

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON**  
**SALA CIVIL Y PENAL**  
**ZARAGOZA**

Recurso de Casación e infracción procesal nº 52/ 2015

**S E N T E N C I A   N U M .   C I N C O**

**Excmo. Sr. Presidente** /  
**D. Manuel Bellido Aspas** /  
**Ilmos. Sres. Magistrados** /  
**D. Fernando Zubiri de Salinas** /  
**D. Luis Ignacio Pastor Eixarch** /  
**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara** /  
**D. Ignacio Martínez Lasierra** /

En Zaragoza, a diez de febrero de dos mil dieciséis.

En nombre de S. M. el Rey

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 52/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 3 de julio de 2015, recaída en el rollo de apelación número 230/2015, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario Retracto núm. 591/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Once de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Pilar L. M., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Pilar Morellón Usón y dirigida por el Letrado D. Pablo Sola Martí, frente a D. Javier H. P. y D<sup>a</sup> Ana Cristina G. B., representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Victoria Gracia Sau y dirigidos por el Letrado D. Santiago Palazón Valentín.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el Juzgado de Primera Instancia num. Once de Zaragoza la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Pilar Morellón Usón, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Pilar L. M., presentó demanda de Juicio Ordinario en ejercicio de una acción de retracto de abolorio contra D. Javier H. P. y D<sup>a</sup> Ana Cristina G. B. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que “estimando la acción de retracto de abolorio ejercitada:

A) Se declare que Doña María Pilar L. M. ostenta el derecho de abolorio sobre los bienes descritos en los hechos primero y segundo de este escrito, que se corresponden con la finca número del número del barrio de M. (finca registral número ) y con un trozo de terreno anexo que constituye el jardín y la piscina de la anterior (finca registral número ).

B) Se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y, en su consecuencia, a otorgar a favor de Doña María Pilar L. M. la escritura de retracto o retroventa de las fincas registrales y descritas en los hechos primero y segundo de este escrito en los mismos términos y condiciones pactados por aquellos con sus vendedoras Doña Saioa L. S. y su madre Doña Ana Isabel S. B. (sobrina y cuñada respectivamente de mi patrocinada) en la escritura de compraventa de los bienes litigiosos otorgada con fecha de abril de 2014 ante el Notario de Zaragoza Don Eloy Jiménez Pérez y obrante al número de su protocolo, así como a la entrega de la posesión de tales fincas.

C) Se condene a la parte demandada, de modo expreso, al pago de la totalidad de las costas que resulten causadas en este juicio.”

Por otrosí propuso práctica de prueba.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, haciéndolo fuera de plazo por lo que se le tuvo por precluido el trámite de contestar a la demanda.

Previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia núm. Once de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 8 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

*“FALLO: Que, estimando la demanda promovida en JUICIO ORDINARIO N° 591/D-2014, instado por la Procuradora Sra. Morellón, en nombre y representación de Dña. M<sup>a</sup> PILAR L. M., contra Dn. JAVIER H. P. y contra Dña. ANA CRISTINA G. B., representados por la Procuradora Sra. Gracia Sau: 1°.- DEBO DECLARAR Y DECLARO, el derecho de abolorio que ostenta la actora sobre los bienes descritos en los hechos primero y segundo de la demanda, que se corresponden con la finca número del Barrio de M. de esta ciudad -finca registral número- y con un trozo de terreno anexo que constituye el jardín y la piscina de la anterior -finca registral número -.*

*2°.- DEBO CONDENAR Y CONDENO a dichos demandados a estar y pasar por dicha declaración y, consecuencia de la misma, a otorgar, a favor de la actora escritura de retracto o retroventa de las citadas fincas, en las condiciones pactadas por dichos demandados con las vendedoras Dña. Saioa L. S. y Dña. Ana Isabel S. B., en la escritura de compraventa de bienes de fecha de 2014, otorgada [ ante el Notario de Zaragoza, Dn. Eloy Jiménez Pérez, y obrante al número de su protocolo así como a la entrega de la posesión de tales fincas.*

*3°.- No se efectúa declaración alguna en materia de costas.”*

**TERCERO.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. Gracia Sau en nombre y representación de D. Javier H. P. y de D<sup>a</sup> Ana Cristina G. B., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Once de Zaragoza, se dio traslado a la parte contraria, oponiéndose al mismo.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, y comparecidas las partes, por Auto de 11 de junio de 2015 se acordó no dar lugar a la practica de la prueba solicitada por la parte apelante y con fecha 3 de julio de 2015 dicha Audiencia dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

**“FALLAMOS: QUE, estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Gracia Sau, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día ocho de abril de dos mil quince por el Juzgado de Primera Instancia número ONCE de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, **la revocamos íntegramente**, y así desestimamos la demanda entablada por DOÑA MARÍA PILAR L. M. contra DON JAVIER H. P. y DOÑA ANA CRISTINCA G. B., de cuyas pretensiones les absolvemos, imponiendo a aquella las costas de la primera instancia, sin costas de la apelación.”**

**CUARTO.-** La Procuradora Sra. Morellón Usón, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Pilar L. M., interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, recurso de casación e infracción procesal, en base a los siguientes motivos: “Motivos de infracción procesal: Primero: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al considerar esta representación que se ha incurrido en incongruencia “extra petita”, vulnerándose el principio que imponen los artículos 216, 218.1 y 465.5 de la Ley Rituaria, al haber rebasado la sentencia recurrida el objeto del proceso, cuya delimitación corresponde a las partes, en la medida en que ha resuelto un aspecto que no se planteó en la primera instancia ni en el recurso de apelación como es la supuesta finalidad especulativa de la acción de retracto de abolorio ejercitada por la actora.- Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al considerar esta representación que se ha incurrido en incongruencia “extra petita”, vulnerándose el principio que imponen los artículos 216, 218.1 y 465.5 de la Ley Rituaria, al haber rebasado la sentencia recurrida el objeto del proceso, cuya delimitación corresponde a las partes, en la medida en que ha resuelto un aspecto que no se planteó en la primera instancia ni en el recurso de apelación como es la supuesta necesidad que el edificio sobre la que se ejercitaba la acción de retracto de abolorio (finca registral número ) tuviera que ser de naturaleza rústica, habiendo asumido y aceptado la parte demandada durante el proceso que dicha casa tenía la consideración de

“edificio” a los efectos del artículo 589 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo dispuesto en el artículo 218.1 del mismo texto legal, que recoge el principio procesal de congruencia, en cuanto la sentencia recurrida ha incurrido en una manifiesta incongruencia interna en varias de las afirmaciones que contiene. Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 386.2 del mismo texto legal, sobre presunciones judiciales, en relación al artículo 24 de la Carta Magna, al haber utilizado la sentencia recurrida ese método para fijar unos determinados hechos de forma manifiestamente arbitraria, dando por acreditada la existencia de una supuesta finalidad especulativa en el ejercicio de la acción de retracto por la vía de las presunciones. Quinto.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consistente en la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación, que ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio y ha extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas y que conculcan los más elementales criterios de la lógica y las normas de la valoración de la prueba, todo ello, en parte, como consecuencia de haber presumido, sin base ni prueba alguna, que había finalidad especulativa en el ejercicio del retracto. Sexto.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 217 de dicha norma legal, referido a la distribución de la carga de la prueba, por cuanto la sentencia recurrida traslada a mi mandante, la hoy recurrente, las consecuencias negativas del defecto de prueba sobre la finalidad especulativa del ejercicio del derecho de retracto de abolorio cuando la prueba de la existencia de tal hecho incumbía claramente a la mencionada demandada que, en cualquier caso, nunca había invocado dicho argumento defensivo”.

De casación. “Motivo único: Los dos problemas jurídicos que plantea la sentencia recurrida, y que ahora se someten al criterio de la Sala a la que tengo el honor de dirigirme, se concretan en la aplicación que aquella ha realizado de los nuevos artículos 589 y 593 del Código del Derecho Foral de Aragón, que definen, el primero, los bienes que pueden ser objeto de abolorio,

y el segundo, la posibilidad de ejercitar el retracto solo sobre unos bienes y no sobre otros cuando existe pluralidad de bienes”.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Zaragoza acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se nombró Ponente, a quién pasaron las actuaciones para resolver.

En fecha 8 de octubre de 2015 se dictó providencia en la que se acordó:

“Visto el escrito de recurso interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Pilar L. M. contra la sentencia de 3 de julio de 2.015 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, considera la Sala que el mismo podría incurrir en alguna causa de inadmisión respecto a los motivos de infracción procesal por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 473.2 LEC, óigase a las partes para que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes sobre la concurrencia de las siguientes posibles causas de inadmisión:

**Primer motivo de infracción procesal:** Interpuesto “al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al considerar esta representación que se ha incurrido en incongruencia “extra petita”, vulnerándose el principio que imponen los artículos 216, 218.1 y 465.5 de la Ley Rituaria, al haber rebasado la sentencia recurrida el objeto del proceso, cuya delimitación corresponde a las partes, en la medida en que ha resuelto un aspecto que no se planteó en la primera instancia ni en el recurso de apelación como es la supuesta finalidad especulativa de la acción de retracto de abolorio ejercitada por la actora.”

El segundo párrafo del fundamento cuarto de la sentencia del juzgado de instancia se refiere expresamente a la exigencia para el retrayente de una afección de los bienes que pretende retraer, cuestión que no se aprecia –dice la sentencia- cuando haya, por ejemplo, un interés especulativo. Y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada expresamente se

recoge en la alegación tercera, como motivo del recurso, la posible falta de afección del retrayente sobre los bienes en cuestión.

Por lo tanto, no se introduce en la sentencia recurrida cuestión nueva ni se podría producir por ello incongruencia, que solo cabe ser entendida como falta de ajuste entre lo pedido en el suplico de la demanda y el contenido del fallo de la sentencia.

Puede concurrir por ello causa de inadmisibilidad del motivo del artículo 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.

**Segundo motivo de infracción procesal:** Interpuesto “al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al considerar esta representación que se ha incurrido en incongruencia “extra petita”, vulnerándose el principio que imponen los artículos 216, 218.1 y 465.5 de la Ley Rituaria, al haber rebasado la sentencia recurrida el objeto del proceso, cuya delimitación corresponde a las partes, en la medida en que ha resuelto un aspecto que no se planteó en la primera instancia ni en el recurso de apelación como es la supuesta necesidad que el edificio sobre la que se ejercitaba la acción de retracto de abolorio (finca registral número ) tuviera que ser de naturaleza rústica, habiendo asumido y aceptado la parte demandada durante el proceso que dicha casa tenía la consideración de “edificio” a los efectos del artículo 589 del Código de Derecho Foral de Aragón.”

La cuestión relativa a la naturaleza rústica o urbana de las fincas objeto de retracto se plantea extensamente en la alegación segunda del recurso de apelación de la parte demandada como motivo del recurso y, por lo demás, el examen de los requisitos legales para la procedencia del retracto, entre ellos el elemento objetivo (artículo 589 del CDFR), no puede ser considerado como ajeno a la función de la sentencia de apelación.

Puede concurrir por ello causa de inadmisibilidad del motivo del artículo 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.

**Tercer motivo de infracción procesal:** Interpuesto “al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo dispuesto en el artículo 218.1 del mismo texto legal, que recoge el principio procesal de congruencia, en cuanto la sentencia recurrida ha incurrido en

una manifiesta incongruencia interna en varias de las afirmaciones que contiene”.

La congruencia del artículo 218 LEC exige, según se ha dicho antes, el contraste entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia. Distinto es lo que la parte recurrente viene a denunciar, que sería una supuesta falta de coherencia interna en el razonamiento de la sentencia, que tiene que ver con la función de interpretación y aplicación de la norma respecto a los hechos alegados y probados, lo que, en su caso, debe ser apreciado al resolver el recurso de casación.

Puede concurrir por ello causa de inadmisibilidad del motivo del artículo 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.

**Cuarto motivo de infracción procesal:** Interpuesto “al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 386.2 del mismo texto legal, sobre presunciones judiciales en relación al artículo 24 de la Carta Magna, al haber utilizado la sentencia recurrida ese método para fijar unos determinados hechos de forma manifiestamente arbitraria, dando por acreditada la existencia de una supuesta finalidad especulativa en el ejercicio de la acción de retracto por la vía de las presunciones”.

Como se ha expuesto, lo relativo a la exigencia de afección a los bienes objeto de retracto, que tiene que ver con la posible finalidad especulativa, es examinado en la sentencia recurrida, en la función interpretativa del tribunal, como uno de los elementos (el subjetivo) del retracto de abolorio cuya existencia puede determinar la estimación o desestimación de la pretensión de retraer, pero no con el método de presunciones, solo aplicable en defecto de apreciación y valoración directa de la prueba.

Puede concurrir por ello causa de inadmisibilidad del motivo del artículo 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.

**Quinto motivo de infracción procesal:** Interpuesto “al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consistente en la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación, que ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio y ha

extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas y que conculcan los más elementales criterios de la lógica y las normas de la valoración de la prueba, todo ello, en parte, como consecuencia de haber presumido, sin base ni prueba alguna, que había finalidad especulativa en el ejercicio del retracto”.

La sentencia recurrida examina en su fundamento noveno el interés que se pueda pretender con la adquisición de la finca, en relación con su conservación en el seno familiar, y se refiere a una supuesta finalidad especulativa (“pudiendo existir un cierto interés especulativo”) en términos de hipótesis y no como hecho acreditado, y en tales términos podrá ser valorado por esta Sala en el estudio que plantea el recurso de casación de los requisitos del retracto, pero no implica su aceptación como hecho probado por lo que no se habría producido la errónea valoración de prueba que se denuncia.

Puede concurrir por ello causa de inadmisibilidad del motivo del artículo 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.

**Sexto motivo de infracción procesal:** Interpuesto “al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 217 de dicha norma legal; referido a la distribución de la carga de la prueba, por cuanto la sentencia recurrida traslada a mi mandante, la hoy recurrente, las consecuencias negativas del defecto de prueba sobre la finalidad especulativa del ejercicio del derecho de retracto de abolorio cuando la prueba de la existencia de tal hecho incumbía claramente a la mencionada demandada que, en cualquier caso, nunca había invocado dicho argumento defensivo”.

Como se ha dicho, lo relativo al supuesto interés especulativo se enmarca en el estudio del interés o afección sobre los bienes objeto del retracto pero, como elemento subjetivo o de intención, no tiene relación con la carga de la prueba, ni en la sentencia se plantea tal cuestión pues nada se dice al respecto.

Puede concurrir por ello causa de inadmisibilidad del motivo del artículo 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.”

Las partes, dentro de plazo, presentaron sus escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones.

Hechas las alegaciones, por Auto de 5 de noviembre de 2015 se declaró la competencia de la Sala para conocer de ambos recursos admitiendo a trámite el motivo quinto de infracción procesal y el único de casación.

Dentro de plazo la parte contraria presentó su escrito de oposición al recurso de infracción procesal y casación.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 20 de Enero de 2016.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda en los términos que han sido consignados en el anterior antecedente de hecho segundo, dando lugar al retracto de abolorio sobre las dos fincas identificadas en la demanda. Explica en su primer fundamento que, al no haber sido contestada la demanda en plazo, se deduce del informe en el acto del juicio que la oposición de la parte demandada se centraba en que el jardín sobre el que se ejercitaba el retracto no podía ser objeto del mismo por ser un solar y por no haber pertenecido durante dos generaciones a la misma familia. En relación con este elemento objetivo dice la sentencia (fundamento tercero) que *“se discute y se opone por la parte demandada la procedencia familiar de los bienes en el sentido de haber permanecido en la familia durante dos generaciones y ello con respecto al inmueble que forma hoy lo que sería el jardín y que fue adquirido por el suegro y abuelo de las vendedoras y padre de la actora, durante el consorcio matrimonial con su esposa”*. Lo resuelve con arreglo a lo dispuesto en el artículo 589 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA), considerando que tiene la condición de bien de abolorio aquel inmueble que haya sido incorporado a la familia, al menos, por el abuelo del enajenante y ulteriormente no haya salido de la misma, resultando indiferente el título en virtud del cual haya recibido los bienes el enajenante.

Y concluye respecto a esta cuestión: *“Pues bien, en el caso que nos ocupa, siendo los bienes que son objeto de la acción promovida, de naturaleza inmobiliaria, estar en Aragón y procedencia familiar de, al menos, dos*

*generaciones, la acción promovida también cumple con el requisito de los elementos objetivos.”*

En el fundamento cuarto hace referencia al criterio moderador en los casos de retracto de abolorio, que permitiría no estimarlo si no se consigue la finalidad última de mantener la integridad del patrimonio, exigiéndose al retrayente una afección de los bienes que pretende retraer, *“...que no se aprecia cuando haya, por ejemplo, un interés especulativo sujeto, por ejemplo también, a un proyecto urbanístico, pero es lo cierto que en el caso que nos ocupa este posible interés, o bien en sentido contrario, esa falta de desafección (sic) no se ha acreditado”*. Así lo aprecia por la manifestación de la actora de que los inmuebles que pretende retraer son aquellos en los que ha vivido y en los que se ha criado hasta que contrajo matrimonio...”*y no hay prueba en contra que determine que deba ser interpretado restrictivamente el derecho que ejercita”*.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada alegaba vulneración del artículo 589 porque la finca llamada “jardín con piscina”, finca registral independiente, tiene naturaleza urbana y por ello no susceptible de la acción ejercitada, habiendo omitido la sentencia recurrida toda referencia a dicha finca independiente y a su carácter urbano. También alegaba vulneración del requisito de permanencia en la familia de procedencia durante dos generaciones y, finalmente, que la acción ejercitada no tenía la finalidad de mantener la integridad del patrimonio familiar sobre la base de la afección del retrayente sobre el mismo.

La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estima el recurso de apelación, resuelve lo relativo al tiempo de permanencia de la finca en la familia afirmando (fundamento segundo) que fue así admitido por la representación de la demandada en el acto de la audiencia previa, por lo que no puede ser objeto de nuevo debate. En el fundamento tercero confirma el ejercicio del retracto dentro de plazo, y en los fundamentos cuarto y quinto desarrolla los antecedentes de la regulación actual y los fundamentos de la misma en la forma en que aparecen recogidos en la Exposición de Motivos del CDFa.

El fundamento sexto de la sentencia estudia el concepto de los bienes de abolorio del artículo 589 del CDFA, limitado, además de los edificios o parte de ellos, a los inmuebles de naturaleza rústica que, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, se reconocen por su situación, por el aprovechamiento o destino, y por la preponderancia de uno de estos elementos si ambos concurren en un mismo predio, o por relación de dependencia que entre ellos exista como principal el uno y accesorio el otro. Afirma, por referencia al supuesto examinado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1991, que *“la prueba ha puesto de relieve – con independencia de otras circunstancias de menor entidad- que la finca retraída no está destinada al cultivo por lo que mal puede conseguirse la finalidad pretendida por el legislador en una finca de tal naturaleza”*.

El fundamento séptimo analiza lo relativo a la finalidad pretendida con el ejercicio del retracto distinguiendo un elemento subjetivo, la afección sentimental hacia los bienes, y otro objetivo, el mantenimiento y engrandecimiento del patrimonio familiar.

En el fundamento octavo, refiriéndose a las circunstancias del caso, deja constancia de que las fincas sobre las que se ejercita el retracto son las registrales (casa con cochera y corral), y la (piscina con vestuarios y barbacoa) inscrita como finca urbana procedente por segregación de la . Y ambas constituyendo una única finca catastral identificada con el número (por error se cita como registral en la sentencia). Continúa diciendo que se encuentran en el Barrio de M., zona de claro crecimiento urbanístico de esta ciudad y que: *“La urbana está excluida de la posibilidad del ejercicio del derecho ejercitado de adquisición preferente, según ha sido ampliamente estudiado, y la segunda debe tener la misma consideración resultando que –tal como aparece descrita- no puede entenderse como finca rústica, recordándose aquella Jurisprudencia citada sobre que las características de las fincas sobre las que pretenda ejercitarse el derecho son las que resulten del pleito, conforme a la concreta prueba practicada, siendo cuestión de hecho que no puede entenderse predeterminada por lo que se haya hecho figurar en cierto documento, cuando se demuestre que el uso de la finca de que se trate no es precisamente para su utilización, ni lo ha sido ni lo es, como suelo de naturaleza rústica”*.

El fundamento noveno comienza diciendo: *“Otro tanto cabe sostener apreciando el interés que se pretenda conseguir con la adquisición de la finca, en general bien señalado por la Ley –la conservación en el seno familiar de una finca rústica poseída por tiempo de dos generaciones, evitando se transmita su propiedad a terceras personas-, pero la cuestión debe ser objeto de mayor matización en atención a las circunstancias del caso concreto, como se ha expuesto en el trabajo doctrinal antes citado. Que la actora pudiera haber nacido en la casa es hecho que no justifica sin más el uso del derecho, ni ese exigible interés en la conservación de la casa, cuando también ha quedado demostrado que no tiene su residencia, ni la ha tenido en tiempos más o menos recientes en la misma, e incluso que pasa largas temporadas en el extranjero, careciendo de cualquier relación actual, de cualquier clase, con la misma, pudiendo existir un cierto interés especulativo dada la situación de las fincas, que no puede admitirse en modo alguno”.*

Se hace a continuación una referencia al retracto de colindantes, al que se asocia un interés general de evitar una excesiva fragmentación de la propiedad, aclarando que ese interés general no se puede predicar de la misma manera en el retracto de abolorio pues ya la Exposición de Motivos de la ley aragonesa expresa que los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo...”*y debe defenderse una interpretación estricta en su ejercicio, más cuando los pueblos han quedado abandonados y aquellas viviendas solo se usan como general como segunda residencias, pudiendo implicar una considerable merma económica en la transmisión, salvo que se demuestre, claro, que el fin deseado es coincidente con el que se recoge en la Ley, en los términos antes dichos, que no es el caso. Por lo demás, el hecho de que las fincas descritas puedan ser dependientes entre sí, en cuanto que el paso a una solo se consigue por la otra, no permite el ejercicio conjunto del derecho, al no reunir las condiciones exigidas, ni puede concederse el derecho respecto de una de ellas, que es posibilidad que la mayor parte de la doctrina rechaza”.*

**TERCERO.-** Debe examinarse en primer lugar el motivo quinto de infracción procesal, único de los admitidos por este cauce, interpuesto al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por

vulneración del artículo 24 de la Constitución española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consistente en la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación, al incurrir en error patente, ostensible o notorio y haber extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas, y que conculcan los más elementales criterios de la lógica y las normas de la valoración de la prueba, todo ello, en parte, como consecuencia de haber presumido, sin base ni prueba alguna, que había finalidad especulativa en el ejercicio del retracto.

En este motivo la recurrente centra sus alegaciones en la falta de prueba sobre la supuesta finalidad especulativa, que nunca habría formado parte del debate entre las partes por no haber sido invocado por la parte demandada y que, por el contrario, otras pruebas acreditarían la afección negada por la sentencia recurrida.

Como ya planteó la Sala en la providencia de 8 de octubre de 2015 al poner de manifiesto las posibles causas de inadmisibilidad de todos los motivos de infracción procesal, lo relativo a la afección del retrayente respecto a los bienes objeto del retracto fue objeto de expreso razonamiento en el fundamento cuarto de la sentencia de primera instancia, y negado por la parte demandada en la alegación tercera de su recurso de apelación, por lo que no puede afirmarse que no hubiera sido objeto de debate. La sentencia de apelación, según hemos visto, examina ampliamente la cuestión en los fundamentos séptimo y noveno, poniendo en duda en este último el contacto de la retrayente con las fincas y sugiriendo, en términos hipotéticos, un posible interés especulativo: “...*pudiendo existir un cierto interés especulativo*”.

En su escrito de alegaciones a la providencia, la parte recurrida afirma en la cuarta de ellas: “La sentencia que se impugna de contrario no afirma como hecho probado que la acción ejercitada tuviera finalidad especulativa, sino que considera, y ello sobre la base del resultado de la prueba practicada (...), puesto en relación con la situación de las fincas en una zona de claro crecimiento urbanístico, que no existe afección sobre los bienes objeto de retracto y que podría existir un cierto interés económico en el ejercicio de la acción. La alusión a la finalidad especulativa, por lo tanto, no es una declaración de hecho que se considere probado por medio del método de presunciones, como señala la providencia dictada por la Sala, de lo que se

deriva la concurrencia de la causa de inadmisibilidad puesta de manifiesto...”.

En el auto de 5 de noviembre de 2015 fue admitido el motivo pero no dando por acreditado en la sentencia, según la redacción de la misma, tal interés especulativo, por lo que no se habría producido la denunciada errónea valoración de la prueba. Ahora, tras ser expuestos de forma sistemática los razonamientos de la sentencia recurrida, debemos confirmar que en la misma no se incurre en la infracción denunciada porque, de una parte, no se afirma tal interés especulativo y, de otra, porque no se toma tal posible finalidad especulativa como base única de la falta de afección sobre los bienes, sino como un elemento más de los tenidos en cuenta para justificar que no se cumpliría la finalidad que la ley atribuye al retracto de abolorio (la conservación de los bienes en el seno familiar).

Por ello, se desestima el motivo de infracción procesal, sin perjuicio de que este aspecto de la cuestión haya de ser examinado al enjuiciar el motivo de casación, entre los requisitos exigidos para el ejercicio del retracto.

**CUARTO.-** El motivo único de casación, interpuesto por infracción de los artículos 589 y 593 del CDFA, lo centra la parte recurrente en “discutir y determinar si una finca urbana que constituye el jardín del edificio, y que no tiene acceso ni vida independiente del mismo (incluso son una misma finca catastral) puede considerarse un bien de abolorio y ser retraíble”.

Sostiene la parte recurrente que, ya desde la audiencia previa, su posición era que, “constituyendo ambas fincas una unidad física (de hecho forman una única finca catastral) y siendo un hecho indubitado que la finca-jardín solo da servicio a la casa o edificio, debía tener la consideración de parte de ellos (de los edificios) a que se refiere el artículo 589 del CDFA...”. Por su parte, de contrario se sostenía la aplicación estricta y literal de la citada norma legal, argumentando que su naturaleza de finca urbana (jardín) le impedía ser objeto de retracto, y ello aunque existiera esa unidad física con el edificio y que no pudiera ser objeto de una utilización independiente”.

En su escrito de oposición al recurso de casación alega la parte recurrida que “por más que el recurrente se ampare en la relación que contiene el artículo 589 del CDFA, la razón de la denegación del retracto

sobre el edificio radica en la falta de afección de la retrayente sobre las fincas objeto de su acción.”

Deben examinarse, pues, los dos elementos que resultan determinantes en la solución adoptada por la sentencia recurrida, como son el objeto sobre el que recae el retracto y la finalidad perseguida con su ejercicio.

**El elemento objetivo:** En la nueva regulación del retracto de abolorio dada por la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, integrada como Título III del Libro Cuarto del CDFa, se justifica el mantenimiento de la institución (apartado 42 de su Preámbulo) en intereses y concepciones familiares dignos de protección, para evitar que, en ciertos casos, un inmueble salga de la familia por disposición de su actual titular.

El Preámbulo del CDFa explica la limitación de la posibilidad del ejercicio del derecho a los inmuebles rústicos y a los edificios, por considerar que sólo éstos, aparte de los rústicos, son los que conservan una impronta familiar que justifica la preferencia de los parientes.

El fundamento octavo de la sentencia recurrida, antes transcrito en lo que ahora interesa, después de dejar constancia de que ambas fincas registrales constituyen una sola finca catastral, describe la registral 4.663 (piscina con vestuarios y barbacoa) inscrita como urbana, y la 2.227 (casa con cochera y corral) y afirma que la finca urbana está excluida del ejercicio del derecho de retracto *“según ha sido ampliamente estudiado”*, y la segunda también (*“debe tener la misma consideración”*) porque no puede entenderse como finca rústica según la jurisprudencia citada cuando se demuestre que el uso de la finca no es para su utilización como suelo de naturaleza rústica.

La jurisprudencia citada en el fundamento sexto que justifica el anterior razonamiento, en concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1991 (recurso 2539/1989, ponente Martín-Granizo Fernández), no resulta de aplicación a este caso pues se refiere específicamente al retracto de colindantes (artículo 1523 Cc.), que únicamente es reconocido a los propietarios de tierras colindantes en la venta de finca rústica de cabida inferior a una hectárea. En dicha sentencia no se acogía dicho retracto en un supuesto en el que el colindante pretendía retraer una finca que lindaba con los edificios de la periferia de Benidorm, erial, en la que se encontraba una edificación que servía de vivienda, no destinada al

cultivo agrícola. En definitiva, para el Tribunal Supremo no se trataba propiamente de tierras ni de finca rústica, que es el presupuesto básico del retracto de colindantes.

En el caso que nos ocupa las fincas objeto de retracto no son rústicas sino urbanas, pero el fundamento de la acción no era la naturaleza rústica de la denominada urbana (jardín con piscina, vestuarios y barbacoa) sino su condición de anejo de la casa que, a su vez, viene descrita como casa con cochera y corral. Si se siguiera el razonamiento de la sentencia recurrida tampoco la cochera y el corral podrían ser objeto de retracto ni junta ni separadamente porque no son suelo de naturaleza rústica, pero indudablemente en un retracto dirigido a la casa (edificio que conserva la impronta familiar) la cochera y el corral que forman parte de la misma finca estarían incluidos con el edificio.

Aparte de los inmuebles de naturaleza rústica, el artículo 589 del CDFA permite el ejercicio del retracto de abolorio sobre los edificios o parte de ellos en tanto que (Preámbulo del CDFA) también pueden conservar la impronta familiar con fuerza suficiente para justificar la preferencia de los parientes respecto a los terceros adquirentes, y sin necesidad de que deban estar destinados a finalidad agrícola.

En la demanda el retracto se dirigía a dos fincas registrales porque así aparecen identificadas en el Registro de la Propiedad pero, como afirma la recurrente, el objeto era la finca como unidad física (una sola finca catastral, urbana) formada por la casa con cochera y corral junto con el jardín que contiene la piscina, vestuarios y barbacoa, que no tiene acceso independiente sino a través de la anterior. En el último inciso del fundamento noveno que ha sido transcrito antes, la sentencia recurrida rechaza el retracto sobre esas fincas dependientes entre sí *“al no reunir las condiciones exigidas”*, refiriéndose al requisito de finca rústica. Decía el párrafo completo: *“Por lo demás, el hecho de que las fincas descritas puedan ser dependientes entre sí, en cuanto que el paso a una solo se consigue por la otra, no permite el ejercicio conjunto del derecho, al no reunir las condiciones exigidas, ni puede concederse el derecho respecto de una de ellas, que es posibilidad que la mayor parte de la doctrina rechaza”*.

En la escritura de de 2014 (protocolo del Notario D. Eloy Jiménez), de venta a los demandados de las fincas objeto de retracto por las vendedoras (sobrina y cuñada de la retrayente), que eran nudo propietaria y usufructuaria, respectivamente, de ambas fincas, tras la descripción de la registral (jardín con piscina) el notario hace constar: *“Manifiestan que según catastro está señalada con el número del Paseo ”*. (Corresponde dicho número a la otra finca, la casa con cochera y corral).

Y en la reseña del título se dice que procede de una segregación *“realizada en la escritura otorgada ante el Notario Don Francisco de Asís Sánchez Ventura Ferrer el día de de dos mil cinco, número de protocolo”*. Se reitera a continuación que las fincas tienen un solo número de referencia catastral *“ya que forman una sola finca, que es la que consta en la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por medios telemáticos que uno a esta matriz. Manifiestan los comparecientes a mi instancia que los datos recogidos en dicha certificación se corresponden con la realidad física de las referidas fincas”* (el subrayado es nuestro). Y continúa la descripción: *“Tal y como se ha dicho las descritas fincas forman una sola en el catastro, con una superficie total de...correspondiendo a la primera ochocientos cuarenta y cinco metros ...y en el interior de esta existe una edificación de dos plantas, con una superficie construida total de...”*. Las dos fincas *“con todo cuanto les sea accesorio e inherente a las mismas”*, se venden por un precio conjunto de 100.000 euros.

Como se dice en la anterior escritura, la denominada finca urbana (jardín con piscina, vestuarios y barbacoa), registral , que forma en la realidad una sola finca con la casa familiar, procede de una segregación de la finca matriz, la , anteriormente la , según lo recoge el fundamento octavo de la sentencia recurrida. Según la certificación registral aportada como documento nº 3 con la demanda, esta registral fue segregada (escritura de de de 2005, protocolo del notario D. Francisco de Asís Sánchez-Ventura Ferrer) por la sobrina de la actora y su madre (las vendedoras), correspondiendo a la primera por herencia (y la segunda usufructuaria) de su padre D. José L. M., hermano de la actora, quien a su vez la había recibido como legatario de sus padres D. José L. D. y D<sup>a</sup>. Pilar M. A., que la habían comprado en escritura de de de 1941 al padre del primero, D. Cesáreo L. L. Según la inscripción 3<sup>a</sup> de la registral , que era la que quedaba tras la

segregación anterior, esta última finca era vendida a C. T., de forma que la otra finca, la , aun registralmente independiente, era vendida junto con la (casa con corral y cochera), como una sola, a los demandados por un único precio.

Por lo tanto, las vendedoras, tras la segregación realizada por ellas en 2005 para independizar la que venderían a C. T. S.A., vendieron a los demandados, hoy recurridos, una sola finca (física y catastralmente) constituida por la casa familiar con su cochera y corral y por la finca-jardín con piscina, vestuario y barbacoa, y así la adquirirían los compradores. No parece que dichos compradores aceptaran que, dado que se trata de dos fincas registrales distintas, pudiera ser ejercitado el retracto sobre la primera y no sobre la segunda, o viceversa.

En definitiva, las propias vendedoras incorporaron la finca registral (jardín-piscina), física y catastralmente, a la casa familiar, como un anejo, como ya lo era la cochera y el corral, y así lo vendieron en su conjunto. El artículo 334 del Código civil incluye como inmueble a todo aquello que esté unido al suelo (construcciones, árboles, plantas, estatuas, etc.), de manera fija o incorporado por su dueño. En este caso la cochera y el corral ya aparecían así en la descripción conjunta con la casa, y sus dueñas incorporaron otro anejo, el jardín con la piscina, vestuario y barbacoa, y así lo vendieron.

La finca destinada a jardín con piscina y demás elementos, calificada como urbana, podría no permitir ser retraída aisladamente, pero no era la pretensión de la parte demandante, que la incluía en su demanda como un elemento anejo e inseparable de la casa. En ese sentido, se produce la infracción del artículo 589 del CDFA, pues toda ella debe ser considerada como edificio, pero no hay infracción de lo dispuesto en el artículo 593 que prevé la situación inversa, en la que solo se pretende retraer uno solo de los inmuebles que se enajenan, siempre que reúna los requisitos para ellos y tenga la condición de bien de abolorio.

**La finalidad perseguida:** La sentencia de primera instancia se refiere a la facultad moderadora de los tribunales que llevaría a la desestimación del retracto de abolorio en los casos en que, aun concurriendo los requisitos para ello, no se consiga la finalidad última de mantener la integridad del

patrimonio familiar, *“exigiéndose al retrayente una afección de los bienes que pretende retraer, cuestión que no se aprecia cuando haya, por ejemplo, un interés especulativo sujeto, por ejemplo también, a un proyecto urbanístico, pero es lo cierto que en el caso que nos ocupa este posible interés, o bien en sentido contrario, esa falta de desafección no se ha acreditado”*.

La sentencia de apelación se refiere también (fundamento noveno) al interés por *“la conservación en el seno familiar de una finca rústica poseída por el tiempo de dos generaciones...”*. Del hecho de haber nacido la actora en la casa afirma que no justifica sin más el uso del derecho dado que no tiene allí su residencia y carece de relación actual, mencionando el posible interés especulativo. Con cita de la jurisprudencia sobre el retracto de colindantes afirma que debe defenderse una interpretación estricta en el ejercicio del retracto de abolorio, *“más cuando los pueblos han quedado abandonados y aquellas viviendas solo se usan por lo general como segundas residencias, pudiendo implicar una considerable merma económica en la transmisión, salvo que se demuestre, claro, que el fin deseado es coincidente con el que se recoge en la Ley, en los términos antes dichos, que no es el caso”*.

El Preámbulo del CDFA explica la reforma afirmando que *“los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo, pues responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección. En cualquier caso, el derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que los que la Ley establece, por lo que se prescinde de la referencia a la “moderación equitativa” por los tribunales que la Compilación introdujo”*.

En el texto articulado los requisitos subjetivos se cumplen cuando el derecho lo ejerciten los parientes colaterales dentro del cuarto grado, además de la permanencia de los bienes en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores. Ambos requisitos se tienen por cumplidos tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación. Por lo que se refiere al interés de la retrayente, la sentencia del Juzgado afirma que no se ha probado la falta de afección, y la de la Audiencia no aprecia la afección porque la actora no tiene su residencia en la localidad ni la ha tenido en tiempos recientes, pasa largas temporadas en el extranjero y carece de relación actual.

Como se ha dicho, en la regulación actual no se exigen otros requisitos que los legalmente establecidos, entre los que no se encuentra la afección y, desde luego, no se exige que se pruebe la misma, habiéndole bastado a la sentencia de primera instancia que no se hubiera probado su falta.

La supresión de la facultad moderadora tiene su justificación, precisamente, en objetivar los requisitos exigibles (parentesco y permanencia en la familia), sin exigir una afección específica que se debe presumir mediante el cumplimiento de los requisitos anteriores. Además, ha de tenerse en cuenta la prohibición para el retrayente de enajenar el bien adquirido durante cinco años (artículo 596.3).

En definitiva, la afección subjetiva del retrayente no es requisito legalmente exigido para el ejercicio del derecho de retracto por lo que su exigencia (pretendiendo además la prueba de la afección a la parte actora), vulnera lo establecido en el artículo 589 del CDFR, por lo que debe ser estimado el recurso y casada la sentencia.

Como consecuencia de la casación, se revoca la sentencia dictada por la Audiencia y se confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia.

**QUINTO.-** Las costas de primera instancia no fueron impuestas en la sentencia que puso fin a la misma, por las circunstancias que el Juzgado consideró concurrentes, y así se confirma.

No hubo imposición de costas del recurso de apelación, por la estimación del mismo, y así se mantiene dado el distinto signo de las sentencias de ambas instancias.

No cabe condena en costas del recurso de casación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## **F A L L A M O S**

**PRIMERO.-** Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Pilar Morellón Usón actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar L. M., contra la sentencia dictada por

la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta en fecha 3 de julio de 2015, que casamos y dejamos sin efecto.

**SEGUNDO.-** En su lugar, confirmamos íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

**TERCERO.-** No se hace imposición de las costas de las instancias ni del recurso de casación.

**CUARTO.-** Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

**QUINTO.-** Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvase las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.