



Roj: **SAP M 3448/2015 - ECLI: ES:APM:2015:3448**

Id Cendoj: **28079370092015100098**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **11/03/2015**

Nº de Recurso: **617/2013**

Nº de Resolución: **101/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **BEATRIZ PATIÑO ALVES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

C/ Ferraz, 41 , 914933935 - 28008

Tfno.: 914933935

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0010567

**Recurso de Apelación 617/2013 BL**

**O. Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 05 de Arganda del Rey

Autos de Procedimiento Ordinario 169/2012

**APELANTE:** D./Dña. Jose Pedro y D./Dña. Alicia

PROCURADOR D./Dña. GLORIA MESSA TEICHMAN

**APELADO:** D./Dña. Armando

PROCURADOR D./Dña. AZUCENA SEBASTIAN GONZALEZ

**SENTENCIA NÚMERO:**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 617/2013**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS

**D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO**

**DÑA. BEATRIZ PATIÑO ALVES**

En Madrid, a once de marzo de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario nº 169/2012, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arganda del Rey (Madrid), a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº **617/2013**, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada **D. Armando**, representados por la Procuradora D<sup>a</sup>. Azucena Sebastián González; y, de otra, como demandados y hoy apelantes **D. Jose Pedro y D<sup>a</sup>. Alicia**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Gloria Messa Teichman; sobre acción de retracto de colindante.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE SUSTITUTA LA ILMA. SRA. D<sup>a</sup>. BEATRIZ PATIÑO ALVES.

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**



La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arganda del Rey (Madrid), en fecha 6 de mayo de 2013, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **Fallo** : Se estima íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Kozac Cino, en nombre y representación de Armando , frente a Jose Pedro y Alicia , representado por el Procurador Sra. Carrera Cepedano, y en consecuencia, debo condenar y condeno a la parte demandada a expedir escritura de adjudicación a favor del demandado, que deberá abonar antes el precio pagado de 6.500 euros, más los gastos procedentes, que ascienden a un total de 2.204,68 euros, debiendo abonar el demandado las costas causadas en la presente instancia".

**SEGUNDO** .- Notificada la mencionada sentencia y previos los trámites oportunos, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, del que se dio traslado a la contraparte quien se opuso al mismo, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

**TERCERO** .- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día 4 de marzo del año en curso.

**CUARTO** .- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- ANTECEDENTES Y OBJETO DEL RECURSO.-

El recurso de apelación tiene como antecedentes la demanda de juicio declarativo ordinario en ejercicio de acción de retracto de colindante, interpuesta por D. Armando contra D. Jose Pedro y Dña. Alicia , a fin de que se declare el derecho del demandante a retraer la finca adquirida por los demandados y se le otorgue en el plazo señalado la escritura pública y se aperciba a los demandados que, en el caso de no otorgar dicha escritura, se hará de oficio. Según el demandante, la finca colindante de la que eran propietarios los cónyuges D. Millán y Doña Silvia y D. Jose Pablo se vendió el 2 de febrero de 2012, a los demandados. El precio de la compraventa ascendió a SEIS MIL QUINIENTOS EUROS (6.500 ?). Esta adquisición no fue comunicada al demandante. Por este motivo, el demandante interpuso demanda en tiempo y forma, dejando el importe del valor de la finca consignado en el Juzgado de Arganda del Rey.

D. Jose Pedro y Dña. Alicia contestaron y se opusieron a la demanda de contrario sobre la base de los siguientes hechos: en primer lugar, que no existe ningún derecho de retracto a favor del demandante, pues no ha mencionado ninguna cuestión a tener en cuenta para que pueda llevarse a cabo el retracto de colindantes. En segundo lugar, el actor no es agricultor, sino un taxista jubilado, que no reside en el municipio donde están ubicadas las fincas objeto del presente litigio. En tercer lugar, que la finca objeto del derecho de retracto nunca ha sido cultivada. En cuarto lugar, la finca de la demandante tampoco es objeto de una explotación agrícola. En quinto lugar, para vender la finca, los demandados incurrieron en diversos gastos, cuyo importe total ascendió a DOS MIL DOSCIENTOS CUATRO EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (2.204,68 ?). Por lo tanto, la cantidad total que debería consignar la actora, en el caso de que se admitiese la demanda sería la suma del valor de la finca más los gastos invertidos en la misma para su venta, cuyo valor suma de OCHO MIL SETECIENTOS CUATRO EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (8.704,68 ?). Sin embargo, se solicita que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora.

La Sentencia de 6 de mayo de 2013 , estima íntegramente la demanda, condenando a la parte demandada a expedir escritura adjudicando a favor del demandante, quien deberá de abonar el precio pagado por la finca de SEIS MIL QUINIENTOS EUROS (6.500 ?), más los gastos invertidos en la misma para hacer efectiva la venta, cuyo importe asciende a DOS MIL DOSCIENTOS CUATRO EUROS CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (2.204,68 ?), además de las costas causadas en primera instancia. Según la Juzgadora, el hecho de que el demandante no sea agricultor, no resida en el término municipal donde está ubicada la finca, ni esta se destine a fines agrícolas, no es óbice para negarle el derecho de retracto. En este sentido, se cumplen los requisitos previstos en el artículo 1523 CC , consistentes en (i) se trata de fincas rústicas, (ii) son predios que no están dedicados al cultivo agrícola, aunque se reconoce la pequeña explotación de carácter familiar que posee el demandante, (iii) no son fincas que estén separadas por arrollo acequia, barrancos, caminos ni ninguna otra servidumbre, y, por último (iv) la acción se ejerció en los plazos establecidos en el artículo 1524 CC .

Frente a la citada Sentencia, D. Jose Pedro y Dña. Alicia interpusieron recurso de apelación, fundamentándose en dos motivos: por una parte, la infracción por la incorrecta aplicación e interpretación de los artículos 1521 CC



en su relación con el artículo 1523 CC y siguientes , así como en la reiterada jurisprudencia que los desarrolla. Y, por otra parte, en la incorrecta aplicación del artículo 394 LEC . Por todo ello, se solicita que se estime el recurso de apelación y, consecuentemente, se revoque la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, nº 5, de Arganda del Rey, de 6 de mayo de 2013 , con expresa condena en costas a la actora en ambas instancias.

Por su parte, D. Armando se opone al recurso de apelación, sobre la base de las siguientes alegaciones: en primer lugar, considera que se ha aplicado correctamente el artículo 1521 CC en relación con el artículo 1523 CC y siguientes , así como la jurisprudencia que los interpreta. En segundo lugar, considera que tampoco se infringe el artículo 394 LEC , toda vez que el caso no plantea ningún tipo de dudas de hecho o de derecho. Por consiguiente, se solicita que se desestime el recurso de apelación y se confirme íntegramente la Sentencia de Instancia, con expresa condena en costas a la demandada apelante en ambas instancias.

**SEGUNDO** .- PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE APELACIÓN: INCORRECTA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1521 CC EN SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1523 CC Y ERRÓNEA INTERPRETACIÓN QUE LA JURISPRUDENCIA REALIZA DE LOS MENCIONADOS PRECEPTOS.

Según la apelante, los requisitos previstos en el artículo 1523 CC deben ser interpretados jurisprudencialmente. De esta forma, podrían concurrir todos los requisitos previstos en el mencionado artículo, pero no concederse el derecho de retracto porque no se justifica el interés público de mejorar una producción agrícola, pecuaria o ganadera. Por este motivo, el recurrente considera que, además de cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 1523 CC , se debe investigar la finalidad perseguida por el actor, al ejercer su derecho de retracto. Finalmente, añade que el retracto de colindantes está destinado a evitar la excesiva división de la propiedad en interés de la agricultura, finalidad que se torna en irrefutable interés público o general. Por lo tanto, y centrándose en el presente procedimiento, considera que no estamos ante un derecho de retracto por los siguientes motivos: (i) la profesión del demandante fue taxista (ahora jubilado), no agricultor; (ii) la finca del actor recoge productos de temporada para consumo familiar; (iii) el demandante no ha acreditado que desee ejercer su derecho de retracto para contribuir al fin social de eliminar el minifundio y contribuir a la riqueza del país.

A la vista de lo expuesto, el artículo 1523 CC establece lo siguiente: *"También tendrán derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.*

*El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.*

*Si dos o más colindantes usan el retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos tuvieran igual, el que primero lo solicite".*

Pues bien, ante lo expuesto por el apelante, debemos señalar que los requisitos previstos en el artículo 1523 CC también se han acuñado jurisprudencialmente en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 1930 , la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 1950 y la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1965 . Concretamente, en estas resoluciones se dispone que los requisitos del derecho de retracto de colindantes son los siguientes: (i) que se trate de una finca rústica, (ii) que sean contiguas, (iii) que no tenga una cabida mayor de una hectárea, (iv) y que se haya producido su venta a quien no ostentaba el derecho de retracto. En este sentido, también podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2000 , que afirmó *"Resulta hecho probado firme, del que necesariamente ha de partirse, que la finca que se pretende retraer tiene una cabida de 10.781 metros cuadrados, por lo tanto superior a una hectárea, que es uno de los requisitos que el artículo 1523 exige, juntamente con la condición de ser rústica, tratarse de fincas contiguas y haberse producido la venta ( SS. de 21-2-1930 [ RJ 1930\31 , RJ 1930\699 ], 26-12-1950 [ RJ 1951\71 ], 21-4-1956 [ RJ 1956\1570 ] y 30-6-1965 [ RJ 1965\3957 ]).*

En relación con la calificación de rústica de una finca, se ha llegado a la determinación de que un predio no es urbano o rústico, según la calificación que le otorguen los interesados, al verificarse la transmisión. Para realizar esta calificación se deben tener en cuenta las siguientes circunstancias: (i) por su situación en el campo o en la ciudad, (ii) por su aprovechamiento, explotación agrícola o vivienda, industria o comercio; (iii) si concurren los dos elementos anteriores, por la preponderancia de uno de ellos sobre el otro. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1972 , se centraba ya, casi exclusivamente, en que el predio hubiese sido calificado como rústico, tal y como se dispuso al manifestar lo siguiente: *"Que la finalidad del retracto de colindantes, verdadera limitación al principio de libre disposición nuevo en nuestro derecho, es como dice la exposición de motivos «facilitar», con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial allí donde este exceso ofrece obstáculos insuperables al desarrollo de la riqueza, concepción finalista que proyecta luz a la hora de aplicar los preceptos del Código Civil referentes a la institución, en las que se exige como primera condición que se trate de «finca rústica», concepto que aunque no se define en*



**el Código Civil no cabe aplicar como con acierto afirma la instancia a la de autos; pues, su ubicación entre edificaciones que son viviendas y locales de negocio de un centro urbano en expansión, con servicios, viales y de alumbrado convierten en accidental su explotación agrícola y frustra la finalidad de la misma".**

En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1991, que manifestó: "Se refiere la cuestión debatida en el presente recurso, al ejercicio de un retracto legal de colindantes o asurcanos que autoriza el artículo 1523 del Código Civil, exigiendo para su viabilidad los siguientes requisitos: **A) Ser propietario de las tierras colindantes; B) Que se trate de la venta de una finca rústica; C) Que ésta no exceda de una hectárea; y D) Que las fincas en cuestión no estén separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos, u otras servidumbres aparentes; institución, o limitación legal del ejercicio del derecho de propiedad, que tuvo su razón de ser, según la intencionalidad manifestada por el propio legislador, en el propósito determinado y concreto de corregir, en lo posible, la exagerada división de la propiedad rústica, allí donde este exceso ofrece obstáculos para el desarrollo de la riqueza; propósito que aparece nominado, más por el interés público, que por el provecho de los particulares. A lo largo de la litis, el caballo de batalla del problema discutido, ha girado exclusivamente en torno a dos cuestiones fundamentales; el carácter de finca rústica o urbana que corresponde a la parcela retraída, y el alcance y extensión que deba darse a los reembolsos que prescribe el artículo 1518 del Código Civil, puesto en relación con el artículo 1525 del mismo cuerpo legal. El Tribunal «a quo» centra su argumentación expositiva en la primera de las cuestiones, que directamente relaciona con la intencionalidad de la institución, llegando a la conclusión de que no se trata de un suelo rústico sino urbano, motivo por el cual deniega la solicitud de retracto postulada en la demanda. Contra esta argumentación van orientados fundamentalmente los dos motivos del presente recurso, el primero planteado por el cauce procesal del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el segundo denunciando la infracción de los artículos 1523, 1511 y 1518 todos del Código Civil. El apoyo documental que se cita, conduce razonablemente a una solución distinta de la mantenida en la sentencia recurrida: **A) Las fotografías incorporadas al acta notarial levantada a instancia del demandado con fecha 1-9-1988, muestran la existencia de una casa en construcción, rodeada de unas tierras dedicadas al cultivo de árboles frutales y huerta, sin que, hasta donde alcanza el panorama fotografiado, se pueda apreciar la presencia del casco urbano de Reus; B) En la escritura de compra de la finca retraída, las partes contratantes hacen constar: «la parte vendedora declara, bajo pena de falsedad, que dicha finca se halla libre de arriendos y aparcería, y que no ha hecho uso, en los seis años anteriores a esta venta, del derecho que concede al arrendador el artículo 26.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos ( RCL 1981\226 y ApNDL 1975-85, 731)»; C) Se describe la finca como «pieza de tierra sita en el término de Reus, partida "Campodrán o Roquis", avellanos y otros árboles, cabida cincuenta y cuatro áreas, tres centiáreas, linda ... etc»; D) El Ayuntamiento de Reus certifica: «Que según las normas subsidiarias aprobadas definitivamente el 18-4-1984, los terrenos situados en el Polígono NUM000, parcela NUM001 están clasificadas de suelo no urbanizable, con calificación de suelo rústico»; y E) La finca de la parte actora consta que está plantada también de avellanos y frutales, según la certificación de la Cámara Agraria Local de Reus, fechada en 17-1-1989, lo que permite pensar en una unidad de cultivo.****

Frente a esta contundente prueba documental la Sala de instancia basa sus conclusiones en simples «indicios», como textualmente reconoce: atribuye a la parte recurrente fines especulativos, por el hecho de que la anciana señora retrayente no cultive directamente la finca de su propiedad, y la tenga cedida a un familiar; califica el precio satisfecho en la compraventa como excesivo, sin que en autos conste valoración pericial alguna, apareciendo realmente pagada la finca a razón de poco más de 700 ptas. el m.<sup>2</sup>; la proximidad al núcleo de población carece totalmente de justificación en las actuaciones; y basta leer la certificación del Ayuntamiento de Reus de fecha 6-2-1989, para pensar que la Corporación Municipal tiene fundados motivos para entender, que no está sujeta al impuesto de plus valía la enajenación de la finca de autos.

La exposiciones y razonamientos que acabamos de formular, conducen a la estimación del primero de los motivos del presente recurso, y a la consiguiente casación de la sentencia recurrida, **al resultar acreditado el carácter de fincas rústicas que los predios implicados ostentaban en el momento de la enajenación**, y sin que, por otra parte, exista constancia de que la parte retrayente intente contradecir o desvirtuar, el espíritu e intencionalidad con que fue dictado el precepto que sirve de base a la presente institución retractual".

Ahora bien, no debemos olvidar que la jurisprudencia estableció la justificación del retracto de colindantes en el interés público, a fin de evitar un excesivo minifundismo, prevaleciendo el interés de la agricultura, sobre intereses económicos particulares.

A la vista de todo lo expuesto, y centrándonos en este caso concreto, en primer lugar, debemos señalar que se cumplen todos los requisitos que exige el artículo 1523 CC. En segundo lugar, según se desprende del Informe pericial realizado por D. Santiago, en la finca de la demandada no se aprecian cultivos, ni se han llevado a cabo desde hace -al menos- tres años. Por el contrario, en la finca del demandante hay sembradas (i) dieciocho matas de alcachofas para consumo familiar, (ii) siete olivos, (iii) treinta y siete ciruelos, (iv) nueve perales, (v) cuarenta y cinco vides, (vii) un membrillo, (viii) trece manzanos, (ix) cuatro avellanos, (x) ocho nogales, (xi)



dos higueras, (xii) una acacia y treinta y (xiii) dos chopos de distintas edades y tamaños. En tercer lugar, esta Sala considera que si se reconoce el derecho a retraer la finca adquirida por los demandados al demandante justificará en mayor medida que el retracto se realiza por un interés público, pues entendemos que la finca pasará a tener más cultivos y además, claramente, evitará el minifundismo. Desde luego, si la jurisprudencia claramente manifiesta que se deberán estudiar las circunstancias específicas de cada caso concreto, resulta evidente que si se reconoce el derecho de retracto sobre la finca de los demandados, otorgándosele la propiedad al demandante, se cumplen los fines sociales, que exige la jurisprudencia. No debemos olvidar que si la finca de los demandados se une a la del demandante el fin de evitar el minifundismo, prevaleciendo el interés de la agricultura, aunque el demandante no tenga una explotación agrícola de carácter profesional, se cumple.

Por todo ello, esta Sala desestima el primer recurso de apelación interpuesto por D. Jose Pedro y Doña Alicia .

**TERCERO** .- SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE APELACIÓN: INCORRECTA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 394 LEC .

La apelante sostiene que los criterios de imposición de las costas serán el vencimiento y la mala fe. En este sentido, considera que las costas deberían ser proporcionales a la ausencia de mala fe por parte de los demandados. Además, según la recurrente, el presente supuesto es complejo, toda vez que la jurisprudencia complementa los requisitos establecidos en los artículos 1521 CC y ss . Pues bien, en relación con los requisitos exigidos entiende la representación legal de los demandados que no concurrían antes de interponer la demanda, quedando acreditada su inexistencia, justificando la oposición al derecho de retracto de D. Jose Pedro y Doña Alicia .

A este respecto, debemos manifestar que el artículo 394.1 LEC , establece "*En los procesos declarativos, las costas de primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*".

La aseveración realizada por la apelante no se puede fundamentar jurídicamente, al no estar prevista en el artículo 394 LEC . Este precepto establece el criterio de vencimiento, no imponiéndose las costas a la parte vencedora. Sostienen las demandadas que no han actuado con mala fe. Sin embargo, esta regla no tiene acogida en el mencionado artículo 394 LEC . A la vista de lo expuesto, debemos afirmar que D. Jose Pedro y Doña Alicia no han visto estimadas sus pretensiones. En consecuencia, se les condena al pago de las costas. En este sentido, se está aplicando el criterio de vencimiento y, por ello, se imponen las costas a los demandados, que vieron frustradas todas sus pretensiones.

Por lo todo lo anterior, procede desestimar el recurso, confirmando la sentencia de instancia.

**CUARTO** .- COSTAS PROCESALES.-

La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante, según establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

## FALLAMOS:

Que debemos desestimar en su integridad el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Jose Pedro y Doña Alicia , contra la Sentencia nº 40/2013, de 6 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Arganda del Rey , confirmando dicha resolución en su integridad, con la imposición expresa en costas a la apelante y con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Contra esta resolución y de acuerdo con el artículo 208.4 de la LEC , no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de aquellos extraordinarios de infracción procesal o casación que puedan interponerse, al amparo de los artículos 469 y 477 de la LEC , caso de concurrir los requisitos legales, cuya interposición se llevará a cabo ante esta Sala, en el plazo de los veinte días siguientes a aquel en que se tenga por preparado.

Notifíquese la presente resolución a las partes y devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia con copia certificada de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, que no es susceptible de recurso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico