

EL DERECHO DE ABOLORIO EN ARAGÓN



Emilio Latorre Martínez de Baroja

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2016

Título: El derecho de abolorio en Aragón
Autor: Emilio Latorre Martínez de Baroja
Colección: El Justicia de Aragón
Edita: El Justicia de Aragón
D.L.: Z 905-2016
I.S.B.N.: 978-84-92606-37-5
Imprime: Cometa, S.A.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	7
DEFINICIÓN DEL DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA	15
BIENES A LOS QUE AFECTA.....	21
TITULARES DEL DERECHO.....	33
INSTRUMENTOS.....	49
PLAZOS DE EJERCICIO.....	53
PROCEDIMIENTO	61
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL DERECHO DE ABOLORIO.....	77

PRÓLOGO

Emilio Latorre reflexiona sobre la institución del retracto de abolorio desde el conocimiento teórico y la practica diaria de su despacho notarial, al haber tenido que aplicarlo, durante los muchos años que ha ejercido en Aragón.

El tema es interesante porque este retracto, como casi todos, es problemático en su misma existencia y en su forma de aplicación. Como inconvenientes de todas estas instituciones se dice que dificultan la libre transmisibilidad, no se compadece bien con el principio de libertad foral, afecta negativamente a la seguridad jurídica y disminuye el valor de los bienes, porque todo lo que está sometido a formalidades, cargas o condiciones pierde valor; por eso al iniciarse la codificación fue suprimido en muchas legislaciones. Se ha justificado su existencia por el respeto a la tradición, porque con él se trata de proteger a la familia tradicional de carácter rural, donde el mantenimiento indiviso de la casa era el eje sobre el que giraba la economía, la organización social y política y gran parte del Derecho Aragonés. Hay que reconocer que desde que se reguló por primera vez en los Fueros de Jaca y en la Compilación de Huesca la sociedad ha cambiado mucho.

Creo coincidir con el autor que ante una posible reforma del Código de Derecho Foral, que hay que hacer con prudencia

después de dejar que la doctrina y la jurisprudencia se consoliden, habría que replantearse si es necesaria su existencia, o al menos reducir el ámbito de la institución, evitando que se utilice con fines meramente especulativos. Por eso no nos parecía mal la facultad moderadora que antes tenían los jueces para evitar ciertos excesos y que hoy ha sido suprimida.

En esta obra, que no es extensa pero que tiene mucha enjundia, se realiza un pormenorizado estudio de los problemas que plantea la aplicación de la nueva regulación legal. Se considera que están sujetas a este retracto las fincas rústicas y sus anexos así como los terrenos urbanizables, que no han llegado a tener el carácter de suelos urbanos y su destino y su uso sigue siendo agropecuario. No sucede lo mismo con las acciones de las sociedades agropecuarias con bienes inmuebles, lo cual apunta el autor, puede ser una forma de dejar sin efecto el derecho de retracto; ni con los bienes muebles aunque estén incorporados a un inmueble. Opina que conforme al texto legal, no solo abarca a la propiedad rústica sino también a los pisos y cuotas indivisas de edificios urbanos, es decir plazas de aparcamiento y trastero, lo cual le parece desorbitado y muy problemático.

Trata la enajenación de cuotas indivisas y alaba que en la actual regulación se haya puesto fin a las dudas que la anterior planteaba. Es esclarecedor que se establezca la preferencia del retracto de comuneros sobre el de abolorio. Aboga por considerar la casa como unidad de explotación, considerándola a efectos de este derecho de preferente adquisición como un único bien aunque en el registro o en el catastro aparezcan como bienes diferentes y no como una unidad de fincas.

Considera que no será necesario que ni el retrayente ni el enajenante sean aragoneses, planteándose si es necesario que el adquirente tenga o vaya a tener residencia en Aragón, que en su opinión así es porque la finalidad del retracto es mantener la

unidad familiar, aunque el autor entiende que para estar seguro es necesario esperar a la interpretación jurisprudencial. Llama la atención que en la ley no hay una referencia explícita al interés familiar.

Deja claro que conforme a la nueva regulación legal los bienes tienen que estar en Aragón. Tradicionalmente este derecho se ha aplicado más en el Altoaragón. Entiende que en caso de concentración parcelaria o de permuta forzosa debe de continuar el abolorio respecto de los bienes de remplazo.

También considera, con razón, que los hijos adoptivos tienen en esta institución los mismos derechos que los demás. Reflexiona sobre en qué consiste la preferencia que concede la ley cuando se refiere a que en el caso de dos parientes del mismo grado será preferido el primero en ejercitarlo, entendiendo que será el primero que consigne en el Juzgado el precio de la venta, no el que notifica fehacientemente su deseo de ejercitarlo. ¿Y cuando el precio no sea conocido sino solo estimado? Si el Juez lo considera insuficiente requerirá el complemento en un plazo de diez días.

Estudia el autor, por qué hay jurisprudencia contradictoria, qué debe entenderse cuando se impone que se deberá abonar el retrayente los gastos legítimos; y si dentro de ellos están incluidos, los impuestos de plusvalías, los del abogado y el agente de la propiedad inmobiliaria. Se plantea si es necesario volver a pagar el impuesto en caso de reversión y así lo considera

Se plantea qué habrá que hacer para excepcionar la razonable prohibición legal de enajenar durante cinco años, como forma de limitar el interés especulativo del que adquiere y vende al día siguiente. La primera es, por mandato legal, acreditar que se ha venido a peor fortuna. La supone en los casos de concursos o cuando se hace en un procedimiento de ejecución forzosa. No le

PRÓLOGO

ofrece dudas de que no es necesario tener los bienes cinco años si se pierden por expropiación forzosa y considera que cuando procede de subasta pública por impago de deuda habrá que ver si con ello se enmascara un fraude. Se pronuncia el autor en contra de mantener un plazo de caducidad máximo de dos años, por ser contrario al principio de seguridad jurídica.

La jurisprudencia solo ha admitido que el requerimiento pueda hacerse extrajudicialmente. Sin embargo Latorre considera que será posible ejercitar el derecho de retracto extrajudicialmente si después de consignar el precio, los gastos necesarios y cumplidos los requisitos legales, se aviene el adquirente.

Esta obra trata otras cuestiones y lo hace desde la experiencia que da la práctica notarial durante muchos años, con sentido crítico en unos casos y en otros sentando criterios de cómo debe interpretarse el nuevo Código Foral. Deja constancia de su interés por el Derecho foral, lo que ha sido una constante en su vida profesional, también cuando no estaba tan de actualidad, por eso le tenemos que estar agradecidos.

Zaragoza a 21 de julio de 2016.

FERNANDO GARCÍA VICENTE
JUSTICIA DE ARAGÓN

La ley Autonómica 8/2010 vuelve a tratar el derecho de abolorio en sus artículos 52 y ss. continuando la pauta que para este derecho preferente había recogido la Compilación de 1967 en sus artículos 149 y ss.

La nueva Ley sigue las reglas de la legislación anterior aragonesa, pero su articulado tiene una mayor concreción en relación a las causas y efectos de la institución, sin embargo, esta mayor concreción ha dado lugar a una amplitud que, si bien consagra la troncalidad en el derecho a los bienes raíces por otra parte hace peligrar la seguridad del tráfico jurídico, lo que me hace sospechar si será beneficioso para el régimen jurídico aragonés o por el contrario contraproducente, lo que sí es seguro que tal como está regulado el derecho de abolorio en la actualidad diluye los efectos de la institución y lo deja sin raíces en cuanto en sí se aparta de la troncalidad tal como la veníamos entendiendo y por ello sin razón para su aplicación en la legislación aragonesa.

Dicha regulación viene hoy recogida en el Código de Derecho Foral de Aragón publicado como decreto legislativo 1/2011 de 22 de marzo, como compendio y refundición de las nuevas Leyes promulgadas por las Cortes Aragonesas desde 1999 y que ha recogido todas las materias del derecho foral histórico de Aragón, aunque a los efectos de este estudio me guiaré por la Ley autonómica 8/2010 del que el Código es una mera transposición (aunque indicaré en cada caso su articulado), ya que fue precisamente la Ley antes mencionada la que recoge las modificaciones dictadas por las Cortes y que suponen una puesta al día, con mejor o peor fortuna, de esta institución histórica y de la que algunos autores¹ consideran que se debiera haber prescindido.

1 López Azcona, Aurora, *Derecho de Abolorio en la Ley del Derecho Patrimonial*, "Foro del Derecho Aragonés de 2010".

La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los ordenamientos territoriales españoles... "Así las cosas, desde la codificación

Seguiré para este estudio los artículos 52 al 62 de la Ley de Patrimonio de Aragón, haciendo constar que el que pretenda seguir este estudio desde el Código de Derecho Foral de Aragón deberá seguir los artículos 588 al 598 de igual contenido.

Antes de comenzar el estudio de esta nueva Ley Autonómica considero precisa la mención a la antigua legislación.

No cabe duda que la figura del derecho de abolorio no se recoge en la Compilación en sus artículos 149 y ss. igual que la recogida en la Ley Patrimonial de Aragón en sus artículos 52 y ss. (arts. 588 y ss. C DFA). Es obvio que ambas instituciones recogen un derecho preferente de adquisición de carácter gentilicio que se denomina de abolorio por cuanto son bienes de procedencia de los abuelos, para María Martínez también pueden ser de bisaborio, es decir, bienes procedente de los bisabuelos. En lo demás y sobretodo en el aspecto teleológico, la institución ha experimentado tales cambios, que deberemos diferenciar, por un lado el derecho histórico del retracto de abolorio que se ha mantenido hasta la derogación de la Compilación de 1967, (haciendo hincapié en el período de penuria que tuvo lugar durante la vigencia del Apéndice en el que no figuraba) y por otro el recogido en la Ley Autonómica 8/2010 de dos de diciembre.

Manifiestan los autores² (Aurora LÓPEZ, María MARTÍNEZ, etc.) que los primeros indicios del derecho de abolorio que

los derechos de adquisición preferente por interés familiar han sido puestos en tela de juicio por resultar contradictorios con los principios que informaron este proceso de unificación legislativa, y, en concreto, con la consagración de una concepción absoluta del derecho de propiedad. Otra de las objeciones que suele formularse a estas preferencias adquisitivas consiste en su escasa conciliación con las necesidades de la sociedad moderna, al considerar este tipo de instituciones como algo propio de tiempos ya pasados". *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2000, págs. 195 y 196.

2 María Martínez en su tesis doctoral sobre el "Derecho Aragonés ab Intestato" redunda en la materia y en especial hace constar el carácter complementario del derecho

se conocen proceden del Fuero de Jaca, posteriormente recogido con más detalle en el Fuero de Huesca, con cuyo contenido con muy pocas variaciones referentes a bienes y parientes con derecho al retracto, ha llegado hasta el siglo XX y exactamente a la promulgación de la compilación el 8 de abril de 1967.

El derecho de abolorio en la edad media, en la moderna y en la contemporánea se aplicaba con similitud a los principios tróncales del derecho castellano, hasta que la promulgación del Código Civil en 1881 hizo que desapareciera en Castilla el principio de troncalidad en base a los principios liberales en que se basaba el Código procedentes en parte del Código Napoleónico francés, pero tal derecho se mantuvo en zonas forales como Aragón, Navarra, País Vasco, incluso Cataluña, en las cuales todavía encontraban razones para su mantenimiento por la raigambre familiar del mismo, y como tales se mantuvieron en zonas pobres y aisladas aunque hubo voces tendentes a su desaparición, Franco y López no lo incluye entre las instituciones que se deberían conservar³. El Apéndice lo mantuvo sin referirse al mismo y la posterior legislación la reguló.

de saca al consorcio aragonés en referencia a la sucesión intestada y solo para el caso de bienes independientes y que se pretendan transmitir por lo que nunca irían a una sucesión.

En parientes con derecho al derecho de tanteo y retracto, refiriéndose a la historia de la institución se refiere únicamente a parientes transversales.

3 Franco y López en Instituciones que no se deberían mantener hace referencia al "derecho de saca" como institución que no guarda relación con el tiempo que le toca vivir y solicita su desaparición.

Marceliano Isabal en su obra Exposición y Comentario del Cuerpo Legal .1926, sobre su artículo 199 redacta el siguiente comentario "No he podido apreciar un estado de opinión aragonesa tan contrario al retracto gentilicio como al consorcio foral. Es, con todo, indudable que las dudas acerca de la conveniencia de la institución han crecido. Como quiera que sea, no es institución desusada". Con este último párrafo pretende apoyar la institución aunque no la considera aceptable.

La finalidad de la institución de abolorio era impedir que los bienes salieran de una familia en la que había permanecido más de dos generaciones, es decir, era un instrumento protector de la casa aragonesa para evitar su fragmentación. La fragmentación podría derivarse de transmisiones del patrimonio familiar o de los capítulos matrimoniales de constitución de dote, pudiendo dar lugar en ambos casos al empobrecimiento de dicho patrimonio hasta el punto de no permitir el sustento de la familia.

No obstante lo expuesto, hay autores que consideran que esta institución nació como complemento del consorcio foral. El consorcio foral daba lugar a la transmisión de los bienes a la familia troncal en caso de fallecimiento sin testamento, es decir, regulaba la transmisión "*mortis causa*" pero no la "*inter vivos*" y esta falta de regulación de las transmisiones "*inter vivos*" ya fueran onerosas o lucrativas, es el origen del derecho de abolorio.

Pero cuidado, el ejercicio del derecho de abolorio solo podía ser ejercitado por los colaterales, iba a la línea directa descendente nunca ascendente y tampoco a los descendientes del transmitente, solo recaía en hermanos e hijos o nietos de hermanos que acreditaran la procedencia del mismo tronco, como recoge María Martínez. Se entendía que el derecho de tanteo al notificarse a los parientes la futura venta, era un acto puramente familiar y coloquial, la notificación de la futura transmisión no era legalmente exigible. Era el retracto como derecho desvinculado del anterior el que era un principio imperativo exigible por ley, con lo cual hay que entender que a diferencia del derecho positivo actual, el histórico solo reconocía el derecho de retracto.

DEFINICIÓN DEL DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

Artículo 52 (art. 588 CDFR).– El derecho de abolorio o de la saca es un derecho de adquisición preferente, ejercitable como tanteo y, subsidiariamente, como retracto, que la ley concede a determinados parientes de quien pretenda enajenar o enajene bienes de abolorio a quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de pertenencia de los bienes.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 6 de Junio de 1989 define este derecho como *“Un derecho de adquisición basado en un interés familiar ...y en una afección sentimental hacia los bienes, es el interés que supone la conservación o ampliación del patrimonio familiar como base a la sustentación de la familia, en orden a un mayor engrandecimiento económico-social de la casa aragonesa”*⁴.

4 La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 6 de Junio de 1989, define el derecho de abolorio como “un derecho de adquisición basado en un interés familiar, con base de sustentación de la familia en orden a un mayor engrandecimiento económico-social de la casa aragonesa”.

Sin embargo, Ángel Dolado, en su estudio sobre “El derecho de abolorio y la interpretación judicial de la facultad moderadora de los Tribunales”, entiende que la jurisprudencia considera que estos derechos son limitaciones a modo de cargas de derecho público.

La profesora Aurora López Azcona define el derecho de abolorio actual como *“Derecho de adquisición preferente, que se ejerce por tanteo y subsidiariamente por retracto, que se concede, bajo determinadas condiciones, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado del que pretende enajenar o ha enajenado a un extraño o pariente más allá del cuarto grado inmuebles que han pertenecido a la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente”*⁵.

Importantes son las condiciones que tiene que ostentar una enajenación para que se le pueda aplicar el derecho de adquisición preferente:

José Luis Merino Hernández las configura como⁶:

1.- Un derecho de adquisición preferente, que otorga la posibilidad de mantener los bienes familiares en el seno de la casa, oponible frente a cualquier presunto adquirente.

2.- Un derecho basado en el interés familiar, pero no solo, ya que el aspecto economicista puede y suele acompañar al ejercicio del derecho de la saca o abolorio.

3.- Una manifestación de la expectativa hereditaria .

4.- Un derecho de interpretación restrictiva

Santiago Serena Puig lo configura con las siguientes características⁷:

5 López Azcona, Aurora, en *Normas de Jurisprudencia*, pág. 138.

6 Merino Hernandez, José Luis, *El Derecho de Abolorio Aragonés*, Institución, 1980, págs. 270 y ss.

Defiende Merino la extensión del derecho de abolorio a otras realidades socioeconómicas distintas a la casa tradicional aragonesa dedicada al ejercicio de una explotación agropecuaria, a fin de que abarque patrimonio mercantil e industrial.

7 Serena Puig, Santiago, recoge las características del derecho de abolorio en *“Foro de Derecho Aragonés”*, Actas de 1998, en cuanto hace un estudio concreto de los caracteres aplicables al derecho de abolorio, pág. 136 y ss.

- 1.- Es un derecho de adquisición preferente.
- 2.- Es un derecho basado en el interés familiar para conservación del patrimonio familiar.
- 3.- Es una manifestación de la expectativa hereditaria .
- 4.- Es un derecho personalísimo y renunciable.
- 5.- Tiene un carácter restrictivo.

Con las características enunciadas dicho derecho de abolorio o de la saca fue recogido en el Fuero de Huesca de 1247 *“de comúni dividundo”*. En el Fuero Único de 1678 se establecía como *“Que tenga lugar el beneficio de la saca en las vendiciones de bienes sitios que se hiziere por Cort”* al igual que se recogía en las Observancias II y VIII. También con ligeras modificaciones fue recogido por los escritores del siglo XIX⁸.

En el estudio de la institución, la doctora López Azcona recoge sus características comenzando por tratar los puntos controvertidos recogidos en el texto de la Compilación⁹:

- 1.-Troncalidad de los bienes
- 2.- Parentesco del actor.
- 3.- Caducidad del plazo.
- 4.- Consignación del precio.

Y continúa refiriéndose a los requisitos de la institución indicando que son:

- 1.- Que se trate de una venta o dación en pago del dominio pleno, útil o directo, de inmuebles.
- 2.- Que dicha venta o dación en pago se haga a un extraño.

8 Franco y Guillen, obra ya citada.

9 López Azcona, Aurora, Actas de 2010, págs. 75 y ss.

3.– Que dichos inmuebles hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

4.– Que dicho derecho de tanteo, o en su caso de retracto, pueden ejercitarlo los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes .

5.– Que a falta de ofrecimiento se goza del derecho de retracto.–

6.– Su finalidad familiar.

Otro requisito que recogía la compilación y que ha servido de base a las modificaciones introducidas en la Ley de Patrimonio de Aragón es el establecido en su art. 149,2 al decir

*“Los Tribunales, concurriendo las condiciones señaladas, podrán moderar equitativamente el ejercicio de este derecho”*¹⁰. La desaparición

10 Ángel Dolado Pérez, *El derecho de abolorio y la interpretación judicial de la facultad moderadora de los tribunales*, Comenta las siguientes sentencias:

- De la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13-11-75.
- Del Tribunal de Justicia de Aragón de 22-1-90.
- Del Tribunal de Superior de Justicia de Aragón 4-11-92.
- Del Juzgado de 1ª Instancia de Calatayud 14-11-94.
- Del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Huesca de 28-3-95.
- Del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Zaragoza de 6-6-96.
- Del Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Zaragoza de 25-10-96.
- De la Audiencia Provincial de Huesca de 17-10-96.
- Las del Juzgado de 1ª Instancia de Barbastro de 16-4-96 y 6-11-96.
- Del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Zaragoza de 25-1-99.
- De la Audiencia Provincial de Huesca 7-6-93.

En todas ellas se observa una evolución hacia una mayor aceptación de la institución que se inicia a partir de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 17-10-96, ya que en un principio todas las sentencias iban dirigidas a una interpretación muy restrictiva de la institución obteniendo la “causa” del derecho de abolorio en la combinación del elemento subjetivo-afectivo con objetivo patrimonial. La sentencia de 17-10-96 cambia la trayectoria de interpretación flexibilizando los requisitos para su ejercicio, a partir de ese momento las sentencias, hasta la promulgación de la Ley Aragonesa del Patrimonio, van dirigidas a comprobar la concurrencia de los requisitos legales y a

ción de esta actividad moderadora así como la adaptación de la finalidad de defensa del patrimonio familiar es lo que ha dado lugar al cambio teleológico de la institución que voy a tratar.

Hay que tener en cuenta que por mucho que se quisiera mantener la institución en la Compilación, el cambio social del suelo rústico y la nueva forma de vida aparecida en la segunda mitad del siglo XX, crea un recelo en la sociedad que obliga a establecer un tamiz judicial para su empleo y así observamos, como luego veremos, que las primeras sentencias son contrarias a una interpretación laxa y hay que esperar veinte años para observar un cambio evolutivo en este derecho preferente.

El cambio se inicia en 1961 con el anteproyecto de seminario en el que se crea una intervención judicial que a la Compilación sólo llega como función “interpretativa” o de “moderación” sobre la bondad de la aplicación del derecho a la “casa aragonesa”, mas aunque no se recogía en el texto legislativo los tribunales también podían “denegar” el ejercicio del mismo en base a la desconfianza que despertaba no solo en la doctrina, sino también en la misma sociedad en que se comenzaban a implantar los principios liberales¹¹.

Esta postura de intervencionismo judicial desaparece en la vigente Ley de 2010, al liberalizarse todavía más la sociedad.

No se concreta en la Ley de 2010 cuál es la finalidad del derecho de abolorio y tampoco se exige el cumplimiento de finalidad alguna. La doctrina habla de que la finalidad del derecho sea el “interés familiar” sin determinar más, por lo que hay muchas

reconocer su procedencia sin profundizar sobre el interés familiar. Interpretación previa al reconocimiento en la nueva Ley.

11 Sancho Rebullida, Francisco de Asís, se refiere a la desconfianza en la institución lo que da lugar a la intervención judicial. Actas de las jornadas de Derecho Aragonés 1968-1969.

interpretaciones sobre cuál es la finalidad real del derecho, entre ellas cabe destacar las siguientes

- Conservación de bienes en la familia.

Como afección sentimental hacia los bienes, es decir finalidad subjetiva.

Para Manuel Domínguez Pérez¹² la única razón para entender su subsistencia es el elemento afectivo

- Engrandecimiento del patrimonio familiar que se lleva a cabo de tres maneras:

1º.- Protección de la actividad agropecuaria, el que ejercita el derecho preferente debe ser agricultor o ganadero y vivir en la zona .

2º.- Protección de la casa aragonesa¹³.

3º.- Interés por engrosar el patrimonio familiar.

- Como manifestación de una expectativa hereditaria.

Respetando las teorías doctrinales expuestas solo me cabe expresar mi confianza en que lo importante en la finalidad del derecho de abolorio como medio de incrementar el patrimonio, mediante ingreso de un bien en la familia, no suponga en ningún caso un abuso de derecho.

12 Domínguez Pérez, Manuel, Foro de Derecho Aragonés. Actas 2010, pág. 236: “Estoy tentado a decir que —hoy al menos— el elemento subjetivo, afectivo, de la finalidad es el único que verdaderamente justifica LA INSTITUCIÓN la Ley no lo exige, abuso de derecho aparte, lo da por supuesto”.

13 Martín Ballester y Costea, Luis, *La casa en derecho aragonés*, pág. 123. Es una manifestación de la expectativa hereditaria, destacando la relación existente entre el derecho de abolorio y la sucesión troncal.

BIENES A LOS QUE AFECTA

Artículo 53 (art. 589 CDEFA).

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

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

Artículo 56 (art. 592 CDEFA).-

1.- El derecho de abolorio es susceptible de ejercicio en la enajenación de cuota indivisa de bienes de abolorio.

2.- Si se enajena un inmueble en su totalidad, no cabe ejercitar el derecho de abolorio sobre una cuota indivisa del mismo.

Artículo 57 (art. 593 CDEFA).- Cuando se enajene una pluralidad de inmuebles, podrá ejercitarse separadamente el derecho de abolorio sobre cualquiera de aquellos que tengan la consideración de bienes de abolorio. aunque la contraprestación sea única.

En la Compilación en su art. 149 se reconocía que el derecho de abolitorio afectaba a toda clase de bienes inmuebles exigiendo únicamente la permanencia en la familia, pero sin limitarlo a explotaciones agrarias tal y como se hacía en el derecho anterior basado en la defensa de la “casa aragonesa”.

La Ley 8/2010 cambia este principio real afectando no solo a las fincas rústicas y a los edificios o parte de ellos que formaban parte del todo que constituía la “casa aragonesa”, sino también a edificios urbanos o parte de ellos, lo que supone que este derecho troncal afectará a transmisiones de viviendas, plazas de aparcamientos y trasteros en cuanto son partes de un edificio, aunque no pueda entenderse que estos bienes formen parte de un patrimonio familiar que deba ser objeto de especial protección. El derecho de abolitorio así entendido llega hasta el extremo de conceder un derecho a los parientes sobre una finca o una parte de la misma, incluso postergando otros derechos preferentes.

Con lo recogido en la nueva legislación queda claro que no solo quedan excluidos los terrenos urbanos y los solares sino lo que es más importante, las acciones o participaciones sociales de sociedades de capital (anónimas o limitadas) como recoge en sus comentarios Albert Capell Martínez notario de Boltaña¹⁴.

Sí serán bienes amparados por el derecho preferente los terrenos urbanizables que no han llegado a tener el carácter de suelos

14 Capell Martínez, Albert, en sus notas *Resumen de la Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial Aragonés*, concretando lo aquí expuesto, hace constar “La nueva Ley amplía, a mi juicio, excesivamente, su ámbito, acaso con una mentalidad romántica de legisladores de “ciudad”, que excluyen la figura en los solares urbanos y en las acciones y participaciones sociales la mantienen en el ámbito rural (suelo rústico y empresas agropecuarias, a las que habrá que recomendar ahora que adopten formas societarias para evitar la discriminación) donde el retracto causa distorsiones que dificultan el tráfico inmobiliario... y es que el abolitorio no responde a intereses familiares sino especulativos” Albert Capell es notario de Boltaña desde hace mucho tiempo.

urbanos, y su destino, su uso, se mantiene como agropecuario, ello porque en estos casos normalmente nos encontramos ante una corruptela de los municipios que mediante la ampliación de la superficie de terrenos urbanizables, que nunca llegarán a la clasificación de urbanos, consiguen sujetarlos a la tributación por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de carácter Urbano lo que incrementa considerablemente el haber de las arcas municipales. De hecho, en la actualidad, la jurisprudencia ha determinado en numerosas ocasiones que estos suelos, anulando la recalificación a urbanizables efectuada por los regidores de los ayuntamientos, adquieran de nuevo la primitiva calificación de rústicos.

¿Y qué sucede con la modificación de la finca rústica sujeta al derecho preferente derivada de la construcción de una casa o una nave? ¿Y en el caso de una vivienda que se realizó como unifamiliar pero que la tendencia actual de reducción de miembros en las familias hace que haya quedado excesivamente grande, y que ha dado lugar a una división de la misma formando dos o más viviendas? Expone Javier Manzana Puyol¹⁵ que la permanencia de las fincas en la familia debe ser inalterada por lo que no ha podido haber alteración o mutación, beneficiosa o perjudicial, que adultere el bien y por ello en caso de subrogación real por otros bienes, éstos no serán objeto de abolorio. Sin embargo en caso de Concentración Parcelaria o Permuta Forzosa entiendo que debe continuar el carácter de abolorio con respecto a los

15 Manzana Puyol, Javier, "El Elemento Objetivo del Derecho de Abolorio. Sobre qué bienes recae". Foro de derecho Aragonés. 2010 Actas, pág. 123 y ss. "Tradicionalmente han sido solo los inmuebles objeto del derecho de abolorio, como rezaba el artículo 149 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, ahora también pero solo los situados en suelo rústico, como advierte el preámbulo, excluyendo por tanto todos los que no tengan naturaleza rústica, es decir, los de naturaleza urbana, salvo los edificios o parte de ellos. Los bienes muebles vemos que están excluidos, a pesar de algunas voces a favor de su inclusión".

bienes de recambio, pues a estos se les reconocen los mismos derechos que ostentaban los aportados.

Por otra parte, las acciones y participaciones sociales quedan excluidas aún en el caso de que formen parte de su patrimonio bienes inmuebles sujetos a la protección del derecho de abolitorio, por lo que se puede burlar este derecho preferente mediante la creación de sociedades agropecuarias cuyas acciones o participaciones se pueden transmitir a cualquier inversionista, sin que la familia ostente ningún derecho para su adquisición, y sin que se pueda considerar un fraude al derecho preferente ya que la sociedad puede tener varios objetos sociales distintos a la mera tenencia de bienes o explotaciones familiares. ¿Pero podríamos de alguna manera evitar esa burla al derecho preferente? Sin duda, y para ello bastará con estar atento al momento de la aportación de tales bienes al patrimonio social y entendiendo dicha aportación como transmisión “intervivos”, en ese momento la persona que resulte ser sujeto del derecho de abolitorio pueda ejercitarlo.

No se encuentran amparados por el derecho de abolitorio los bienes muebles, por consiguiente no se puede extender el derecho preferente a los colocados de una manera permanente y accesoria, como consecuencia de la desaparición de la ficción que regulaba la Compilación de muebles por sitios¹⁶.

Otro requisito que se exige para que unos bienes formen parte de un derecho familiar es que radiquen en Aragón. Este requisito no se exigía expresamente en la Compilación, cuyos legisladores no creyeron esencial mencionarlo expresamente por tratarse de un derecho que no se admite fuera de Aragón, ya que

16 Calatayud Sierra, Adolfo, *Revista Derecho Civil*, 2000, recoge un estudio sobre la posibilidad o no de recaer sobre el dinero y los bienes muebles, fungibles o no.

en Derecho común no es aceptada la troncalidad en las relaciones familiares y además impera para el mismo un “*ius soli*”

En la ley 8/2010 se pretende confirmar el principio real frente al personal en el ejercicio de este derecho preferente, lo que lleva consigo la pérdida de la condición de derecho familiar y la voluntad de mantenimiento de un patrimonio familiar, convirtiéndolo en una actuación especialmente especulativa al desaparecer la regla que recogían el derecho histórico, la doctrina y la jurisprudencia anterior a esta Ley. Serena Puig¹⁷ al recoger los requisitos de la institución dice “es un derecho basado en el interés familiar; esta es la esencia misma del derecho de abolorio: el deseo de evitar que determinados bienes salgan de la familia en la que han permanecido, por el cariño o afecto del retrayente hacia los mismos”.

No obstante, entiendo que aunque falte una referencia expresa en la Ley vigente al interés familiar, esto no impide que este derecho histórico sirva para que en los casos contenciosos se pueda determinar si el retrayente tiene o no derecho al ejercicio de la acción en base a dicho interés.

17 Serena Puig, Santiago, Foro de Derecho Aragonés. Actas de 1998. “Partes indivisas de una finca y venta conjunta de varias fincas”, admite principios que luego recogerá la Ley de Patrimonio, págs. 143 y ss. Recoge asimismo los requisitos que considera necesarios en la institución.

“Cuando se enajenan varias fincas, pueden darse diversas situaciones: que todas ellas sean troncales o familiares, o que unas tengan este carácter y otras no. También puede ocurrir que se fije un precio alzado para todas o se determine el que corresponde a cada una de ellas. Como criterio general hay que considerar que ni se puede intentar el derecho de abolorio sobre las fincas no familiares pues se extendería indebidamente a bienes que no tienen el carácter de troncales. La existencia de precio único tampoco supone un impedimento definitivo ya que el precio individualizado podrá obtenerse mediante la oportuna prueba en el juicio, en ejecución de sentencia o tasación pericial. Ahora bien, si todas las fincas forman una unidad de explotación o patrimonial la solución sería contraria”.

En cuanto a la jurisprudencia (la SAT de Zaragoza de 19 de Febrero de 1985, la SAP de Zaragoza de fecha 6 de Junio de 1989 y varias sentencias de juzgados de Primera Instancia), recogen en su función moderadora el interés familiar, es decir la conservación del patrimonio familiar¹⁸.

La pretendida adaptación de la ley a los tiempos actuales al recoger el derecho de preferente adquisición sobre un piso, apartamento, plaza de aparcamiento o trastero, entiendo que no se fundamenta en el interés familiar, en la voluntad de conservación del patrimonio familiar, por mucho que proceda del abuelo.

Aunque no lo recoja la legislación, nada impide que el transmitente en uso de los derechos que le amparan lleve la actuación del retrayente a los Tribunales de Justicia, quienes en último término determinarán el derecho o no a su ejercicio teniendo en cuenta la legislación vigente y la idiosincrasia de la institución. Quiero con esto hacer constar que si bien la actuación moderadora de los Tribunales ha desaparecido, no así su intervención en actuaciones contenciosas y en este punto se dictarán las sentencias pertinentes, aunque entiendo serán de difícil adecuación a las finalidades de la Ley porque ésta regula la institución de manera minuciosa.

Los problemas que recoge Aurora López comentando la SAT de Zaragoza de fecha 30 de mayo de 1967, que versa sobre el ejercicio del derecho de abolorio en caso de venta de pluralidad de fincas. Esta sentencia constata que dicho derecho sólo afectará a las fincas de procedencia familiar y a la venta de cuotas indivisas de fincas de igual procedencia, requisito recogido ahora por la nueva legislación introduciendo un cambio, no tan

¹⁸ López Azcona, Aurora, *Apuntes de jurisprudencia*, comentarios a la sentencia de 30 de junio de 1967.

sustancial como a primera vista pueda parecer, en sus artículos 56 y 57 (arts. 592 y 593 CDFA).

El artículo 56 (art. 593 CDFA) recoge: "El derecho de abolorio es susceptible de ejercicio en la enajenación de cuota indivisa de bienes de abolorio".

El artículo 57 especifica: "Cuando se enajene una pluralidad de inmuebles, podrá ejercitarse separadamente el derecho de abolorio sobre cualquiera de aquellos que tengan la consideración de bienes de abolorio, aunque la contraprestación sea única". ¿No afecta esto a la función teleológica?

Entramos en primer lugar en el examen del artículo 56 (art. 592 CDFA). El derecho preferente sobre una cuota indivisa enajenada o que se pretenda enajenar, según determina el artículo 56, se ejercitará si se trasmite exclusivamente una cuota indivisa, pero no podrá ejercitarse cuando se transmita una finca entera¹⁹.

De lege ferenda entiendo que, con fundamento en el interés familiar que inspira a esta institución, el familiar retrayente con derecho a una cuota indivisa debería ejercitar el derecho de abolorio sobre la totalidad del bien.

Tampoco tendrá derecho preferente el pariente si esta cuota enajenada la pretende un comunero pues éste tendrá un derecho preferente como recoge el art 62 de la Ley (art. 598 CDFA).

Santiago Serena Puig al plantearse el dilema de venta de cuotas indivisas de una finca y después de recoger jurisprudencia a favor y en contra del ejercicio sobre las mismas del derecho de abolorio (sentencias de la ATZ de 12 de Diciembre de 1947 y 11 de mayo de 1959) se postula a favor del ejercicio de retracto

¹⁹ López Azcona, Aurora, *Apuntes Jurisprudenciales*, sentencia 30 de mayo de 1967.

en venta de cuotas indivisas. Tras un amplio estudio de la jurisprudencia el Magistrado Serena Puig llega a la conclusión de la posibilidad del ejercicio de retracto en enajenación de cuotas indivisas de una finca troncal o las cuotas indivisas troncales aunque el resto de cuotas no lo sean haciéndolo constar. En los casos de enajenación de una parte de la finca troncal o de la parte troncal de la finca considera que no hay obstáculo al ejercicio del derecho de abolorio, ya que dicha enajenación supondrá que la finca en cuestión es divisible y aunque no lo sea, no por eso dejará de permitirse el derecho preferente a la parte del bien con ascendencia familiar.

En contra, las sentencias de 7 de diciembre de 1955 de la ATZ y 17 de febrero de 1954 y en esta misma posición Merino Hernández²⁰.

Todo lo expuesto pone de manifiesto que la modificación de la ley en materia de enajenación de cuotas indivisas consiste en la aclaración de una cuestión controvertida que la legislación anterior no trataba, lo que producía un desconcierto en la doctrina al no entender la solución sin causar perjuicio a la familia, ahora con la legislación vigente, en caso de venta de cuotas indivisas de una finca que tengan el carácter de abolorio se dará el derecho de preferente adquisición sobre dichas cuotas aunque las otras no tengan el mismo carácter o sean de distinta propiedad, ahora bien como recoge el artículo 62 (art. 598 CDFA) siempre será preferente el retracto de comuneros al de abolorio en estos casos y no se podrá nunca solicitar la adquisición de cuotas de una finca si ésta se vende entera.

Pasamos aquí al estudio del artículo 57 (art. 593 CDFA). El ejercicio del derecho de abolorio en caso de venta de varias fincas

²⁰ Merino Hernández, José Luis, *A favor de retracto de cuotas de bienes. El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980.

en una sola mano no es doctrina pacífica: Albert Capell²¹ considera que la Ley está muy clara y por tanto el retrayente podrá ejercitar su derecho sobre las fincas que tenga por conveniente sin que se pueda oponer que todos los bienes transmitidos constituyen una explotación unitaria.

No lo tengo yo tan claro, ni estoy de acuerdo con esta interpretación, siguiendo la legislación de la Compilación la doctrina entendía que en caso de venta de un conjunto de fincas había primero que acreditar cuales eran troncales y cuáles no para ejercitar el derecho de abolorio, solo las que reunieran este requisito podían ser objeto de ejercicio de este derecho. La sentencia de la APZ de 5 de abril de 1990 determinó que solo sobre las fincas que se demuestre son de abolorio cabía la posibilidad de ejercitar el derecho preferente, pero el ejercicio del derecho sobre fincas separadamente unas de otras, solo se podría llevar a cabo cuando no constituyesen un conjunto patrimonial unitario.

El mismo sentido sirvió para fundamentar el fallo de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Huesca de 28 de marzo de 1995.

Esta misma orientación se recoge en la Ley 457 del Fuero Nuevo de Navarra y el art. 115 de la Ley de Derecho Civil Foral

21 Capell Martínez, Albert, obra citada sobre construcciones en terrenos rústicos y urbanos.

Uno de los requisitos que deben tener los bienes para que sean de abolorio es "que hayan permanecido como tales en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del enajenante, cualesquiera que sea su procedencia y modo de adquisición".

Capell aporta lo siguiente: "La expresión QUE HAYAN PERMANECIDO COMO TALES plantea problemas en las nuevas edificaciones construidas. Parece que debe excluirse el derecho en los casos de declaración de obra nueva, sobre o subedificación, división horizontal o incluso los bienes aportados por el enajenante a su matrimonio, que devienen consorciales, para ampliarse la comunidad conyugal construirlos y rehabilitarlos por ambos esposos, en la agrupación de fincas con otras no familiares en la recalificación de finca de rústica en urbana."

del País Vasco, en ambas se impone la excepción al tratarse de un caserío, en cuyo caso habrá de adquirirse como una unidad de explotación²².

¿Y qué pasa con la casa aragonesa? entiendo que la venta de una serie de fincas que constituyen una unidad de explotación o la llamada en Aragón “casa” se debe interpretar como un único inmueble aunque a efectos de catastro o registro figuren como varias fincas, pues intelectual y teleológicamente es un único bien inmueble, y aunque el conjunto de fincas no suponga una continuidad física sí lo es intelectualmente por voluntad de una familia. Seguir una interpretación literal del artículo 57 de la Ley 8/2010 (art. 593 CDFA) supondría la desaparición de todos los fueros de Aragón tanto referentes al derecho de familia como sucesorio, ya que desde el primitivo Fuero de Jaca todo el derecho se ha desarrollado en torno a la “CASA”. Cualquier otra interpretación supondría la desaparición del derecho aragonés por la inutilización de la figura clave en el mismo, los bienes necesarios para el mantenimiento de una familia.

Sin embargo, si la transmisión afecta a un conjunto de fincas que no constituyen una unidad de explotación le es aplicable el art. 57 (art. 593 CDFA) pero con matices, entiendo que el pariente que retrae podrá ejercitar su derecho solo sobre unos bienes dejando los otros en propiedad del comprador, pero ello evitando el “abuso de derecho” que supondría retraer las fincas cuya explotación pudiera resultar rentable y dejando en el patrimonio del tercer comprador aquellas que solo adquirió por imposición de su vendedor cuya voluntad era la transmisión de todo su patrimonio a una sola mano. Por ejemplo, en los últimos tiempos y debido a la migración a las capitales de vecinos de zonas agrícolas se produce la enajenación conjunta del patrimo-

22 López Azcona, Aurora, obra citada sobre apuntes Jurisprudenciales.

nio rural del emigrante ya que deja de explotarlo y trata de evitar que quede baldío; pues bien, el pacto de enajenación es global para todas las fincas buenas y malas y el precio se hace en esa proporción, el comprador se ve impelido a comprar todo, lo que de buena gana no haría, no se debe permitir que un pariente que no piensa en la mayoría de las ocasiones cultivar directamente las fincas, ejercite un derecho preferente sobre las más rentables dejando las menos favorecidas en poder del comprador, ello supone un abuso del derecho amparado en una legislación informada, en principio, por un espíritu contrario y así habrán de reconocerlo los tribunales.

Entiendo que el ejercicio del derecho de abolorio debe ser de aplicación restrictiva, y por tanto solo afectará a los casos puros de procedencia familiar pero no a los híbridos, aunque serán los Tribunales de Justicia quienes determinarán su aplicación o no, mientras llegan esas sentencias quiero hacer constar que la sentencia del Juzgado de primera instancia número 2 de Zaragoza, de fecha 6 de junio de 1996, cuyo relato fáctico consiste en: el actor, retrayente, ejercitaba el derecho de abolorio sobre una finca resultante de la agrupación de dos fincas troncales, en la finca agrupada se había construido una edificación a cargo de la sociedad conyugal del retraído, el Juzgado denegó el ejercicio del derecho de abolorio al actor en base fundamentalmente a que, con independencia de la caducidad de la acción de retracto, la modificación ya consolidada de la finca produjo un cambio en la situación fáctica y jurídica de la misma.

Por otra parte, con respecto a los bienes reales, me quiero referir a si procede o no el derecho de tanteo o retracto de abolorio si lo que se transmite es la nuda propiedad de una finca, cuestión esta que ya fue tratada por la jurisprudencia ATZ de fechas 24 de febrero de 1953 y 28 de mayo de 1951 y otras del Tribunal Supremo, todas resueltas en sentido afirmativo. En este

orden Merino Hernández sostiene que “lo único que sucederá que serán adquiridos por el demandante con la carga o peso del usufructo y mientras éste dure”. No ocurre lo mismo si lo que se enajena es el usufructo de los inmuebles porque la nuda propiedad es la que confiere la verdadera titularidad permanente y a la que finalmente se reintegrará el usufructo. STS 4 de diciembre de 1979²³.

Finalmente, en relación a la transmisión de los bienes manifestar que no se establece el número de transmisiones mínimas precisas para que se pueda optar al ejercicio del derecho de abolorio, lo que da lugar a que mediante una troncalidad simple de transmisión directa de abuelo a nieto se podrá ejercitar ya que lo único que se exige es que no haya salido de la familia cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias, pero si por el contrario la donación es de padres a hijos, al no haber transcurrido dos generaciones no habrá lugar al ejercicio del derecho de abolorio. Por lo tanto no se indican las transmisiones mínimas para el nacimiento de este derecho pero sí el número de generaciones necesarias para el nacimiento del mismo, que serán dos.

23 Dolado Pérez, Ángel, “El derecho de Abolorio y la interpretación judicial de la facultad moderadora de los Tribunales”, *Revista de Derecho Civil de Aragón*.

TITULARES DEL DERECHO

Artículo 54.1 (art. 590 CDEA).– Pueden ejercitar el derecho de abolorio, cualquiera que sea su vecindad civil, los descendientes del enajenante mayores de catorce años que sean titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia, los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes, así como los ascendientes que le hubiesen donado el inmueble.

2.– Si concurren dos o más titulares en el ejercicio de derecho de abolorio, tendrán preferencia, por este orden:

- a) El descendiente más próximo en grado al enajenante.*
- b) El ascendiente o hermano que hubiese donado el inmueble al enajenante.*
- c) El pariente colateral más próximo en grado al enajenante.*
- d) En igualdad de grado, el primero en ejercitarlo.*

Tres son los requisitos personales que posibilitan el ejercicio del derecho de abolorio:

- El parentesco con la procedencia de los bienes.
- El límite de dicho parentesco.
- La pertenencia a la línea familiar de procedencia de los bienes.

Un requisito personal recogido en la Compilación y matizado por la Ley 8/2010 es la necesidad para su ejercicio que hubieran permanecido los bienes en la familia dos generaciones, añadiendo la Compilación “inmediatamente anteriores” o como dice la Ley “las dos generaciones anteriores” este cambio de dicción no afecta a la intencionalidad del legislador.

No sucede lo mismo con el parentesco preciso para el ejercicio del derecho, ya que en principio hay que hacer constar la polémica levantada sobre la exclusión o no de los descendientes.

El Apéndice se decantó por los parientes colaterales, siguiendo el derecho histórico y la consideración de la doctrina aragonesa hasta el siglo XX, y este mismo criterio se mantuvo en la Compilación en su art. 149 aunque ya hubo voces que pedían permitir el ejercicio del derecho de abolorio a los descendientes²⁴, esta polémica se puso de manifiesto en las sentencias de 19 de septiembre de 1989 de la Audiencia Provincial de Zaragoza y de 26 de octubre de 1991 del Juzgado de 1ª Instancia número uno de Huesca.

Si en la Compilación el ejercicio del derecho de abolorio estaba reservado para colaterales de la línea de procedencia de los bienes y, sin embargo, los anteproyectos de 1961 si se permitían el ejercicio a los descendientes, esta discordancia creó dudas sobre la exclusión o no de la línea recta descendente²⁵. La Ley Autonómica 8/2010 haciendo caso a la doctrina amplía los grados de parentesco y da preferencia a los descendientes y ascendientes antes de la entrada de colaterales como examinaré.

24 Serena Puig, Santiago, obra citada, págs. 138 y ss. Recoge asimismo el contenido de las sentencias de 19 de septiembre de 1989 de la Audiencia Provincial de Zaragoza y la de fecha 26 de octubre de 1991 del Juzgado de Primera Instancia número uno de Huesca.

25 López Azcona, Aurora, obra citada páginas 151 y 152.

Respecto al ámbito familiar a que corresponde este derecho debemos tener en cuenta lo siguiente:

a) El titular primero de donde proceden los bienes, ¿precisa ser aragonés?; ni antes ni ahora recoge la legislación la necesidad de un estatuto personal para el nacimiento de este derecho de abolorio, con ello se podría considerar que puede ser de otra comunidad o extranjero que ha comprado una vivienda en esta comunidad Autónoma. Sin embargo, pese a esta ausencia de normativa, yo entiendo que para que se produjera o se produzca la protección del patrimonio familiar, antes y ahora, ha sido preciso que en la procedencia de los bienes el primer titular sea una persona con vecindad aragonesa, ya que si el elemento teleológico es el interés familiar²⁶, para cumplir este derecho de trascendencia histórica en Aragón no sólo será preciso que el bien esté en esta comunidad autónoma sino también que el titular primero de los bienes sea natural de Aragón, en caso contrario sería una involución del derecho aragonés. Ahora bien, este primer propietario de los bienes puede ser como más próximo un abuelo del que enajena, pero los bienes han podido permanecer en la

26 López Azcona, Aurora, *Notas y comentarios al derecho de abolorio o de saca*, pág. 168. Se refiere la ilustre profesora a que la determinación de los sujetos al ejercicio de los derechos preferentes en el abolorio ha sido incierto ya que los Fueros y Observancias aludían de un modo genérico a los parientes sin limitación de grado por lo que hasta la aprobación del Apéndice se acudió a la Ley 73 de Toro que fijaba el cuarto grado para el retracto gentilicio castellano, hasta el mencionado apéndice que lo fijó en el sexto grado. Artículo 75 del Apéndice de 1925: “entre los retractos legales tendrá lugar, respecto de los bienes raíces, el de abolorio, o sea el derecho de tanteo o de la saca, por virtud del cual, los hermanos y 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 aunque medie carta de gracia, una finca heredada de ascendiente común a él y a aquellos puede subrogarse en lugar del comprador o adjudicatario que sea extraño o pariente de ulterior grado, bajo las condiciones mismas del contrato o la adjudicación”. Sin que afectara este derecho a los descendientes hasta el momento presente que se les atribuyó el derecho preferente bajo presión de la doctrina.

familia más de dos generaciones y haber titulares intermedios que no sean aragoneses, a pesar de lo cual se mantendrá este derecho preferente.

b) No se precisará que el enajenante, es decir el que da derecho a la preferencia, sea aragonés ni tampoco precisa de ese requisito el retrayente, el artículo 54 de la ley (art. 590 CDFA), establece quienes son los titulares del derecho y las circunstancias que deben reunir para el ejercicio del mismo, precisando en primer lugar que para tal ejercicio no será necesaria la vecindad civil aragonesa del enajenante.

Y dada la finalidad de mantenimiento del patrimonio familiar ¿será precisa la residencia del retrayente en el lugar donde se encuentren los bienes? la interpretación literal de la ley nos obliga a reconocer que no se necesita tal residencia, pero creo que si el retrayente adquiere un patrimonio que no va a explotar por sí mismo no se cumple la finalidad pretendida del “interés familiar” o “mantenimiento de la casa”, estaremos ante una actuación guiada por el interés especulativo que daría lugar a un abuso de derecho. Debo precisar que estamos ante una interpretación personal de la norma, que no puedo mantener “*urbi et orbe*” por lo que entiendo que será la jurisprudencia que se cree con posterioridad a la Ley la que determinará si es correcta o no, pero abundando en lo anteriormente dicho insisto en que el derecho de abolorio ejercido por personas no residentes en el lugar donde se encuentren los bienes pierde la finalidad de mantenimiento del patrimonio familiar y ya no estamos ante el derecho de abolorio, pues habrá perdido su finalidad histórica.

Desaparecida la finalidad de la ley que se había mantenido desde la aparición del derecho hasta su regulación en la Ley 8/2010, el derecho de abolorio como tal no tendrá razón de ser y en consecuencia su desaparición tendrá que llegar al haber perdido su carácter gentilicio.

c) Una nueva circunstancia puede darse que complica el ejercicio del derecho de abolorio. Nos situamos ante unos bienes sitos en territorio aragonés adquiridos por persona aragonesa, a su fallecimiento hereda un hijo que contrajo matrimonio con mujer de otra regionalidad, valenciana por ejemplo, a la que instituye heredera en su testamento; la propiedad del bien, tras las aceptación de la herencia por la esposa valenciana, ha salido de la familia del titular de origen, ¿qué sucederá cuando ella pretenda enajenar dicho bien? ¿Podrán los titulares del derecho de abolorio ejercitar el retracto?

Es cierto que el bien ha salido de la familia consanguínea del titular de origen y ha pasado a formar parte de la familia por afinidad, pero si el espíritu, el fin último del derecho de abolorio es el mantener los bienes en la familia el entender que el derecho se quiebra por haber salido de la estricta familia consanguínea, el perder el ejercicio del derecho por aquellos que resultan ser titulares del mismo según la ley ¿no produce un mayor quebranto al espíritu que lo informa?, ¿no daña más a nuestro derecho el permitir que la propiedad del bien pase a manos totalmente extrañas a la familia?

Otra teoría sería, partiendo de la base de una interpretación restrictiva de la ley y siguiendo el ejemplo anterior, que la adquisición, tras el fallecimiento del titular de origen y su heredero, por la persona que no es aragonesa ni consanguínea del primero, quiebra el derecho que no podrá ya ser ejercitado, el bien no ha estado dos generaciones en la familia y por consiguiente el derecho de abolorio no ha nacido. Creo que esta es la doctrina que surge de la interpretación de la norma y es la que debe ser tenida en consideración ante casos similares al expuesto que puedan surgir en la vida real.

d) De nuevo, como la vida es muy rica me surge una nueva situación. En la Compilación se presumía que los intervinien-

tes en el derecho de abolorio debían ser aragoneses (a contrario sensu Lacruz)²⁷ por el principio de la Ley personal aplicable, pero no establece lo mismo la nueva Ley, esta admite de forma tácita que los sujetos intervinientes en el derecho pueden ser de cualquier vecindad, hecho este que nos lleva a la paradoja de que personas que según su estatuto personal tienen prohibida la troncalidad (personas sujetas a derecho común por ejemplo) se les aplicaría si adquiriesen proveniente de un titular de origen aragonés algún bien en Aragón y lo donaran a sus nietos que tampoco son aragoneses, esto supondría un fraude a la ley del adquirente al que se le estaría aplicando un derecho, el aragonés, al que él no estaría sujeto.

e) Un nuevo extremo que debemos mencionar aquí, aunque simplemente como mera consideración histórica pues la repercusión que tiene en la actualidad es absolutamente nula, es la condición de los descendientes como legítimos sucesores del titular de origen para el ejercicio del derecho. El art 163 del Anteproyecto redactado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos de 26 de octubre de 1961 legitimaba para el ejercicio del derecho de abolorio a los descendientes legítimos, sin que se pueda considerar tal principio de legitimidad nuevo en nuestro ordenamiento ya que la ley y la doctrina siempre habían negado todo derecho derivado del tronco familiar a los descendientes extramatrimoniales, les era negada, incluso la legítima. La ausencia de mención de la descendencia extramatrimonial en la legislación aragonesa anterior al Apéndice de 1925 se debe a que tal descendencia no tenía reconocimiento alguno ni en la familia ni en la sociedad de la época. Es en el Apéndice de 1925 en su art. 76 donde por primera vez se hacía

²⁷ Lacruz Berdejo, José Luis, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, pág. 186 y ss.

referencia expresa a la legitimidad de la descendencia para el ejercicio del derecho.

Posteriormente, este requisito de nuevo fue eliminado en la Compilación, el motivo: se consideraba obvio que ningún pariente no matrimonial tuviera derechos en la familia fuera de la prestación de alimentos.

La modificación de la Compilación de 1985 que sirvió para adaptarla a la Constitución de 1978 cambió ante la igualdad constitucional entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Tampoco se refiere a ello la nueva Ley del Patrimonio pero es obvio que en la actualidad no resulta necesaria tal mención pues constitucionalmente ya se había eliminado la distinción entre descendencia legítima e ilegítima, por ello se limita a hacer constar que para ejercitar el derecho de abolorio los descendientes o colaterales deben tener la misma línea que la procedencia de los bienes. Esta orientación familiar está recogida en la Sentencia de 17 de octubre de 1996 en la que se acepta ya el patrimonio extramatrimonial. Por otra parte, por la asimilación legal del vocablo hijos y su igualación de derechos actuales tendrá que aplicarse el derecho de ejercicio de tanteo y retracto gentilicio además a los hijos adoptivos, siempre teniendo en cuenta la personalidad del adoptante, para demostrar el parentesco.

Históricamente la legislación que regulaba el principio de troncalidad no contemplaba que la filiación adoptiva, provocada por un pariente intermedio entre la procedencia del bien y el ejercicio del retracto, tuviera un derecho sobre unos bienes procedentes de un ascendiente que pudiera no haber reconocido al adoptado y no considerarlo de su sangre, de tal modo que le negara el derecho a la adquisición preferentemente de unos bienes propios o de su familia, ya que no tenía ninguna relación consanguínea con el adoptado. Entiendo que esta teoría no se puede aplicar hoy por el cambio de la legislación que ha reco-

gido los principios del derecho romano en relación a la filiación adoptiva, a tenor de los cuales los hijos adoptados adquirirían los mismos derechos que los consanguíneos.

f) En cuanto a la jerarquía para el ejercicio del derecho preferente entre los descendientes en la Ley 8/2010 se impone en primer lugar el derecho de abolorio a los descendientes del enajenante con preferencia a los demás. Pero en su regulación se presenta una disyuntiva: Si el artículo 54.2 (art. 590.2 CDFR) establece la preferencia de los descendientes, sin condición alguna, en su punto 1 establece las condiciones de ser descendientes mayores de 14 años y que sean titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia.

Evidentemente los puntos 1 y 2 del art. 54 (art. 590 CDFR) son opuestos entre sí. Es necesario alcanzar una concreción acerca de si este derecho preferente beneficia a todos los descendientes unidos con lazos familiares de consanguinidad con la procedencia de los bienes jerarquizando entre ellos los más próximos al enajenante o si por el contrario solo tendrán derecho los que siendo descendientes sean mayores de catorce años y que además, tengan bienes de la misma procedencia.

Dada la ubicación en el precepto, la preferencia se aplicará en primer lugar a los descendientes con bienes de idéntica procedencia y mayores de catorce años, quizás con fundamento en la presunción de que los bienes o cuotas de ellos que ya se detentan puedan verse incrementados o complementados con el ejercicio del derecho preferente y logrando con ello una unificación del patrimonio familiar.

Lo anterior es lo establecido en la Ley, pero no puedo comprender la lógica del límite de los mayores de catorce años que sean titulares de otros bienes de abolorio de la misma procedencia. ¿Por qué los menores de catorce años no pueden ejercitar su

derecho preferente a través de sus representantes legales? Los descendientes mayores de catorce años que no detenten bienes de la misma procedencia ¿tampoco tienen derecho?

En ausencia de descendientes mayores de catorce años que sean titulares de otros bienes de abolorio, el resto de descendientes a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 54.2 a) (art. 590.2a CDFR) de la Ley Patrimonial serán titulares del derecho en función de la proximidad de grado y lógicamente con preferencia a los colaterales. Esta es mi interpretación, que no se puede considerar como literal, ya que si seguimos al pie de la letra el contenido del artículo en su párrafo 1 solo los descendientes mayores de catorce años y que tengan bienes de la misma procedencia tendrán el derecho preferente y a falta de ellos los colaterales excluyendo al resto de descendientes. Mi interpretación se fundamenta en que no hay razón para la exclusión del derecho a los menores de catorce años como tampoco lo es que carezca de bienes de la misma procedencia.

Y los descendientes apartados de la herencia del ascendiente anterior ¿tendrán derecho al retracto? Entiendo que sí, pues la asignación de bienes en una herencia no afecta al derecho de abolorio, y podrá ser titular del derecho aunque sea en grado posterior a los otros descendientes que hubieran recibido bienes de abolorio en la herencia, aunque debería estar en igual grado al resto de los descendientes que no hubieran recibido bienes de abolorio y de la misma procedencia.

g) Nos encontramos ahora con una novedad en la Ley del Patrimonio, es la reversión a ascendientes de donde proceden los bienes. ¿se admitirá sea cual sea la vecindad del enajenante aunque en la misma no se reconozca reversión sucesoria o inter vivos preferencial? Siguiendo la interpretación que mantengo en el punto c), el hecho de no tener el enajenante la vecindad civil aragonesa es determinante para considerar que tales bienes no

habrían adquirido el carácter de bienes troncales de abolorio y por tanto no habría reversión foral.

Para mí la reversión contemplada en la Ley del Patrimonio tiene los mismos efectos que el recobro de liberalidades que recoge el art 209 de la Ley Autonómica de Sucesiones, se refiere a las mismas personas, es decir ascendiente y hermanos y a los mismos bienes, los donados, entiendo que ambos preceptos son un complemento de los principios troncales que recoge nuestra legislación. La persona de donde provienen los bienes debe ser aragonés y no habrá troncalidad si la vecindad de quien lo enajena no es la aragonesa y, en consecuencia, le afecta una legislación que no admite la troncalidad ni derechos preferenciales, aunque el bien esté ubicado en Aragón, como antes he aludido.

Pero pese a que reconozco la similitud de la regulación de la reversión a los ascendientes en la Ley de Sucesiones y en la del Patrimonio, debo poner de manifiesto aquí dos diferencias esenciales.

1) La primera de origen económico.

En la Ley de Sucesiones la reversión es gratuita, el bien revierte al ascendiente donante al fallecimiento del donatario a su vez sin descendencia. En la Ley del Patrimonio, el donante para recobrar el bien donado en ejercicio del derecho de abolorio tendrá que satisfacer al adquirente ajeno a la familia el precio por él satisfecho

2) En segundo lugar, ¿estará obligado el ascendiente a mantener en su poder el bien recobrado durante el plazo de cinco años? entiendo que no, por la asimilación con el recobro de liberalidades y por separarse del principio histórico de retener los bienes ya que proceden del mismo y ni en los Fueros y Observancias tenían derecho los ascendientes al retracto.

Otra cuestión, si la recuperación del bien por el ascendiente es en ejecución de un derecho de retracto ¿deberá pagar el impuesto correspondiente? Entiendo que sí, porque el satisfecho por el adquirente le será devuelto al perder el bien mediante el ejercicio del derecho de retracto, siendo el retrayente el obligado al pago del impuesto una vez ha ejercitado el derecho de abolorio.

Tal vez se podría evitar esta situación injusta que tiene lugar ante el ejercicio del derecho de abolorio por los ascendientes condicionando las donaciones entre ascendientes y descendientes a no vender ni disponer de lo recibido en vida del donante, salvo que el donatario hubiere llegado a peor fortuna.

h) A falta de descendientes y ascendientes, el derecho corresponderá a los colaterales.

Antes de indicar a qué colaterales se refiere la legislación vigente entendamos quienes quedan fuera del ejercicio de este derecho:

1.- En primer lugar no pueden utilizar el derecho de abolorio los parientes colaterales que no pertenezcan a la misma línea de procedencia de los bienes bien se trate parientes de vínculo sencillo que no corresponden a la procedencia de los bienes; bien a parientes extramatrimoniales de distinta línea.

2.- Tampoco pueden ejercitar este derecho los parientes colaterales más allá del cuarto grado, luego todos los parientes de grado más alejado no tendrán derecho de abolorio, esta cuestión se planteó ante el Tribunal Superior de Justicia en un caso en el que un pariente de quinto grado pretendía, como sustituto legal de una pariente de cuarto grado, ejercitar el derecho de abolorio, el Tribunal desestimó la pretensión invocando el límite de parentesco fijado en la Compilación por lo que creo que esta interpretación jurisprudencial continuara en la aplicación

de la nueva Ley, ya que el derecho de abolorio no tiene relación alguna con el derecho de sustitución legal y su interpretación es restrictiva.

La concreción del grado de parentesco colateral que da derecho al retracto de abolorio no ha sido pacífica: La legislación histórica daba el derecho a los parientes sin limitación alguna, la profesora López Azcona²⁸ considera que tal falta de límite se mantuvo hasta la aprobación del Apéndice de 1925 en el que quedó limitado al sexto grado para asimilarlo a la Ley 73 de Toro como norma reguladora del derecho común gentilicio. Franco y Guillén²⁹ confiere el derecho a los “hermanos parientes del vendedor” aunque luego apostilla que en las Observancias el derecho se confería a hermanos o transversales, pero no pone límites a su ejercicio.

El Apéndice limitó el derecho hasta el sexto grado pero desde la promulgación de la Compilación ha sido el cuarto grado el que ha prevalecido, por lo que se incluyen : hermanos segundo grado de consanguinidad; tíos carnales y sobrinos carnales, tercer grado; primos hermanos y sobrinos nietos, cuarto grado.

3.– No afecta a los parientes afines pues no proceden de la rama de los bienes.

4.– Establece el art. 54 (art. 590 CDFA) que en caso de que dos parientes del mismo grado ejercieran el derecho de abolo-

28 López Azcona, Aurora, obra citada, *Requisitos para el ejercicio del derecho preferente de adquisición. Se necesita en interés familiar en sentido estricto*, pág. 85 y ss., sin embargo este interés familiar ha perdido consistencia si consideramos lo dispuesto por la Exposición de Motivos del proyecto de Ley que luego fue la Ley Autonómica de 2010 y que expresa “En cualquier caso el derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que las que la Ley establece”. Por lo que la dedicación a la continuidad de la explotación ya no tiene lugar.

29 Franco y López y Guillén y Carabantes, obra citada, artículos 510 y siguientes.

rio será preferido el primero en ejercitarlo. No distingue la ley cuando establece la preferencia si aún siendo del mismo grado los parientes son de la misma rama, pues pueden ser de la rama ascendente, los tíos o de la rama descendente, los sobrinos y ambos son parientes del mismo grado. En el derecho histórico desde los Fueros la preferencia se daba a la rama descendente de los parientes, sin embargo las Cortes Aragonesas no han mantenido esta preferencia, ello posiblemente porque la Ley del Patrimonio ha incluido por primera vez a los ascendientes como titulares del derecho.

Pero que se entiende por “primero en ejercitarlo”, ¿el que presenta la demanda?, ¿el que deposita el importe de la venta en el Juzgado? o ¿el que notifica fehacientemente al adquirente su voluntad de ejercitar el derecho que le pertenece? Creo que será preferente el primero que consigne en el Juzgado la cantidad a que según su conocimiento asciende la venta aunque no sepa la cantidad exacta ni los gastos que ha supuesto la adquisición, pues ello conlleva la mayor seguridad para el adquirente retraído, aunque una vez más estamos ante mi apreciación, serán los Tribunales quienes interpretarán este artículo.

5.- Por último, de nuevo vuelvo sobre los descendientes cuando ya he finalizado el estudio de los colaterales, pero he querido dejar para el final el estudio de los hijos adoptados y los extramatrimoniales pues creo que ambos deben ser objeto de un tratamiento especial.

a) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del Código que establece que “La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de la Ley”, a mayor abundamiento el artículo 472 del Código de Aragón en su apartado e) establece que “cuando se llama a un determinado grupo de parientes

como “hijos o hermanos” sean del causante o de otra persona se entienden comprendidos los matrimoniales, los no matrimoniales y los adoptivos”, es decir, en principio y de acuerdo con los anteriores preceptos el adoptado podrá ejercitar el derecho de abolorio, cuando sea descendiente o hermano del enajenante, pero si es pariente colateral más alejado ¿tendrá el mismo derecho?, entiendo que sí pues la Ley reconoce al hijo adoptado los mismos derechos que los demás hijos, se aplicará y por lo tanto podrá ejercitar el derecho sea cual sea el grado de parentesco, salvo que solamente le hubiera adoptado uno de los padres y los bienes procedieran del otro.

Cuestión distinta es cuando se está ante un caso de adopción simple y no plena, en este supuesto el adoptado no tendría derecho a los bienes de abolorio de su familia adoptiva, pues esta clase de adopción solo genera derechos entre los adoptantes y el adoptado. No obstante estos casos son residuales pues en la actualidad la legislación solo regula la adopción plena.

En la adopción plena regulada por la legislación vigente el adoptado tendrá derechos troncales sobre los bienes de la familia adoptiva pero no sobre los bienes de la biológica con la que ha roto todos sus lazos legales.

Asumiendo que con arreglo a la vigente legislación el hijo adoptado tiene los mismos derechos que los biológicos, sean matrimoniales o no, entiendo que esta relación familiar no encaja con la finalidad de la institución, los bienes troncales se supone que proceden de un ascendiente común que no ha participado en la decisión de adoptar y que probablemente ni la habrá conocido, el adoptado no es consanguíneo y muy posiblemente carecerá del interés familiar que ha presidido esta institución desde el principio de los tiempos y por ello creo, que sin tener ningún rango afectivo se pueda anticipar a otro pariente que precisa-

mente pudiera tener interés en conservar un bien en la familia, no encaja demasiado.

b) Hijos extramatrimoniales. La Ley recoge la posibilidad de que los descendientes puedan proceder de vínculo matrimonial o no matrimonial pues tanto a unos como a otros se les conceden los mismos derechos a partir de la Constitución de 1978, por consiguiente el hijo no matrimonial tendrá los mismos derechos troncales que los matrimoniales, únicamente se precisará para ejercitar el derecho que tengan una relación de consanguinidad con la persona de quien proceden los bienes y guarden el grado de parentesco, sin que tenga ninguna prioridad de unos sobre otros.

Finalmente procede considerar que este derecho preferente es personalísimo y renunciable, ¿puede renunciarse antes o en el acto?, ¿se puede renunciar al derecho en una determinada venta o puede ser a todas? La posible renunciabilidad de este derecho de abolorio hay que entenderla global, es decir, no hace falta la renuncia formal a una venta concreta, pues con no ejercitar el derecho se ha renunciado, ahora bien, si lo que se manifiesta es una voluntad general de no ejercitar nunca tal derecho, si será imprescindible formalizar la renuncia mediante el otorgamiento de escritura pública, en la que deberá constar el patrimonio o los bienes individualizados del mismo a los que afecte la declaración de voluntad, para que los que por su renuncia adquieren su derecho tengan la seguridad de que pueden ejercitarlo. Entiendo que con esta renuncia no pasa el derecho a los descendientes sino a aquel pariente a que en la línea familiar le corresponda el derecho de abolorio.

INSTRUMENTOS

Artículo 55 (art. 591 CDFA).–

El derecho de abolorio tiene lugar en toda venta o dación en pago, incluso en las efectuadas con carácter forzoso mediante subasta, judicial o extrajudicial, u otras formas de realización de bienes en procedimientos de apremio.

Artículo 62 (art. 598 CDFA).–

El derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualquier otro derecho de adquisición preferente, salvo el de comuneros y los establecidos a favor de entes públicos

El art. 55 de la Ley (art. 591 CDFA) se refiere a ventas, daciones en pago, incluso ventas forzosas procedentes de subastas o procedimientos de apremio por lo que con respecto al art. 149 de la Compilación se amplía a las subastas, pero no se habla de la distinción entre el dominio directo o útil como en la Compilación por ser un verdadero anacronismo, estas son las dos diferencias entre ambas normas, por ello hay que reconocer que no ha habido una variación perceptible en la Ley que recoge el Derecho Civil Patrimonial de Aragón.

La única modificación de importancia se recoge en la regulación de la transmisión de una cuota indivisa de bienes que conlleva una excepción reflejada en el art. 62 (art. 598 del CDFA)

sobre la preferencia del retracto de comuneros, que somete el ejercicio del derecho de abolorio sobre una cuota indivisa a la previa renuncia de los restantes titulares de las otras cuotas. Parece ser que esta redacción está pensada en la venta de plazas de aparcamiento que se construye como cuota en un local subterráneo y en el que para facilitar el tráfico jurídico hay una renuncia global al derecho preferente de comuneros, por lo que le será aplicable la renuncia del art. 61 (art. 597 CDFR) ya que se permite global e indeterminada, es decir, sin que se conozca todavía al adquirente y las condiciones de la venta.

Por todo ello en caso de bien inmueble distribuido en cuotas romanas, se aplicará el derecho de abolorio, es decir en plazas de aparcamiento y en trasteros, si se sigue con la redacción actual, pero respecto a los demás bienes al estar subordinado este derecho al retracto de comuneros raras veces se llegará al ejercicio del derecho de abolorio ya que la mayoría de las veces interesará a un comunero la ampliación de su cuota aunque sea para evitar que entre en la copropiedad persona ajena, con todo ello la consecuencia que extraigo es que la preferencia absoluta del derecho de abolorio recogida en el art. 152 de la Compilación ha desaparecido en la actualidad.

Otra novedad que recoge la Ley del Patrimonio, y como complemento de la preferencia del derecho de comuneros ya expuesto, es la preferencia a favor de Entes públicos, es lógica esta preferencia si entendemos la función social de la propiedad como limitación al derecho individual y exclusivo de la propiedad.

En resumen, la preferencia gentilicia tiene dos límites: el retracto de comuneros que lógicamente tiene preferencia, con excepción de las enajenaciones de aparcamientos y trasteros para las que se ha establecido una renuncia global al retracto de comuneros y los establecidos en favor de los Entes públicos, de todos

los Entes públicos, por lo que la preferencia se aplicará en favor del Estado, Provincia, Ente Autonómico, Municipio y Comarca y demás entidades de carácter público.

No hay que confundir los “derechos legales de adquisición preferente” a los que se refiere el art. 152 de la Compilación con los derechos convencionales, es decir, los pactados entre las partes. Como complemento a la renuncia global prevista en el art. 62 (art. 598 CDFA) podría pactarse un derecho preferente en favor únicamente de unos miembros determinados de la familia, lo que considero sería totalmente válido. Si una familia pacta en un documento público que en caso de enajenación de bienes de abolorio solo tendrán derecho preferente de abolorio uno o varios familiares autoexcluyéndose los demás, estos se supone que renuncian globalmente por lo que será aceptable, debiendo apartarse del sistema jerarquizado recogido en el art. 54 de la Ley (art. 590 CDFA), ya que entiendo que es preferente el pacto familiar, el pacto subyace en todo el derecho aragonés pero basta el estudio del “*standum est chartae*” para que así se reconozca. Tengo dudas acerca de si esta renuncia afectará a los descendientes de los que la firmaron, en principio considero que sí les afecta por asimilación a la renuncia de la herencia que recoge la Ley de Sucesiones Aragonesa, pero habrá que esperar a lo que decida la jurisprudencia.

Respecto a los derechos de los Entes Públicos habrá que estar a lo que establezcan sus respectivas legislaciones tal y como recoge la Ley del Patrimonio, luego los derechos a ellos atribuidos serán derechos legales de adquisición preferente.

Y finalmente, si lo que se enajena es una finca completa no podrá ejercitarse el retracto sobre una participación indivisa de la misma por lo que se deberá ejercitar sobre la totalidad.

PLAZOS DE EJERCICIO

Artículo 58 (art. 594 CDFR).–

1.– El derecho de abolorio podrá ejercerse como tanteo, si se hubiese notificado fehacientemente el propósito de enajenar, con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, en el plazo de caducidad de treinta días naturales a contar desde la notificación.

2.– Realizada la notificación previa a la enajenación, el propietario queda obligado frente al destinatario de aquella durante el plazo de treinta días, aunque desista de su intención de enajenar.

3.– Los efectos de la notificación caducarán si la transmisión proyectada no se lleva a cabo en el plazo de un año, de modo que, si la transmisión tiene lugar transcurrido ese plazo, el destinatario de la notificación podrá ejercer el retracto en los términos previstos en el apartado siguiente.

4.– El derecho de abolorio podrá ejercerse como retracto si no se hubiese notificado el propósito de enajenar, si la notificación hubiese sido incompleta, si la enajenación tuviera lugar en condiciones diferentes de las notificadas o si se efectuara antes del transcurso del plazo previsto en el apartado 1, dentro de los siguientes plazos de caducidad:

a) Cuando se hubiese notificado fehacientemente la enajenación, con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, treinta días naturales a contar desde la notificación.

b) A falta de notificación de la transmisión, el plazo será de noventa días naturales a partir de aquel en el que el retraente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales, bien a través de los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, o bien por cualquier otro medio.

5.- En todo caso, el derecho de abolorio caduca a los dos años de la enajenación.

En buena lógica para ejercitar cualquier derecho preferente hay que notificar a quienes tengan derecho a ello, pero la regulación que hace la Ley 8/2010 en relación a la notificación precisa para el ejercicio del derecho de tanteo me resulta confusa por varias razones:

1º.- La exposición de motivos de la Ley habla como novedad que presenta ésta, la inclusión del derecho de tanteo, pues anteriormente dice, se regulaba solo el derecho de retracto. Yo no lo considero así ya que el art. 150 de la Compilación recogía un derecho de preferente adquisición a modo de tanteo al exponer que “el derecho de abolorio se ejercerá entregando o consignando el precio en el término de treinta días a contar de la notificación fehaciente, bien del propósito de enajenar y ofrecimiento en venta, bien de la enajenación realizada” es evidente que no hay diferencia alguna entre los dos cuerpos legislativos respecto a la forma de ejercer tanteo o retracto.

2º.- Este derecho de tanteo está mejor regulado en la Ley de Patrimonio que en la Compilación pues aquí se recogía un derecho de tanteo/retracto en conjunto con un plazo de caducidad

de 30 días, sin embargo en los tiempos actuales una mejor regulación del derecho no supone una mayor seguridad en el tráfico jurídico sino todo lo contrario, pues dada la fragmentación familiar y su dispersión en todo el mundo por motivos de trabajo, familiares, etc., hace posible un desconocimiento del número de parientes con derecho al ejercicio del derecho de abolorio, por lo que resulta imposible la notificación a todos de su derecho, y ello conlleva que quede ineficaz el derecho de tanteo y se tenga que acudir al derecho de retracto, lo que produce un evidente peligro para el adquirente que puede verse privado del bien adquirido e, incluso, en determinados casos ver mermado su propio patrimonio personal, pues no le serán devueltos determinados costes que hubiera tenido que soportar, como por ejemplo: gastos de constitución de hipoteca, tasaciones, comisiones, intereses, etc.

La notificación debe ser fehaciente porque lo lógico es que sea notarial bien en persona o bien mediante carta o por cualquier otro medio recogido en el art. 202 del Reglamento Notarial, pero en todos los casos la notificación deberá reunir los requisitos recogidos en la Ley, es decir, la finca que se va a transmitir, el propósito de enajenar, el precio, la persona que va a adquirir y las demás condiciones que se consideren esenciales. Cualquier tipo de notificación que se haga deberá ser fidedigna, creíble, fiable que dé certeza y seguridad del hecho, si no reúne los requisitos de notificación notarial³⁰.

Aunque hay que tener en cuenta que si no se ha podido notificar a uno solo de los parientes con derecho de abolorio bien por haberse cambiado de domicilio, ser éste desconocido,

30 Serena Puig, Santiago, *op. cit.*, pág. 149, recoge los requisitos para la notificación y hace especial consideración al ejercicio temporal de la acción en función al cómputo o no de los días inhábiles y basándose en sentencias del Tribunal Supremo manifiesta que deben computar los días inhábiles según una interpretación del artículo 1.524 del C.C.

o cualquier otra causa, el tanteo devendrá ineficaz y la enajenación a tercero quedará sujeta al ejercicio del derecho del retracto. Me pregunto si aun no habiéndose podido notificar a todos los parientes con derecho de abolorio, si alguno de los ya notificados comunica su voluntad de ejercer el derecho de tanteo, lo ejerce y es de una línea parental preferente al que no ha sido notificado, la notificación del derecho de tanteo será eficaz. Entiendo que será eficaz la notificación y por ende el ejercicio del derecho, es decir, si la notificación del tanteo se realiza en favor de los descendientes del enajenante y no se ha notificado a un colateral de cuarto grado por desconocimiento de su existencia, el ejercicio del derecho por uno de los notificados será eficaz.

La notificación de la voluntad de venta afecta al propietario transmitente que queda obligado a vender al familiar ejerciente del derecho aunque posteriormente hubiera querido cambiar de idea y no vender. La venta en este caso deberá hacerse en el mismo plazo de treinta días, ello al objeto de evitar la pretensión de cualquier cambio en las transmisiones que podría darse si el plazo se alargase.

3º.- Dado que como ya he mencionado más arriba el derecho de tanteo será de difícil aplicación por efecto de la complejidad de las notificaciones, el retracto será el más factible para quien quiera ejercitar su derecho familiar.

El retracto no se produce solamente si no ha habido notificación de la voluntad de vender sino también en los supuestos de notificación incompleta, que se darán a menudo.

El plazo para el ejercicio del derecho de retracto es el que recogía la Compilación, noventa días naturales a partir del conocimiento de la transmisión y sus condiciones, ya sea por la inscripción en el Registro de la Propiedad, o por conocimiento a través de cualquier otro medio. La Ley 8/2010 se refiere como

medio de conocimiento de la transacción realizada “a través de los medios de información previstos en la legislación hipotecaria” es decir se refiere a notas, certificaciones, etc., entiendo que el plazo se contará desde la inscripción de la transmisión ya que en caso contrario quedaría en beneficio del retrayente la indicación de la fecha de conocimiento. Tanto en un caso como en otro queda demostrado que la transmisión de la finca es directamente inscribible a favor del comprador aunque después se ejercite el retracto. Tampoco hará falta que conste en el Registro la notificación fehaciente a los beneficiarios para su inscripción; la venta será eficaz en todo caso aunque posteriormente y con efectos retroactivos quede el bien en poder del retrayente.

La Ley también establece que para el ejercicio del derecho de retracto, el retrayente podrá tener conocimiento de la transmisión por cualquier medio, en este caso el plazo para el ejercicio del derecho será igualmente de 90 días. Es decir un pariente que detenta un derecho de abolorio sobre determinadas fincas conoce la transmisión de una de ellas porque se lo ha dicho otro pariente, un vecino, la propia persona que adquirió la finca o de cualquier otro modo, pero lo único de lo que ha tenido conocimiento es la transmisión, no conoce ni el precio ni las condiciones de venta, y nadie está dispuesto a comunicárselas, por desconocimiento o porque no interesa que se ejercite el retracto. ¿Qué puede hacer para tener el conocimiento preciso para el ejercicio del derecho? Entiendo que únicamente alcanzará el conocimiento pleno si la transmisión se hubiera inscrito en el correspondiente Registro de la Propiedad solicitando del registro certificación de la transmisión inscrita en los libros de su cargo; en el supuesto de no haberse inscrito en el Registro de la Propiedad se podrá conseguir instando ante el Juzgado competente, en ejercicio de unas “diligencias previas”, en las que se interesaría la exhibición del documento de venta por el vendedor.

4º.- En cuanto a este derecho de retracto, no solo se ejercerá en el caso de enajenaciones voluntarias sino también en las forzosas, es decir si la pérdida de la propiedad de un bien se produce mediante subasta pública notarial o judicial, el rematante quedará sujeto a la posibilidad de que en dos años un pariente con derecho de abolorio sobre la finca ejercite el derecho de retracto.

5º.- Los plazos de caducidad son los mismos que los recogidos en la Compilación, de 30 días, 90 días y dos años. 30 días cuando se trata del ejercicio del derecho de tanteo; 90 días, cuando no ha habido notificación de la voluntad de venta, el plazo comenzará a contarse cuando el retrayente hubiera tenido conocimiento de la enajenación. y dos años que es el plazo de caducidad en cualquier caso.

En todo caso, el plazo de caducidad que recoge la Ley Autonómica del Derecho Civil Patrimonial es el mismo que recogía la Compilación, es decir, dos años.

¿Que consecuencias puede llevar consigo este plazo de caducidad de dos años? Entiendo que este plazo de dos años resulta excesivamente largo y crea inseguridad en el tráfico jurídico cuando este derecho de abolorio afecte a pisos, garajes o trasteros por lo difícil que es determinar la firmeza de la adquisición sea cual sea el contenido del Registro de la Propiedad y aún más si este derecho pudiera afectar a personas residentes en otras autonomías desconocedoras del derecho civil aragonés. Esta inseguridad en el tráfico jurídico puede dar lugar en España, y no solo en Aragón, a la implantación del sistema de propiedad anglosajón, que se asienta en las garantías que necesariamente deben prestarse en las transacciones inmobiliarias mediante la contratación de un seguro.

Se mantiene, pues, la caducidad de dos años al que se refería el art. 150 de la Compilación sin que se hayan tenido en cuenta

las aceleraciones del tráfico jurídico en las últimas décadas, pues no es la misma situación en que se encontraba la sociedad en 1967 a la que aparece en el siglo XXI.

No varía en absoluto la prohibición de venta por parte del retrayente en cinco años salvo que llegue a peor fortuna, así lo recoge el art. 151 de la Compilación y lo asevera el art. 60 (art. 596 CDFEA) de la Ley. No obstante es preciso concretar qué se entiende por peor fortuna y como se acreditará, ya que podrá dar lugar a abusos si la interpretación de esta situación se deja a voluntad y declaración exclusiva del retrayente. Entiendo como única solución acudir a la contención cuando cualquier familiar se oponga tenga o no derecho preferente en el asunto, por lo que serán los Tribunales de Justicia quienes decidan si se ha dado o no una situación de peor fortuna.

6º.- Me pregunto si en caso de que el adquirente de una finca sujeta al derecho de abolorio no fuera aragonés, y en consecuencia no tuviera conocimiento de tal derecho y habiéndose celebrado la compraventa fuera de Aragón, esa adquisición podría eludir el ejercicio del retracto, al amparo de la normativa recogida en el Código Civil que declara la no sujeción al derecho civil aragonés en lo que regula sobre “el derecho expectante de viudedad” en las transmisiones realizadas fuera de Aragón siendo comprador una persona no sujeta al derecho aragonés. Entiendo que no sería posible pues el Código Civil, de forma restrictiva, solo regula en su artículo 9 las operaciones sujetas al “derecho expectante de viudedad” y no hace mención alguna al derecho de abolorio.

PROCEDIMIENTO

Artículo 59 (art. 595 CDEFA).-

1.- El ejercicio del derecho de abolorio requiere ineludiblemente el pago o consignación del precio, en metálico o mediante un medio de garantía como la prestación del aval bancario o el libramiento de un cheque conformado dentro de los plazos expresados en el artículo anterior.

2.- Cuando el precio no fuera conocido, tendrá que consignarse o garantizarse el estimado. Si el juez considerase insuficiente la cantidad consignada o garantizada, fijará la que proceda y concederá al retrayente un plazo de diez días para completarla.

3.- Para la admisión de la demanda será necesaria, además de acompañar el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en los apartados anteriores, la presentación de un principio de prueba documental del parentesco con el enajenante y de la consición de abolorio de los inmuebles enajenados o que se pretendan enajenar.

Artículo 60 (art. 596 CDEFA).-

1.- Por el ejercicio del derecho de abolorio, su titular adquiere el inmueble en las mismas condiciones en que se hubiere pretendido enajenar o se hubiera enajenado.

2.– Si se ejercita después de la enajenación, deberá abonar, además del precio, los gastos de la transmisión y los gastos necesarios y útiles hechos en el bien transmitido.

3.– El adquirente por derecho de abolorio no podrá enajenar el bien adquirido por acto voluntario entre vivos durante cinco años, a no ser que venga a peor fortuna.

Para iniciar el estudio del ejercicio de la acción real de retracto gentilicio debemos en primer lugar estudiar las normas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al procedimiento a seguir, que será siempre el juicio ordinario.

El artículo 249.1 regla 7ª de la LEC establece que se decidirán por el juicio ordinario cualquiera que sea la cuantía, las que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo.

Para facilitar el estudio de los requisitos que se precisan para el ejercicio del derecho de preferente adquisición, comenzare por distribuir la materia en cuatro fases:

- 1) Legitimación activa.
- 2) Legitimación pasiva.
- 3) Plazos.
- 4) Procedimiento y resultados

LEGITIMACIÓN ACTIVA.– La legitimación, tanto activa como pasiva, es un presupuesto procesal. El artículo 10 de la LEC establece que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

En cuanto se refiere a la legitimación activa no basta alegarla, hay que acreditarla, por ello quien pretenda ejercitar este derecho de abolorio en vía contenciosa deberá en primer lugar acreditar sus derechos como familiar que le legitiman para ejerci-

tar este derecho preferente, así como la pertenencia a la línea de donde proceden los bienes, la forma de acreditarlo será la documentación pertinente que avale que forma parte de la familia, aunque para acreditar la legitimación activa en la actualidad no se precisa la demostración de intereses familiares de conservación de la finca con fundamento en la participación de la misma en la economía doméstica.

No se precisa la acreditación de la pertenencia a la familia matrimonial, ya que también los parientes procedentes de la rama no marital tienen derecho a ejercitar el derecho preferente siempre que, como ya he aludido, acrediten dicha relación parental. Por último tener en cuenta que también los hijos adoptivos tendrán el mismo derecho .

Siguiendo pues la normativa vigente, estarán legitimados para ejercitar la acción de retracto los descendientes y los ascendientes que hubieran donado el bien, los hermanos del enajenante, sus sobrinos carnales (hijos de hermanos), los sobrinos nietos (hijos de sobrinos carnales), los tíos carnales (hermanos de los padres), los primos hermanos (hijos de tíos carnales), y los tíos abuelos (hermanos de sus abuelos).

LEGITIMACIÓN PASIVA.— Legitimado pasivamente lo está quien deba soportar las consecuencias jurídicas de la pretensión.

Para el ejercicio de la acción en defensa del derecho de preferente adquisición, estará legitimado pasivamente el propietario de los bienes en el momento en que se ejercite la acción, por ello habrá que distinguir entre la acción preferente de tanteo y la de retracto.

Si es el derecho de tanteo el que se ejercita por reunir los requisitos estudiados, el legitimado pasivamente será el pariente que pretende transmitir, quien como oferente de la transmisión

de un bien de abolorio está obligado a dar cumplimiento a su oferta.

Si la acción que se ejercita es de retracto, legitimado pasivamente será el adquirente actual, y en el caso de que la acción se ejercitara dentro del plazo de caducidad de dos años, deberá ejercitarse no solo frente al adquirente actual sino también frente a todos los adquirentes intermedios desde la primera enajenación del pariente. La importancia de presentar la demanda contra todos los adquirentes viene refrendada por la posibilidad de que éstos podrían oponer la excepción de falta de litis consorcio pasivo que llevaría necesariamente a una sentencia absolutoria sin posibilidad de llegar al fondo del asunto.

PLAZOS.— El ejercicio del derecho de tanteo, como recoge el artículo 58 de la ley (art. 594 CDFR), ya comentado, deberá efectuarse en el plazo de treinta días naturales.

Si la acción que se ejercita es de retracto el retrayente tendrá que probar, el momento en que ha tenido conocimiento de la transmisión y que la acción se ejercita dentro de los plazos fijados en el artículo 58 (art. 594 CDFR), siempre teniendo en cuenta que estos plazos son de caducidad. La Audiencia provincial de Huesca en sentencia de fecha 7 de Junio de 1993, declara que se trata de unos plazos de naturaleza sustantiva dirigidos a garantizar la seguridad jurídica.

REQUISITOS PROCESALES.— Una vez acreditada la legitimación activa y pasiva, para la admisión de la demanda el retrayente deberá consignar el precio como exigencia “sine qua non” para el ejercicio del derecho. En la doctrina jurisprudencial de aplicación se hace constar que la consignación debe ser real, y no basta con el mero ofrecimiento aunque éste se haga en el juzgado competente, ya que la finalidad de la consignación es garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado

que si recae sentencia estimatoria será reembolsado del precio y los gastos legítimos. El artículo 59 de la Ley (art. 595 CDFA), hace expresa mención de que el pago se hará en dinero depositado, o mediante cualquier medio de garantía como la prestación de aval bancario o cheque conformado.

No cabe duda que la forma de garantizar el pago dependerá de si el precio es conocido o es desconocido, en el primer caso se consignará el precio de la transmisión pero en el segundo, lógicamente, se afianzará el precio estimado, siendo el Juez quien apreciará la suficiencia del precio consignado o afianzado, y si lo considerase insuficiente requerirá al retrayente el complemento en un plazo de diez días.

La consignación en el supuesto de que el ejercicio de la acción tenga lugar después de la enajenación, entiendo, que deberá ser siempre del importe del precio satisfecho, pero si el retrayente no está de acuerdo con los gastos soportados por el demandado bastará con consignar el precio real de venta, posponiendo a la sentencia el importe de los gastos reintegrables fijados en esta. Las sentencias del Tribunal Supremo:

- De 1 de julio de 1991, que determina que no puede obligarse al retrayente a calcular con exactitud los pagos legítimos efectuados para la venta, aunque sean determinados como pueden ser los impuestos que graven la misma.

- De 28 de julio de 1997 que señala que la obligación de consignar se refiere únicamente al precio de la venta y no comprende los gastos del contrato y demás legítimos, los cuales podrán ser satisfechos después cuando sean conocidos³¹.

31 Dolado Pérez, Ángel, *El derecho de Abolorio y la interpretación judicial de la facultad moderadora de los tribunales, ex artículo 149.2 de la Compilación Aragonesa*.

La consignación, aunque hasta aquí me he referido a la judicial, no cabe duda que la consignación podrá ser también extrajudicial, con iguales formalidades y garantías que la primera.

El artículo 60 (art. 596 CDFA) determina que los gastos reintegrables serán los de la transmisión y los necesarios y útiles hechos en el bien transmitido.

Dentro de los gastos necesarios la doctrina distingue entre los ordinarios que son cargas naturales de la cosa y que deben ser satisfechos por el comprador sin derecho al reintegro, y los extraordinarios que deben ser de cuenta del retrayente.

Es difícil determinar qué gastos, de los demás realizados por el comprador ajeno a la familia, deberán ser reembolsados. Sin duda deberán serle reintegrados al demandado los gastos del otorgamiento de la escritura, los impuestos y la inscripción en los Registros de la Propiedad, pero a partir de este punto todo es interpretable y será la jurisprudencia la que sentará la doctrina que completará el criterio de fijación de los gastos que deberán serle reintegrados al comprador apartado.

El fundamento del abono de los gastos necesarios y útiles para el mantenimiento de la cosa en uso de servir a su destino es que el patrimonio del comprador retraído no quede lesionado, pero eso como ya antes hemos comentado en ocasiones resulta imposible, pues ¿qué gastos son útiles y legítimos?, el comprador retraído, sin duda además de los gastos derivados de la formalización de la compraventa, en numerosas ocasiones habrá soportado gastos adicionales que a tenor de la Jurisprudencia de aplicación no pueden serle reintegrados.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997 niega que tengan el carácter de gastos legítimos los del corredor intermediario, los del abogado cuyos servicios se han contratado para la seguridad de la operación y el préstamo bancario

solicitado para disponer de dinero suficiente para la misma; los del intermediario por entender que es un contrato de agencia entre el vendedor y agente; los del abogado por entender que la situación de la finca la indica y asesora el vendedor como único responsable del saneamiento de la cosa vendida, los gastos del préstamo solicitado, en su caso, tampoco son imputables al retrayente porque no es de su incumbencia la forma en la que el adquirente ha conseguido dinero para la adquisición; ni tampoco los intereses del precio desembolsado por el comprador desde la fecha de adquisición hasta la sentencia definitiva. Es evidente que el patrimonio del retraído resulta dañado por el ejercicio del derecho de retracto.

Mas como la doctrina excluyente del TS sentada en la sentencia de 1997, no ha sido reiterada por otras posteriores y por consiguiente no hay doctrina jurisprudencial consolidada al respecto, la Audiencia Provincial de Huesca mediante Auto dictado con fecha 5 de octubre de 1998, incluye entre los gastos legítimos la comisión pagada al Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

Surge otra cuestión, muy concreta y espinosa, la “plus valía” municipal en caso de bienes de naturaleza urbana, la transmisión de un bien en el ejercicio de un derecho de preferente adquisición no figura en el artículo 104 de la Ley de las Haciendas locales como no sujeta, ni en su artículo 105 como exenta, luego con un plazo de caducidad de hasta dos años para ejercitar el derecho de abolorio, la transmisión está sujeta al impuesto, en especial en estos momentos de voracidad impositiva, pero ¿quién será el obligado al pago? Como el plazo de caducidad es de hasta dos años, la retroacción de la compraventa dará lugar a la liquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos por todo el tiempo desde la venta hasta el ejercicio del derecho de retracto, el primitivo vendedor no está obligado a pagar el impuesto generado en ese período, pues ya satisfizo el

impuesto derivado de su enajenación, el retrayente alegará que de ese impuesto no es sujeto pasivo; el Ayuntamiento indicará que liquida y quiere cobrar, parece que sólo queda el propietario que ha sufrido el retracto.

De todo lo expuesto llego a la siguiente conclusión: Si el comprador pierde en la operación, las cantidades satisfechas por gastos ordinarios como ibis e impuestos sobre la tenencia de la cosa, los del letrado que le asesora, los del intermediario y los correspondientes a la hipoteca con los intereses de hasta dos años en que caduca la acción, los de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, los impuestos derivados de ésta, incluso los intereses del precio abonado en su día, pues se le reintegra escuetamente la suma satisfecha en el momento de la adquisición, queda sumido en una indefensión total ya que con la modificación llevada a cabo por la Ley autonómica 8/2010 que afecta a bienes que no tienen ninguna raíz familiar como será un piso, una plaza de aparcamiento o un trastero y que adquieren personas de cualquier comunidad autónoma o país extranjero las pérdidas del adquirente retraído serán numerosas y sin posibilidad de recuperación.

Confío en que la jurisprudencia de los tribunales aragoneses posterior a la promulgación de esta Ley sea más favorable al comprador retraído, y reconozca como pagos legítimos todos los gastos soportados por éste para adquisición del bien muchos de los cuales habrán beneficiado al retrayente, por lo que estaríamos en un caso flagrante de enriquecimiento injusto del mismo. ¿Pero quien será el obligado al pago de estos gastos efectuados por el comprador inicial para la compra del bien retraído? no el retrayente a quien no se puede gravar la adquisición con cargas que no se le pueden imputar pues no ha actuado de mala fe; tampoco al adquirente del bien que no tendría conocimiento de derechos familiares preferentes, luego entiendo que será el pariente ven-

dedor quien debería satisfacer todos los gastos en la medida que el adquirente retraído saliera indemne de la operación, ya que en el momento de su transmisión no notifico la procedencia familiar de la finca. En todo caso la ampliación de los bienes sujetos a abolorio ha creado una inseguridad jurídica en la compra de un piso, aparcamiento o trastero sito en territorio aragonés.

IMPOSICIONES AL RETRAYENTE.– El artículo 60.3 de la Ley (art. 596 CDFR) impone al retrayente la prohibición de enajenar el bien adquirido por acto voluntario entre vivos durante cinco años salvo que pase a peor fortuna. Con este mismo enunciado venía recogido en el artículo 151 de la Compilación y en el artículo 79 del Apéndice se obligaba a conservar la finca dos años. En todos los casos nos encontramos con una redacción parecida que supone una prohibición o limitación de la facultad dispositiva impuesta al retrayente por la Ley³². Tal limitación supone que cualquier acto de disposición trasgresor a lo dictado será nulo en pleno derecho, por lo tanto no es un negocio ni anulable ni rescindible y todo ello aunque el acto traslativo sea a favor de un pariente consanguíneo. La nulidad será “*ipso iure*” sin necesidad de intervención judicial, aunque en la mayoría de los casos sean los Tribunales de Justicia quienes determinarán la nulidad ante la resistencia de los sujetos intervinientes, pudiendo el tribunal en estos casos declarar la nulidad “*de oficio*”.

El incumplimiento de esta limitación por parte del retrayente tiene, salvo en el supuesto de “haber llegado a peor fortuna” un interés especulativo, se retrae para transmitir de forma casi inmediata con el propósito de obtener un beneficio, y supone un fraude del derecho del retraído ya que ha faltado

32 Serena Puig, Santiago, *op. cit.*, pág. 157, donde hace constar que el retrayente no podría vender la finca o fincas ni siquiera a parientes durante cinco años, antes eran dos.

la voluntad de mantenimiento familiar que subyace en toda la institución, cabe aquí preguntarse si la transmisión posterior ha sido declarada nula si el adquirente retraído debería recuperar, previa devolución de la suma recibida, el bien retraído. Entiendo que la nulidad de la enajenación del retrayente debe dar lugar al retorno del bien a propiedad del retraído, tanto en ejercicio del derecho de tanteo como de retracto.

Otra opción, válida en caso de que el propietario retraído no tuviera interés en el retorno del bien sería dar posibilidad a los demás parientes, que pretendieron ejercitar el derecho de preferente adquisición y fueron excluidos por el infractor, de ejercitarla de nuevo.

Esta nulidad del acto dispositivo llevado a cabo por el retrayente tiene dos excepciones: la necesidad de vender por haber llegado a peor fortuna y la enajenación forzosa.

En el primer caso habrá que acreditar qué se entiende por peor fortuna, ya que como la mayoría de los enunciados genéricos puede dar lugar a múltiples irregularidades y fraudes. Para evitar estos sucesos entiendo que se debería considerar como peor fortuna, entre otros, la situación concursal en que puede encontrarse una persona, pero sin llegar a situación tan extrema existen situaciones en las que la necesidad de la venta por el retrayente se encuentre acreditada, éstas podrían ser la ejecución de bienes en procedimientos forzosos tales como subastas, adjudicaciones en pago de deudas exigibles, daciones en pago fehacientemente acreditadas, ventas con destino al cumplimiento de obligaciones debidamente acreditadas, etc. por todo ello siempre que la situación del retrayente se vea abocada a una pérdida patrimonial importante con relación a su patrimonio será eficaz la transmisión.

En el segundo supuesto, es decir, que la enajenación no sea efecto de una causa voluntaria sino procedente de una venta

forzosa como puede ser una expropiación o la introducción de la finca en una unidad de ejecución la enajenación será eficaz. Pero y ¿si la enajenación forzosa procede de una subasta pública por impago de deuda?, ¿no puede estar preparada si interesa al pariente adquirente por las plus valías que conlleva?, entiendo que una venta forzosa por impago de deudas puede estar manipulada, de alguna manera falseada con afán espurio de obtener beneficio.

Qué pasará si el retrayente fallece antes de transcurrido el plazo de cinco años y su heredero o legatario es una persona ajena a la familia? Siguiendo la finalidad de la institución habrá de nuevo derecho de preferente adquisición a los familiares de donde proceden los bienes. Los herederos o legatarios heredarán el valor de los bienes pero no los propios bienes si alguien dentro del grado familiar legislado deseara ejercer su derecho. Esta solución no repugna a nuestro Ordenamiento Jurídico pues en las sociedades de capital es habitual una cláusula estatutaria que regula la sucesión en la misma de forma similar.

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Hasta aquí he tratado del procedimiento judicial idóneo para el ejercicio del derecho de abolorio, cabe preguntarse ahora si cabría el ejercicio mediante procedimiento extrajudicial.

Santiago Serena³³ es contrario al ejercicio extrajudicial del retracto basándose en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1981 y 20 de julio de 1993. Ambas distinguen

33 Serena Puig, Santiago, *op. cit.*, *Ejercicio extrajudicial del derecho de retracto*, pág. 162, no lo admite, conforme a la doctrina jurisprudencial dictada en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 1981 y 20 de julio de 1993, aunque ambas se refieren al retracto arrendaticio, y se basa sobretodo en el larguísimo período de tiempo de las acciones personales y reales de prescripción de quince y treinta años cuando la intención del legislador es que los plazos sean cortos, por lo que actuará la caducidad.

entre el derecho a retraer que puede ser ejercido extrajudicialmente mediante el requerimiento notarial comprensivo de todos los requisitos exigibles para efectuarlo y la acción de retraer que nacería cuando no se ha atendido el requerimiento. El primero estaría sometido a plazo de caducidad legal, mientras que la segunda estaría sujeta a la prescripción normal u ordinaria, a lo que se oponen ambas sentencias por entender que la acción caduca si no se ejercita precisamente en juicio y dentro de los plazos señalados al efecto, ello porque la intención del legislador es consolidar la situación jurídica del comprador.

Sin oponerme a la jurisprudencia expuesta, quiero hacer constar que se puede perfectamente ejercitar el retracto extrajudicialmente si después de haber consignado el precio y demás gastos imputables en una notaría y previo requerimiento de haberse cumplido todos los requisitos estudiados referentes al bien cuya enajenación se pretende, el parentesco y relación entre ambos, se aviene el adquirente y mediante escritura pública se lleva a efecto la traslación del dominio al familiar. Ello es factible siempre que por economía procesal o intervención de juristas conocedores de la legislación aragonesa pretendan concluir este derecho con prontitud y eficacia.

CONCLUSIONES

Son tres conceptos los que sustentan el conocimiento y viabilidad del derecho de abolorio.

- La familia.
- El tráfico jurídico inmobiliario
- La territorialidad de la institución

Respecto al punto primero el derecho que se examina recoge un principio gentilicio de la primitiva familia medieval, cuyo patrimonio era exiguo y que como máximo servía para mantener una sola familia, de manera que la fragmentación de esa “casa” aragonesa, daba lugar el empobrecimiento de la familia y por tanto a su desmembración, todo ello daba lugar a que si por circunstancias ajenas a la familia se precisara vender en todo o en parte la unidad de explotación cualquier pariente de la misma familia, sin que fuera el heredero de la casa podría hegemónicamente dirigir la explotación.

Esta vinculación de familia y patrimonio se mantuvo durante la época medieval y moderna hasta la revolución francesa, época en la que, aunque aquí con retraso, se expandieron las ideas liberales que devinieron en el siglo XX en la idea de la familia tal como la conocemos. Se produjo la atomización de la misma reducida al propio matrimonio y descendencia, hubo una

migración de la tierra empobrecida hacia la ciudad, del campo hacia la industria y desapareció la ganadería de montaña en casi su totalidad, todo ello ha hecho imposible el mantenimiento de la familia y la explotación que la sustentaba, tanto es así que gracias a la explotación del turismo se mantienen algunas familias en el Pirineo, si a ello unimos que en los finales del siglo del XX y en siglo XXI, se está extendiendo la familia mono parental, la idea de "interés familiar" ya no existe.

Respecto al punto segundo las ideas liberales y la industrialización del siglo XIX producen de una parte la desaparición en derecho común de los principios gentilicios recogidos en las leyes de Toro, que quedan reducidos en Aragón a algunos derechos forales que afectan a zonas muy concretas del territorio; de otra parte la industrialización del Reino de España da lugar a una agilización de las actividades mercantiles, con una mejor y más rápida comunicación entre los centros neurálgicos del estado, es decir, si a principio del siglo XX el viaje de Benasque a Huesca, en tartana, costaba una semana, esto hacía imposible la interrelación de habitantes de distintas comarcas y por lo tanto del tráfico económico.

En el siglo XX, la mejora de las comunicaciones, la migración del campo a la ciudad para obtener unas mejores condiciones de vida y el turismo de montaña han dado lugar a una súper ampliación del tráfico jurídico que ha precisado de protección, que ha llevado a la promulgación de una serie de leyes para el mantenimiento de la protección social de la propiedad.

De ello se deriva la inoportunidad de causar perjuicios a la propiedad, debidamente adquirida y formalmente asegurada mediante documentos e inscripciones en registros, en base a una protección familiar hoy en día trasnochada y que no beneficia a nadie. El que ejercita un derecho de retracto de abolorio en los tiempos actuales no tiene la finalidad ni la intención de prote-

ger a la familia sino para beneficiarse individualmente, y como máximo lo hace con fundamento en una nostalgia personal.

El tercer punto se refiere a la territorialidad en que se ha aplicado y se aplica, aunque sea en mínimos casos el derecho de abolorio.

He aludido anteriormente que el retracto gentilicio se ejercitaba en el Pirineo Aragonés debido a la pobreza de la tierra y a la falta de comunicación que creaba una sociedad endógena, por lo que el territorio sobre el que se extendía este derecho correspondía a parte de la provincia de Huesca y es fácilmente demostrable que en la provincia de Zaragoza, Terreno del Llano, la provincia de Teruel, Bajo Aragón y la parte oriental de la provincia de Huesca nunca se ha conocido este derecho de abolorio y poquísimas veces se ha ejercitado, la mayoría de ellas y como muestra la jurisprudencia, ha dado lugar a casos de abuso de derecho o enriquecimiento injusto. Es inaceptable la extensión del derecho de abolorio a toda la Comunidad Autónoma de Aragón y que unos principios consuetudinarios locales se extiendan por todo su territorio, aunque gracias al desconocimiento, no tanto de la población sino de sus autoridades y juristas, del derecho de abolorio, se evita la proliferación del ejercicio de ese derecho que podría poner en peligro el desarrollo económico de la autonomía.

Con todo ello es mi opinión la necesidad de modificar la legislación reguladora del derecho de abolorio limitándolo a un convenio familiar, unos acuerdos pactados, que desgajado del Código de Derecho Foral de Aragón sea inaplicable por mandato legal, pues dificulta el tráfico jurídico y crea una inseguridad jurídica en las transacciones de inmuebles en este territorio.

BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL DERECHO DE ABOLORIO

- Calatayud Sierra, Adolfo, “La sustitución legal en Aragón”, *BRICAZ*, nº 120.
- “Efectos de la renuncia hereditaria de Aragón”, *Revista de Derecho Civil de Aragón*, II, 1996.
- “El derecho de abolorio con relación a bienes muebles”, *Revista de Derecho Aragonés*, 2000.
- Dolado Pérez, Ángel, “El derecho de abolorio y la interpretación judicial de la facultad moderadora de los Tribunales”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, VI, 2000.
- Domínguez Pérez, Manuel, “La facultad moderadora y la finalidad del derecho de abolorio”, *Foro del Derecho Aragonés, Actas 2010*.
- Franco López, Luis y Guillén y Carabantes, Felipe, *Instituciones del derecho civil aragonés*, Zaragoza 1841.
- García Atance, Manuel, *Aspectos concretos de la evolución del derecho aragonés*, *BRICAZ*, 1964.
- García Cantero, Gabriel, “El derecho de abolorio en Aragón”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1996.
- Gómez López, Pedro, “Aspectos fiscales del derecho de abolorio”, *Foro de Derecho Aragonés, Actas 1998*.
- Isabal y Bada, *Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1926.

- Lacruz Berdejo, José Luis, *Derecho de Sucesiones por causa de muerte*, 1967.
- Lasala Samper, José María, "Retracto de Abolorio y Derecho Interregional", *BRICAZ*, 1968.
- López Azcona, Aurora, "El derecho de abolorio o de la saca en la jurisprudencia", *Revista Jurídica de Navarra*, diciembre 1993.
- "Breve noticia de la última jurisprudencia sobre derecho de abolorio", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1997.
- "El derecho de abolorio en la Ley de Derecho Civil del Patrimonio", Foro de Derecho Aragonés, *Acta de 2010*.
- *El derecho de abolorio*, 2007, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- "La interpretación judicial de derecho de abolorio: en particular sobre el criticable uso de la facultad moderadora", Foro de Derecho Aragonés, *Actas de 1998*.
- *El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes jurisprudenciales*, notas y comentarios.
- "La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los Ordenamientos Territoriales españoles, a la luz del derecho suizo: La reinstauración del droit de préemption des parents", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2000, nº 1.
- Manzana Puyol, Javier, "Elemento objetivo del derecho de abolorio: sobre qué bienes recae. Análisis del artículo 53 de la Ley de Derecho Civil del Patrimonio de Aragón", Foro de Derecho Aragonés, *Actas 2010*.
- Martín Martín, Abel, "La subrogación real en los bienes troncales", Foro de Derecho Aragonés, *Actas 2002*.
- Martín-Ballesteros Costea, Luis, *La casa en el derecho aragonés*, Zaragoza, 1994, CSIC.
- Martínez Martínez, María, *La sucesión legal en el Derecho Civil Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.
- "La sucesión Troncal", Foro Derecho Aragonés, *Actas 2002*.
- Merino Hernández, José Luis, *El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980.

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXIV, Madrid, 1988.
- *Sucesión intestada, aspectos concretos*, Segundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés.
- Sainz de Varanda, Ramon, "El Retracto Gentilicio", *ADA*, 1946, Tomo III.
- Sancho Rebullida, Francisco de Asís, "Actas de Jornadas de Derecho Aragonés", Zaragoza, diciembre de 1969, *ADA*, tomo XIV.
- Serena Puig, Santiago, "El Derecho de Abolorio", Foro de Derecho Aragonés, *Actas 1998*.
- Vidal Tolosana, Lorenzo, "Retracto Gentilicio en Aragón", Segunda semana del Derecho Aragonés, Jaca, 1943.
- Vitoria Garcés, Manuel, "Dos cuestiones sobre el retracto de abolorio", Segunda Semana del Derecho Aragonés, Jaca, 1943.
- Serrano García, Jose Antonio, *Troncalidad y la comunidad conyugal aragonesa*, Centro de estudios registrales de Aragón, 2000.
- "Dictamen sobre la subrogación real en la sustitución de bienes de origen familiar", *Revista de Derecho Civil de Aragón*, VI, 2000.

