este retracto tendrá lugar aunque la enajenación se hubiese realizado en subasta judicial o extrajudicial, y se verificará mediante el pago por el retrayente del precio de la enajenación y de los gastos de legítimo abono.

La frase «radicantes en Navarra» no constaba en el anteproyecto. Su inclusión en el proyecto ha de ponerse en relación con el informe que al anteproyecto presentó el Colegio Notarial de Pamplona abogando por añadir una nueva Ley que dijera: «Este derecho se sujetará en su ejercicio al principio de territorialidad de las fincas.» En la explicación, el informe señala que si bien en lógica jurídica el ejercicio del derecho pertenece al estatuto personal, «como proyección del Derecho de familia», consideraciones de orden práctico y dificultades de aplicación hacen preferible el criterio territorial, en el que el fundamento de la institución para el Derecho navarro surge claro: «unidad de Casa y hacienda dentro de la familia, reintegrando en su caso los elementos inmobiliarios que pertenecieron a ella» ²¹⁹.

Además, en el título VI del mismo libro, bajo el epígrafe «De la permuta», se extiende la procedencia del retracto gentilicio a las enajenaciones hechas por permuta si se cumplen determinadas condiciones.

Ley 121 Será de aplicación a la permuta lo establecido respecto a la compraventa en orden al retracto gentilicio cuando el retrayen-

²¹⁸ El proyecto emplea el término *retracto gentilicio* a lo largo de toda la regulación y también como encabezamiento del título. Sólo aquí añade la denominación de *familiar o de sangre*.

²¹⁹ ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE PAMPLONA, *Informe con enmienda al anteproyecto del Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, ejemplar mecanografiado, 24 de octubre de 1959, p. 16

te restituya al permutante contra quien se ejercite la misma cosa que éste dio en permuta

Tal ampliación del retracto a la permuta representa una novedad muy importante, ya que, como hemos visto, ninguno de los proyectos anteriores contempla tal supuesto. La dificultad que representa restituir al permutante retraído la cosa por él entregada lo explica.

Ley 110 Respecto de los inmuebles conquistados o adquiridos por el vendedor o sus padres, sólo podrán ejercitar el retracto gentilicio los descendientes legítimos de cualquiera de ellos ²²⁰, y cuando se trate de bienes de abolorio o de patrimonio, los parientes consanguínicos del vendedor, dentro del cuarto grado y de la misma línea de procedencia de los bienes.

A estos efectos se consideran bienes de abolorio todos los que habiendo pertenecido al abuelo del vendedor hubieren sido recibidos por éste a título lucrativo, directamente del mismo abuelo, por bienes de patrimonio, todos los que, habiendo pertenecido al abuelo, hubieran sido recibidos por el vendedor, siempre a título lucrativo, a través del padre o de otro descendiente del mismo abuelo, y por bienes de conquista, todos los que hubieran sido adquiridos a título oneroso por el vendedor o por su padre ²²¹

Ley 111 Concurriendo al retracto gentilicio parientes de grado distinto, será preferido el de grado más próximo, y si concurrieren varios de igual grado, tendrá prelación el ascendiente, y en la línea colateral, el troncado en ascendiente anterior

En igualdad de condiciones se dará preferencia al de más edad

Ley 113. La precedencia cronológica de las demandas de retracto gentilicio propuesta separadamente contra un mismo demandado en relación con idéntica finca no alterará la prelación respectiva entre los demandantes ²²²

Tampoco la alterará el allanamiento del demandado a la acción ejercitada con posterioridad

²²⁰ Este es el primer proyecto en el que se menciona que los descendientes han de ser legítimos

²²¹ El proyecto de Fuero Recopilado sigue el ejemplo del proyecto de Apéndice de la Diputación, definiendo los tipos de bienes

²²² De este modo, la suerte no decide ya en caso de concurrencia de retrayentes del mismo grado que hubieran ejercitado a la vez su demanda

El tratamiento de la concurrencia de retrayentes merece un comentario especial, dado el criterio, tan alejado del seguido en los proyectos anteriores, que adopta. Efectivamente, el proyecto se aparta del principio *prior tempore, potior iure*, estableciendo en su lugar unas reglas objetivas basadas en la preferencia de los ascendientes y, en último término, del pariente de más edad. Tales reglas son de aplicación absoluta, de forma que la antelación en el ejercicio del derecho deviene irrelevante.

La previsión sobre la irrelevancia del allanamiento del demandado responde no sólo al deseo de que tales reglas objetivas prevalezcan sobre cualquier otro criterio, sino también al hecho de que el retracto gentilicio es un derecho cuyo ejercicio no puede quedar abierto al libre arbitrio de las partes, sino que depende de la decisión de los Tribunales.

Hay que criticar el que estas dos leyes no sean sucesivas y estén separadas por otra, la 112, cuyo supuesto de hecho nada tiene que ver con ellas.

Ley 112 En el caso de que la finca se hubiese vendido a uno de los parientes del vendedor comprendidos dentro del cuarto grado de la línea de procedencia, los demás no podrán ejercitar el derecho de retracto

Ley 114. El retracto gentilicio tiene preferencia sobre todos los demás retractos legales

Ley 115 Vendándose varias fincas por un solo precio, podrá ejercitarse el retracto gentilicio sobre las sujetas a él, a cuyo efecto se determinará la parte que a las mismas corresponde en el precio global ²²³

En ningún caso podrá ejercitarse el retracto gentilicio sobre una o varias de las fincas enajenadas dejando de ejercitarlo sobre las demás sujetas a él si éstas formasen con aquéllas una unidad jurídica o de explotación

Aunque esta Ley no contempla expresamente el caso de que se vendan varias fincas por un solo precio y *todas ellas* sean

²²³ No se recoge lo establecido en el proyecto de AIZPÚN y ARVIZU acerca de que tal determinación habrá de ser pericial y que el pariente no tendrá obligación de consignar el precio hasta que tal valoración se haga

susceptibles de retracto gentilicio, de la redacción del primer párrafo puede deducirse sin lugar a dudas que habrán de retraerse todas, según lo previsto en todos los proyectos anteriores.

El segundo párrafo introduce una objetivación en lugar del criterio subjetivo seguido por Aizpún y Arvizu. Estos requerían la prueba del comprador de que no hubiera adquirido las demás fincas sin la que se intenta retraer, lo que implica probar una intención interna o un interés personal. El proyecto que ahora analizamos requiere la prueba de algo objetivo: que las fincas componen una unidad jurídica o de explotación, lo cual puede resultar más gravoso para el comprador, porque puede suceder que aunque no constituyan las fincas una unidad, no le interesen más que todas juntas. En resumen, se introduce una objetivación que opera sin atender a los intereses del comprador.

Tras esta Ley, el Colegio Notarial presentó como enmienda al anteproyecto la introducción de una Ley nueva en que se estableciera la validez de la renuncia al derecho de retracto gentilicio, por estar en línea «con los principios del Derecho navarro y la práctica actual respecto a éste y todos los retractos legales»²²⁴. Como se ve, tal enmienda no fue atendida en el proyecto.

En el dictamen que cuatro ilustres juristas navarros presentaron al proyecto de Fuero Recopilado, la única adición que en materia de retracto gentilicio introdujeron trataba nuevamente de la renuncia al derecho de retracto. Solicitaban una nueva Ley en los siguientes términos:

«Es válida la renuncia al ejercicio del retracto gentilicio hecha en relación con una determinada enajenación aun cuando se efectuase con anterioridad a ésta »

Las razones que para ello aducen se basan en el principio *paramiento fuero vienze* y «en la práctica muy arraigada, que recurre a este medio para dar seguridad al tráfico jurídico y evitar los efectos desastrosos del retracto»²²⁵.

²²⁴ Cfr. ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE PAMPLONA, *Informe con enmienda*. . . cit., p. 16.

²²⁵ Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, José Javier LÓPEZ-JACOISTE, Jesús AIZPÚN TUERO y José Javier NAGORE YÁRNOZ, *Dictamen sobre el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona, 1960, ejemplar mecanografiado, pp 26 y 15

Ley 116 El derecho de retracto gentilicio caducará a los noventa días de la fecha en que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la enajenación, no pudiendo negarse el conocimiento a partir del día siguiente a aquel en que se extendió el asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad

Lo primero que llama la atención es esa ampliación del plazo: de los nueve días de todos los proyectos anteriores a los noventa que éste menciona. El segundo inciso no existía en el anteproyecto. Su introducción ha de relacionarse con el informe del Colegio Notarial ya citado, que introducía una enmienda en el sentido de que el plazo había de partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La explicación de tal enmienda se refería a la fe pública registral, a su adecuación a la práctica y doctrina actuales y a la seguridad del tráfico inmobiliario ²²⁶.

La solución adoptada es más compleja, al contemplar el conocimiento como determinante del inicio del plazo y establecer, además, una presunción *iuris et de iure* a favor de que tal conocimiento ha existido desde la inscripción registral. Se aprecia una clara influencia del artículo 1.524 del Código civil.

Ley 117 Para la atribución de los frutos pendientes en el caso de retraerse una finca rústica por carta de gracia o por derecho gentilicio, se tendrán en cuenta las siguientes reglas

1^a Si la heredad es de tierra blanca o destinada al cultivo de cereales, los frutos pertenecerán al retrayente cuando el retracto se ejercitare antes de transcurrir el día 25 de marzo, festividad de la Asunción de Nuestra Señora

2^a Si se trata de viñas, olivares o cultivos análogos, le pertenecerán cuando se ejercitare antes de transcurrir el día 24 de junio, festividad de San Juan Bautista

3^a El retrayente a quien se atribuyan los frutos deberá abonar al comprador los gastos correspondientes de cultivo y labores

Esta ley recoge las previsiones acostumbradas en relación a los frutos y los gastos, pero omite la obligación del pariente de pagar en todo caso los de escritura, inscripción registral, mejoras e impuestos.

²²⁶ ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE PAMPLONA, *Informe con enmienda*. . cit . , pp 15 s

2.2. *Recopilación privada* ²²⁷

Esta Recopilación, elevada a la condición de anteproyecto por la Comisión Oficial Compiladora designada por la Diputación Foral, es el antecedente más próximo y prácticamente inalterado —sólo se presentaron catorce enmiendas— de la actual Compilación navarra o Fuero Nuevo. Además de la parte dispositiva contiene unas interesantísimas notas a cada ley, explicando su motivación y procedencia. La contemplación que del retracto gentilicio realiza actual y guarda muchos puntos de conexión con el proyecto de Fuero Recopilado.

La primera interesante novedad que esta Recopilación presenta es la ubicación sistemática de los retractos en general: ocupan, junto con otros derechos de adquisición preferente, el título VI del libro III, en el que se regulan los bienes. El título VI, dividido en cuatro capítulos, dedica el primero a dictar unas disposiciones generales ilustrativas de la realidad conceptual y naturaleza jurídica del retracto.

Ley 456 Los derechos de tanteo y retracto legal y los derechos reales de adquisición limitan el poder de disposición del dueño de la cosa y facultan a su titular para adquirirla, con preferencia a terceros, en caso de transmisión onerosa

El derecho de retracto presupone siempre el derecho de tanteo, pero, cuando se haya efectuado la debida notificación para el ejercicio del derecho de tanteo, y no se haya hecho uso de éste dentro del plazo que en cada caso corresponda, quedará excluido el derecho de retracto

El retracto deja así de configurarse como una causa de resolución de la venta, para aparecer como un derecho que surge al producirse una transmisión onerosa, cualquiera que ésta sea.

Ley 457 Los retractos legales gracioso, de vecindad forana y gentilicio, por este orden, tienen prioridad respecto a los de comuneros, colindantes, arrendatarios, enfiteutas y cualesquiera otros derechos de adquisición preferente de carácter civil o administrativo

²²⁷ Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ y otros, *Derecho Foral de Navarra Derecho privado (Recopilación privada)*, Pamplona, Ed Aranzadi, 1971

Los retractos legales prevalecen sobre los derechos convencionales de opción, tanteo y retracto ²²⁸

Ley 458 Es válida la renuncia del derecho de retracto legal con relación a una determinada enajenación y aun cuando se hubiere hecho con anterioridad a ésta

La Recopilación contempla la licitud de la renuncia al retracto, atendiendo a lo defendido en la enmienda del Colegio Notarial antes vista y en el dictamen que cuatro de sus autores presentaron al proyecto de Fuero Recopilado.

Ley 459 En las enajenaciones de consumación diferida, el derecho de retracto sólo podrá ejercitarse desde el momento de la consumación ²²⁹

El retracto tendrá lugar aunque la enajenación se hubiere realizado en subasta judicial o extrajudicial

Ley 460. En caso de impugnación judicial del precio, se suspenderá el plazo de ejercicio del retracto hasta que aquélla se resolviera ²³⁰

Ley 461 El ejercicio de la acción de retracto exige la consignación por el retrayente del precio de la enajenación o, si no es conocido, el ofrecimiento de consignarlo cuando lo sea, y, en todo caso, el de pagar los gastos de legítimo abono ²³¹

Ley 462 Para la atribución de los frutos se estará a lo dispuesto en las leyes 354 y 355 ²³²

²²⁸ La ley contiene una previsión completa de la prelación entre todos los tipos de retracto. El retracto gentilicio mantiene su preferencia respecto de los legales de Derecho común, pero cede ante los forales gracioso y de vecindad forana

²²⁹ Aunque el texto del Fuero Nuevo sea diferente, el supuesto previsto y la solución adoptada son los mismos de esta regulación

²³⁰ Tal previsión, sin antecedentes en los proyectos anteriores, viene a resolver «un problema práctico de carácter procesal», en palabras de sus autores, GARCÍA-GRANERO y otros, *Derecho Foral de Navarra* . . , cit , p 251

²³¹ En realidad, esta ley es una refundición de lo regulado en el artículo 1 618 L.E.C

²³² La ley hace remisión a la regulación general sobre frutos, muy completa. En lo que atañe al retracto, sigue las reglas ya transcritas, y al igual que el proyecto de Fuero Recopilado, deja sin contemplar el pago de gastos no agrícolas

Ley 463 Cuando una cosa sujeta al retracto hubiere sido cedida en permuta, el que intente ejercitar aquel derecho deberá poder restituir al adquirente lo que éste entregó por ella, y, de no poder hacerlo, el adquirente tendrá opción entre percibir el valor de lo retraído o resolver la permuta recuperando lo que dio por ella

Sigue la Recopilación los pasos del Fuero Recopilado, admitiendo el retracto en las enajenaciones por permuta. La nueva previsión del segundo inciso amplía aún más el ámbito del retracto: al otorgar tal opción al adquirente, la ley viene a establecer indirectamente que también si no es posible restituir la misma cosa procede el retracto. Ahora bien, si el adquirente opta por la resolución de la permuta, ¿podría retraerse la cosa del mismo dueño? La suposición parece absurda.

El capítulo tercero del mismo título contiene, en ocho leyes, la regulación específica del retracto gentilicio, bajo tal denominación.

Ley 465 El retracto gentilicio, familiar o de sangre, podrá ejercitarse para rescatar bienes inmuebles o cuotas indivisas de éstos

Este derecho de retracto se dará sobre inmuebles sitios en Navarra y únicamente a favor de personas que tengan la condición foral de navarros

La Recopilación opta por el estatuto mixto real y personal en relación con el retrayente, por considerarlo más conforme con el Fuero General ²³³.

Ley 466 Sólo pueden ejercitar el derecho de retracto.

1.º Respecto de los bienes de abolorio o de patrimonio, los descendientes legítimos ²³⁴ y los parientes colaterales del enajenante, dentro del cuarto grado y de la misma línea de procedencia de los bienes

2.º Respecto a los bienes conquistados o adquiridos por el enajenante o por sus padres, los descendientes legítimos de aquél

A estos efectos, se consideran bienes de abolorio todos los que, habiendo pertenecido al abuelo del enajenante, hubieren sido recibidos por éste a título lucrativo directamente del mismo abuelo, por

²³³ Cfr GARCÍA-GRANERO, *Derecho Foral*, cit, p 252

²³⁴ La Recopilación sigue el ejemplo del proyecto de Fuero Recopilado exigiendo expresamente la condición de *legítimos* a los descendientes para ejercitar el retracto.

bienes de patrimonio, todos los que, habiendo pertenecido al abuelo, hubieran sido recibidos por el enajenante, si siempre a título lucrativo, a través del padre o de otro descendiente del mismo abuelo; y por bienes conquistados, todos los que hubieran sido adquiridos, a título oneroso o lucrativo, por el enajenante o por sus padres ²³⁵

Ley 467 En el caso de que los bienes se hubieren enajenado a un pariente con derecho a retraerlos, los demás parientes no podrán ejercitar el retracto aunque fuesen de condición preferente

Ley 468 Concurriendo al retracto gentilicio parientes de grado distinto, será preferido el más próximo Si concurriesen varios parientes de igual grado, tendrá prelación el ascendiente, y en la línea colateral, el entroncado en ascendiente anterior En ambos casos, en igualdad de condiciones, será preferido el pariente de más edad

ley 469. La precedencia cronológica de las demandas de retracto gentilicio propuestas separadamente contra un mismo demandado en relación con idéntica finca, no alterará la prelación respectiva entre los demandantes Tampoco la alterará el allanamiento del demandado a la acción ejercitada con posterioridad ²³⁶

Ley 470 Enajenándose varias fincas por un solo precio, podrá ejercitarse el retracto gentilicio solamente sobre las sujetas a él, a cuyo efecto se determinará la parte que a las mismas corresponda en el precio global

No podrá ejercitarse el retracto gentilicio sobre una o varias de las fincas enajenadas dejando de ejercitarlo sobre las demás sujetas a él

Es la misma redacción del proyecto de Fuero Recopilado; recoge por tanto los mismos supuestos. Sólo cambia la primera palabra, que en el Fuero Recopilado se refería a la venta y aquí recoge el término más amplio de «enajenación». Pueden hacerse, en consecuencia, las mismas precisiones que a la ley 115 del Fuero Recopilado.

²³⁵ Como en otros proyectos, definición conceptual de cada tipo de bienes, sin ninguna novedad respecto de los anteriores

²³⁶ La Recopilación repite las normas de prelación entre retrayentes del proyecto de Fuero Recopilado, ahora en leyes consecutivas. La 4369 se explica por los autores como acorde con una práctica procesal, cfr p 252 En el Fuero Nuevo se altera la redacción del último inciso de esta ley, perfeccionándola, al referir al allanamiento a cualquiera de las acciones ejercitadas, y no sólo a la ejercitada con posterioridad Cfr ley 456 F N

Ley 471 El derecho de retracto gentilicio puede ejercitarse dentro de los siguientes plazos de caducidad

1 ° Nueve días a contar de la notificación fehaciente de la enajenación con indicación del precio, forma de pago y demás condiciones del contrato

2 ° En defecto de tal notificación, treinta días a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad

3 ° A falta de notificación y de inscripción, un año y un día a contar de la enajenación, salvo que ésta se hubiere ocultado maliciosamente, en cuyo caso no caducará la acción, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva. No obstante, si el retrayente hubiere tenido un conocimiento incompleto, tendrá un plazo de treinta días para requerir del transmitente una información completa de la transmisión y, una vez recibida esta información, tendrá el plazo de nueve días para ejercitar la acción

En todo caso, estos plazos no se contarán hasta que el derecho de retracto pueda ejercitarse conforme a lo establecido en la ley 459

Esta regulación sobre el plazo original, novedosa y muy completa, ya que, mediante una perfecta sistematización, prevé todos los supuestos para el cómputo del plazo, sin dejar lugar a ninguna problemática. Es mucho más eficaz que la insuficiente regulación del artículo 1.524 Cc.

La ley, acertadamente, no considera ni el momento en que el pariente ha tenido conocimiento de la enajenación, ni el momento en que se ha otorgado la escritura. El tema del conocimiento se revela, a lo largo de las jurisprudencias, como creador de un sinnúmero de conflictos. Aquí sólo se toma en cuenta para defender al comprador de quien, habiendo tenido «noticia» (conocimiento incompleto) de la enajenación, no hace valer diligentemente sus derechos, atentando a la seguridad del tráfico en un momento posterior.

El tema de la escritura también se había manifestado como problemático en la jurisprudencia, ya que la consumación de la enajenación no depende de su otorgamiento, y es tal consumación la que determina el momento en que el retracto puede ejercitarse. Así, el último párrafo de la ley exige en todo caso que se haya producido la consumación de la enajenación para el ejercicio del retracto.

Ley 472 El inmueble adquirido por derecho de retracto gentilicio es inalienable por acto inter vivos durante dos años.

Esta ley recoge por vez primera en los proyectos lo establecido en el art. 1.618 L.E.C., aunque suprimiendo la excepción de «venir a menos fortuna» el retrayente, que los autores de la Recopilación no consideran «oportuno»²³⁷.

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO
Doctora en Derecho

²³⁷ Cfr GARCÍA-GRANERO, *Derecho Foral* , cit , p 253