



Roj: **SAP GC 2757/2013 - ECLI: ES:APGC:2013:2757**

Id Cendoj: **35016370032013100410**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **20/12/2013**

Nº de Recurso: **798/2011**

Nº de Resolución: **643/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DE LA PAZ PEREZ VILLALBA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Illtmos. /as Sres. /as

SALA Presidente

D./D^a. RICARDO MOYANO GARCÍA

Magistrados

D./D^a. FRANCISCO JAVIER JOSÉ MORALES MIRAT

D./D^a. MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de diciembre de 2013.

VISTAS por la Sección 3^a de esta Audiencia Provincial, las actuaciones de que dimana el presente rollo **798/2011** en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Santa María de Guía en los autos referenciados (Juicio Ordinario 186/2005) seguidos a instancia de DON Anselmo , parte apelante, representada en esta alzada por el Procurador Don Jorge Cantero Brosa y asistida por el Letrado Don Yeray Figueras Estévez, contra DON Darío y D^a Consuelo , parte apelada, representada en esta alzada por el Procurador Don Bernardo Rodríguez Cabrera y asistida por el Letrado Don Francisco Javier Hernández Cabrera, siendo ponente la Sra. Magistrada D^a MARÍA PAZ PÉREZ VILLALBA, quien expresa el parecer de la Sala;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Santa María de Guía, se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: « Que desestimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador D^a. Josefa Estévez Ojeda en nombre y representación de D. Anselmo debo absolver y absuelvo a D. Darío y D^a. Consuelo de los pedimentos efectuados en su contra, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.»

SEGUNDO.- La referida sentencia, de fecha 30 de julio del 2010, se recurrió en apelación por la parte actora con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso alegando cuanto tuvo por conveniente y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló día para discusión, votación y fallo, recabándose con fecha 29 de noviembre del presente año la grabación del juicio.

TERCERO.- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- En la demanda, presentada el 8 de marzo del 2005, se ejercitó una acción de retracto de colindantes con base al artículo 1523 del Código Civil en relación a la finca rústica de 20 áreas y 85 centiáreas del municipio de Guía del pago de Ingenio Blanco, donde llaman "Galion" y que había sido adquirida por los demandados en documento privado de venta fechado el día 9 de septiembre del 1.997, alegándose en síntesis reductora en la demanda que el actor tenía otra finca rústica colindante con la anterior y que no tuvo conocimiento de dicha venta hasta que se le notificó el día 27 de febrero del 2005 una querrela presentada por el codemandado Don Darío contra él.

La sentencia apelada desestimó la demanda al considerar básicamente que el actor no había acreditado que el interés que prevalece en autos sea el de utilidad pública, consistente en mejorar la producción agrícola del actor, pues no acredita que cultive realmente su finca siendo su finalidad la de satisfacer un determinado interés particular que no coincide con la finalidad perseguida por el legislador. Así mismo se consigna en la sentencia apelada que los demandados a su vez eran colindantes con la finca que habían adquirido y que se pretende retraer.

Frente a la anterior sentencia se alza el actor denunciando de un lado, incongruencia con consiguiente infracción del artículo 218.1 de la Lec cuando se analiza la cuestión relativa a si el actor se dedicaba o no a la explotación agrícola de su finca y de otro lado, una errónea valoración de la prueba con infracción del artículo 1280 del Código Civil cuando la sentencia concluye que a su vez los demandados eran colindantes de la finca a retraer que habían comprado en el año 1997, alegaciones todas ellas a las que se opone la parte apelada solicitando la confirmación de la desestimación de la demanda e insistiendo en que la acción de retracto ejercitada en la demanda estaba caducada.

SEGUNDO. - Centrados en el anterior fundamento jurídico los términos del recurso de apelación, el mismo debe ser desestimado pues esta Sala viene a compartir con la Juez a quo en la falta en el supuesto enjuiciado de la acreditación de uno de los presupuestos exigidos jurisprudencialmente para el éxito de la acción de retracto de colindantes, a saber, el interés agrícola del actor consistente en mejorar su producción agrícola y al respecto se denuncia en el recurso de apelación incongruencia de la sentencia apelada ex artículo 218.1 de la LEC pues dicho hecho no habría sido objeto de debate al no alegarse nada en la contestación en la demanda sobre que el actor no se dedicara a a explotación agrícola refiriéndose solo a la calificación urbanística de la finca cuyo carácter rústico se vino a acreditar en la audiencia previa, amén de que según el apelante los demandados no pueden ir contra sus propios autos al calificar de rústica la finca que compraron con renuncia incluso al derecho de retracto de colindantes tal y como se consigna en la estipulación quinta del contrato, alegando en definitiva el apelante que se le ha causado indefensión al no poder proponer prueba sobre que cultiva la finca pues al no negarlo la parte demandada nunca podría proponer prueba sobre hechos no discutidos y que en cualquier caso los testigos reconocieron que el actor hacía uso de canalizaciones de riego y que existían plantaciones, manifestando incluso un testigo haber trabajado en el pasado para él en su finca.

El primer motivo de apelación debe desestimarse y con ello confirmarse la desestimación de la acción de retracto por la ausencia de acreditación del interés agrícola del apelante, no apreciando esta sala incongruencia alguna de la sentencia apelada cuando se analiza si están o no acreditados los presupuestos legales para el ejercicio de la acción de retracto entre ellos la utilidad pública del mismo, pues es un hecho constitutivo de la pretensión y como tal debe no solo alegarse en la demanda sino además acreditarse incluso documentalmente en ese momento inicial y no esperar a ver lo que contesta la parte demandada y se dice en el recurso que el demandado no negó que el actor cultivara su propia finca, pero es que el actor no afirmó dicho hecho en la demanda y sabido es que conforme dispone el artículo 405.2 de la LEC en la contestación a la demanda habrá de negarse o admitirse "los hechos aducidos por el actor", siendo obvio que en el cuerpo de la demanda el actor se limita a alegar que es colindante con la finca rústica que pretende retraer, silenciando en absoluto cual sea el fin que tiene para retraer la finca adquirida por los demandados y mucho menos que pretenda una mejora agrícola de su propia finca. En definitiva ninguna incongruencia se produce en la sentencia apelada cuando analiza el interés agrícola del apelante, siendo evidente que el demandado cuando cuestiona la calificación agrícola de la finca a retraer o en la cláusula quinta del contrato privado de compraventa celebrado en el año 1997, no esta en modo alguno reconociendo que en el año 2005 cuando se ejercita la acción de retracto el actor esté cultivando su propia finca y sea su mejora agrícola la finalidad del retracto, por lo que quien tenía la carga de acreditar este último extremo es el actor y no hay prueba y por de pronto si como alegó el actor en su interrogatorio se dedica al cultivo ecológico de su finca nada le impedía aportar con su demanda informes periciales que acrediten dicho extremo en la época de presentación de la demanda, u otro tipo de documentos como compra de materiales, semillas,, o incluso fotos del estado de su finca, limitándose a aportar con su demanda los documentos de titularidad de su finca en los que por cierto se califica su profesión de médico, por lo que hay una total ausencia probatoria inicial del destino dado por el actor a su finca. En la audiencia previa tampoco se salvó dicha insuficiencia probatoria aportándose un simple informe sobre la calificación urbanística de las fincas que nada aclaran sobre si el actor está o no cultivando su propiedad y en cuanto



a la prueba practicada en la vista, obviamente testigos que manfiesten que en un pasado trabajaron para el actor en su finca si concreción de fechas y aludiendo siempre al pasado o que el actor tenía plantaciones en la finca en modo alguno acreditan que el actor tuvieran una explotación agropecuaria en su finca en la fecha de presentación de la demanda de retracto.

En concreto, en lo que concierne a la ausencia de interés agrícola en el retrayente, ha de señalarse que, como se recoge, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2007, que a su vez cita otras como las de 12 de febrero de 2000 y de 20 de julio de 2004, la justificación del retracto de colindantes viene a ser de interés público a fin de evitar la excesiva división de la propiedad territorial rústica y no la de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares, prevaleciendo el interés de la agricultura, siendo esta finalidad la que ha de presidir la interpretación del artículo 1.523 del Código Civil, actuando, en definitiva, el indicado retracto como carga de derecho público que limita la propiedad, motivada por el interés general, quedando excluidos los supuestos en que, a pesar de la existencia de una explotación agropecuaria, su entidad es muy pequeña y responde a producciones esporádicas u orientadas tan sólo al autoconsumo o al mero esparcimiento o recreo, o bien cuando son complementarias de otro tipo de actividades empresariales distintas de la agraria, pues la explotación que se exige tiene que ser sistemática, permanente y exclusiva, con producción de resultados sensibles y proporcionados (en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973; de las Audiencias Provinciales de Las Palmas, Sección 4ª, de 5 de julio de 2003 y de Vizcaya, Sección 4ª, de 9 de octubre de 2002, de Asturias, Sección 6ª, de 9 de junio de 2003). Debe también tenerse en cuenta el hecho de que la institución examinada es de aplicación restringida al implicar una limitación de la libre disposición del dominio de todo propietario, dificultando su aceptación el tráfico jurídico y obstaculizando la seguridad de las transacciones libremente efectuadas ante la incertidumbre de los derechos que se transmiten (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de abril de 1953 y 12 de abril de 1989).

Pues bien dichos parámetros jurisprudenciales son respetados por la sentencia apelada, pues como antes se ha motivado comparte esta Sala que no está acreditado en autos que el actor explote agrícolamente su finca y mucho menos que su finalidad con el retracto sea aumentarla, desprendiéndose antes al contrario de su propio interrogatorio que su interés es el de aumentar los metros de su finca al ver lo que su hermana había vendido a los demandados y lo que iba a perder.

En cuanto al fundamento, a mayor abundamiento de la sentencia apelada para desestimar la demanda, de que a su vez los demandados eran colindantes de la finca que habían comprado en el año 1997, esta Sala comparte con el apelante, que dicho extremo no está acreditado suficientemente en autos pues los demandados en su contestación para justificar dicha colindancia aluden a la escritura de compraventa de 1994, siendo evidente que ningún linde de la finca de esta escritura coincide con los lindes de la finca a retraer y habiendo sido impugnado el levantamiento topográfico de lindes acompañado a la contestación a la demanda, el mismo no fue ratificado en la vista no dándose explicación alguna en el informe de la correspondencia de los lindes que se fijan en plano con los títulos de propiedad y es más, el testigo propuesto por la propia parte demandada, Don Rosendo, que al parecer sucedió en la lide de la finca a retraer correspondiente a Don Luis Manuel, vino a reconocer que los demandados con dicho documento de 1994 no eran colidantes con la finca que compraron en el año 1997 pues había sido él mismo el que había vendido parte su finca a Don Darío para ser colidante, lo que ya supone una modificación de la tesis sostenida en la contestación a la demanda de ser también los demandados colidantes de la finca que compraron en el año 1997, siendo necesario que dicha colidancia a su vez de la finca lo sea en el momento del ejercicio del retracto.

En cualquier caso la cuestión analizada anteriormente no supone estimación del recurso de apelación, pues se trata de un argumento expuesto a mayor abundamiento por la sentencia apelada y la razón inicial de la desestimación fue la falta de acreditación por parte del actor del interés agrícola del retrayente y que se confirma en esta alzada.

TERCERO. - En el escrito de oposición a la apelación, los demandados, que carecen de legitimación para recurrir una sentencia que desestima la demanda contra ellos promovida, insisten en que la acción de retracto estaba caducada al tiempo de interposición de la demanda, excepción de caducidad que esta Sala debe compartir con la parte apelada a la vista de toda la prueba obrante en autos y efectivamente, si bien en el supuesto enjuiciado nunca hubo inscripción de la compraventa comenzando a correr el plazo de los nueve días previstos en 1524 del Código Civil desde que el retrayente cuente con un cabal conocimiento de todas las condiciones de la venta, dicho día a quo no puede entenderse que fue cuando el actor tuvo conocimiento de la querrela presentada por Don Darío contra él, su hermana y su cuñado, sino mucho antes pues estaba en condiciones de enterarse de las condiciones de la venta de 1997 si ya veía a Don Darío en la finca con solo preguntar a su hermana D^a Apolonia, que fue la que le vendió a él parte de su finca en documento privado en el año 1996 y la que un solo año después le vendió a los demandados la finca a retraer, siendo además uno de los motivos



para la absolución del actor, su hermana D^a Apolonia y su esposo, vendedores comunes de la partes, del delito de estafa y falsedad del que se les acusaba en la querrela presentada por Don Darío en el año 2005, al inscribir el actor toda la finca registral NUM000 como de su propiedad en virtud de la escritura de 2004 cuando él solo había adquirido de su hermana parte de la misma, decíamos siendo una de las razones de la absolución, tal y como es de ver en las sentencias penales, que Don Darío no había sido inquietado en la pacífica posesión de la finca a retraer, lo que casa poco con el hecho del ocultismo de la venta. Igualmente no da explicación suficiente el actor en su interrogatorio sobre el escrito obrante al folio 62 remitido que él mismo al Ayuntamiento de Santa María de Guía en julio del 2004 cuando alude a la serventía para "un solo vecino" de la finca sur, que obviamente no era su hermana sino Don Darío . En definitiva si el actor no tuvo conocimiento de las condiciones de la venta del año 1997 antes de la interposición de la querrela contra él fue porque no quiso o no lo interesaba.

CUARTO .- Por todo lo expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos procede desestimar el recurso de apelación , con expresa imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho.

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

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Anselmo contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia número 1 de Santa María de Guía de fecha 30 de julio del 2010 en los autos de Juicio Ordinario 186/2005, con expresa imposición de costas al apelante.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Iltma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario, certifico.