



Roj: **SAP C 265/2017 - ECLI: ES:APC:2017:265**

Id Cendoj: **15030370042017100057**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **16/02/2017**

Nº de Recurso: **61/2017**

Nº de Resolución: **57/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00057/2017

N10250

CAPITAN JUAN VARELA S/N

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

MP

**N.I.G.** 15059 41 1 2016 0000236

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000061 /2017**

**Juzgado de procedencia:** XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.2 de ORDES

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000110 /2016

Recurrente: Marí Luz

Procurador: MARIA ELISA GARCIA FERNANDEZ

Abogado: PABLO FRAGA VARELA

Recurrido: Jose Ángel , Delfina

Procurador: JOAQUIN NUÑEZ PIÑEIRO, JOAQUIN NUÑEZ PIÑEIRO

Abogado: JOSE MANUEL RECOUSO SILVEIRA, JOSE MANUEL RECOUSO SILVEIRA

**S E N T E N C I A**

**Nº 57/17**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**CIVIL-MERCANTIL**

**ILTMOS. SRS. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ**

**PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN**



En A Coruña, a dieciséis de febrero de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000110 /2016, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de ORDES, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000061 /2017, en los que aparece como parte apelante, Marí Luz , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA ELISA GARCIA FERNANDEZ, asistido por el Abogado D. PABLO FRAGA VARELA, y como parte apelada, Jose Ángel , Delfina , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOAQUIN NUÑEZ PIÑEIRO, asistido por el Abogado D. JOSE MANUEL RECOUSO SILVEIRA, sobre ACCION DE RETRACTO DE COLINDANTE.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 DE ORDES de fecha 7-11-16. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que desestimando íntegramente la demanda presentada en nombre y representación de DOÑA Marí Luz contra DON Jose Ángel Y DOÑA Delfina debo declarar y declaro no haber lugar al retracto ejercitado, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Se imponen las costas procesales a la parte actora".

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO: Planteamiento del litigio en la alzada.-**

Es objeto del presente litigio, sometido a consideración judicial en esta alzada, la demanda de retracto de colindantes, que es formulada por la actora D<sup>a</sup> Marí Luz contra los demandados D. Jose Ángel y su esposa D<sup>a</sup> Delfina , a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial, que proclamase haber lugar a dicho retracto y se le tenga por subrogada en la adjudicación y titularidad de la parcela litigiosa, todo ello por concurrir los requisitos contemplados en los arts. 1523 a 1525 del Código Civil (en adelante CC).

Igualmente en la demanda se indica expresamente que la demandante "ofrece caución que ingresará en la cuenta corriente del Juzgado en cuanto se haya asignado número de procedimiento, consistente en al menos el valor de tasación obrante en la convocatoria de la subasta de 3.399,75 euros, sin perjuicio de cubrir la totalidad del precio y gastos una vez resulten acreditados por la parte demandada".

Seguido el juicio en todos sus trámites, con oposición de la parte demandada, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Ordes, que desestimó la demanda, con fundamento en sendas razones. La primera de ellas por no haber consignado en plazo, ni ofrecido caución del precio de la venta, y la segunda por improcedencia del retracto, al ser igualmente colindantes los demandados con otra finca de menos cabida, adquirida en la misma subasta, que la que constituye el objeto de este proceso.

Contra la referida resolución judicial interpone la demandante el correspondiente recurso de apelación, el cual no ha de ser estimado, ratificándose la sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos.

#### **SEGUNDO: Sobre los hechos declarados probados.-**

A los efectos decisorios de la presente controversia judicializada hemos de partir de los siguientes hechos que expresamente declaramos probados:

A) La actora es propietaria de la finca rústica, número NUM000 del Polígono NUM001 , de 1 hectárea, 29 áreas y 85 centiáreas, sita en el lugar de DIRECCION000 , ayuntamiento de Trazo (A Coruña), perteneciente a la Concentración Parcelaria de DIRECCION001 , que linda por el viento Oeste con la finca n° NUM002 del mismo polígono objeto de retracto.

B) Los demandados adquirieron la precitada finca rústica n° NUM002 , de 75 áreas y 55 centiáreas, en virtud de subasta pública. La referida finca fue tasada por resolución de 1 de octubre de 2015 del Delegado de Economía y Hacienda de A Coruña, en la suma de 3.399,75 euros, y por resolución del 5 de octubre siguiente se convocó subasta pública para proceder a su enajenación juntos con otros inmuebles, la cual fue anunciada en el BOE y BOP de 15 de octubre, para ser celebrada el 17 de diciembre de dicho año, siendo el mejor postor el demandado



que la adquirió para su sociedad legal de gananciales en la suma de 4100 euros. El 17 de febrero de 2016 se acuerda la enajenación a favor de los demandados por orden del Ministro de Hacienda.

C) Por medio de documento administrativo de formalización de compraventa de finca rústica de 21 de abril de 2016, la Administración General del Estado vendió la referida finca al demandado D. José Ángel , que la adquiere para sí y para su sociedad legal de gananciales constituida con su mujer D<sup>a</sup> Delfina , por el precio de 4100 euros.

D) De igual forma, en la misma subasta, los demandados adquirieron para su sociedad de gananciales la finca n<sup>o</sup> NUM003 del polígono, que lida a su vez, con la finca n<sup>o</sup> NUM002 , de una superficie de 16 áreas y 80 centiáreas, por el precio de 722,40 euros, según documento administrativo de formalización de compraventa de finca rústica de 21 de abril de 2016.

E) La demanda se interpuso el 12 de abril de 2016, en ella la demandante "ofrece caución que ingresará en la cuenta corriente del Juzgado en cuanto se haya asignado número de procedimiento, consistente en al menos el valor de tasación obrante en la convocatoria de la subasta de 3.399,75 euros, sin perjuicio de cubrir la totalidad del precio y gastos una vez resulten acreditados por la parte demandada", por decreto de 22 de abril de 2016 se admite a trámite la demanda y se da número al procedimiento 110/2016 del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 2 de Ordes, pese a lo cual la actora no asume su compromiso de constituir la caución ofertada.

F) El 24 de mayo de 2016, se contesta a la demanda y ese mismo día se le da traslado a la actora de dicha contestación con sus documentos, en los que se encuentra el de venta, con las concretas condiciones en las que se lleva a efecto la compra de la parcela litigiosa n<sup>o</sup> NUM002 . El 6 de junio de 2016, la demandante ingresa la suma de 6000 euros en la cuenta del Juzgado. Por éste se le requiere, mediante diligencia de ordenación de 13 de junio, para que especifique el concepto en que realiza dicho ingreso, lo que se le notifica, por vía telemática, el 15 de junio, especificando la apelante, mediante escrito presentado el 23 de junio siguiente, el destino de la suma ingresada a los efectos del retracto de colindantes entablado.

### **TERCERO: Del ejercicio en forma del retracto.-**

No se cuestiona en este caso que el retracto se ejercitó dentro del plazo, sino la forma en el que el mismo se llevó a efecto.

Según lo dispuesto en el art. 266.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) a la demanda necesariamente se habrá de aportar, bajo la consecuencia de inadmisión ( art. 269 en relación con el art. 403 LEC ), "los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere".

En este caso, se cumplió el requisito de la aportación del título del retrayente, si bien no se consignó el precio al manifestar desconocerlo, llamando la atención como la actora presenta escrito en la Delegación de Hacienda de A Coruña, con fecha 5 de febrero de 2016, en el que manifiesta conocer la fecha en que se llevó a efecto la subasta litigiosa, interesando se le "informe de los datos identificativos (nombre y dirección) del adjudicatario de la parcela a los efectos de permitir el ejercicio de mis derechos como propietaria de la finca colindante", lo que se le facilita por dicha Delegación, por escrito de 31 de marzo, registro salida de 4 de abril, sin interesar sin embargo el precio de la venta, dato que podría fácilmente obtener de esta forma para ejercitar lealmente su acción, máxime al tratarse de un precio oficial obtenido en subasta pública.

No obstante, admitiendo que desconociera el precio, si bien en la demanda manifestó tener constancia del correspondiente a su tasación, no cumplió con el requisito de constitución de la caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere; y si bien indicó expresamente que lo haría al conocer el número del procedimiento, tampoco la constituyó, sino que lo hizo con posterioridad a que los demandados contestaran a la demanda, con la que aportaron el documento de venta en que constaba el precio de la enajenación.

Es más se le dio traslado de dicho documento el mismo día de la contestación, el 24 de mayo de 2016, no ingresando la cantidad hasta el 6 de junio siguiente, fuera del plazo de los 9 días, que vencían el jueves día 2 de junio, y, además, sin escrito acreditativo del concepto en que se lleva efecto tal ingreso, lo que motivo el requerimiento del Juzgado.

La jurisprudencia ha señalado, por ejemplo en las SSTS 534/2006, de 29 de mayo o de 30 de septiembre de 1992, que «el plazo de nueve días tiene la naturaleza propia de la caducidad, no admitiéndose por consiguiente interrupción alguna del mismo; que dentro del referido plazo es obligado presentar la demanda y hacer la consignación, aunque estos trámites no se efectúen al mismo tiempo".



Se trata además de un plazo civil, por lo que, en su cómputo no se descuentan los días inhábiles, siendo inaplicables las reglas de los plazos procesales, aunque excepcionalmente se admitió conforme al art. 182 de la LOPJ y 135 de la LEC que cuando el mismo venza en día procesalmente inhábil es válida la presentación de la demanda en el primer día siguiente a aquél en que finaliza el plazo para su ejercicio ( SSTS de 29 de abril de 2009 y 30 de abril de 2010 relativo al retracto arrendaticio urbano y 28 de julio de 2010 , respecto al retracto de comuneros), mas en este caso el plazo finalizó en día hábil.

Por su parte, se ha declarado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la brevedad del mentado plazo no vulnera el derecho a tutela judicial efectiva ( STC de 24 de febrero de 1994 ), al estar justificado por la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica y no dejar en suspenso la eficacia de las transmisiones durante un tiempo demasiado amplio, con la consiguiente incertidumbre que generaría -para quien adquiere- la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto legal ( STS 509/2013, de 22 de julio ), sin que sea posible subsanar la extemporaneidad e incumplimiento de un plazo ( SSTC 117/1986 y 157/1989 ).

Es cierto que la consignación o caución puede realizarse posteriormente a la demanda siempre que se haga dentro del plazo de caducidad, pero una vez transcurrido tal plazo se considera el defecto insubsanable ( STS 29 de mayo de 2006 ).

Pues bien, en este caso, no se constituyó caución para garantizar el precio, e incluso, una vez conocido, tampoco se consignó en plazo, por lo que la desestimación del recurso de apelación por este motivo deviene clara.

#### **CUARTO: Sobre la concurrencia de colindantes y la preferencia del adquirente del predio de menor cabida.-**

El presente caso contiene unas concretas connotaciones, que no están expresamente contempladas en la ley, en tanto en cuanto derivan de que los demandados adquieren, en la misma subasta y por contratos de la misma fecha, sendas fincas colindantes, la que es objeto de retracto NUM002 y otra contigua a ésta la NUM003 , de manera tal que el matrimonio judicialmente interpelado tenía la condición de propietario ganancial de la finca NUM003 , que linda con la litigiosa ( NUM002 ), en su condición de adjudicatarios en subasta de ambas fincas rústicas.

Esta situación genera una colisión de derechos, por un lado, el de la actora, como titular de la finca colindante ( NUM000 ) con la NUM002 , que pretende ejercitar su derecho de retracto del art. 1523 del CC .

Pero, por otra parte, los intereses de los demandados, que también son colindantes, al haber adquirido las fincas NUM002 y NUM003 en la misma subasta, con toda probabilidad en consideración del carácter colindantes de las mismas y para su aprovechamiento conjunto, de manera tal que, de prosperar el retracto, se quedarían con una finca nº NUM003 de muy escasa superficie y nulo aprovechamiento agrario (16 a y 80 ca), en contraste con la correspondiente a la finca titularidad de la actora (1 ha, 29 a y 85 ca), a la que habría que añadir la superficie de la litigiosa NUM002 de 75 a y 55 ca.

Por otro lado, existe también un interés público en juego de conseguir la finalidad pretendida exteriorizada en la exposición de motivos del CC de "facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece un obstáculo insuperable para el desarrollo de la riqueza", en definitiva evitar el minifundio y mejorar la producción agrícola ( SSTS 19 de octubre de 1981 , 29 de octubre de 1985 , 20 de julio de 2004 o 2 de febrero de 2007 ), por lo que subyace en la materia igualmente un interés primordialmente público o social ( SSTS 4 de febrero de 2008 y 26 de febrero de 2010 ).

Es también criterio jurisprudencial reiterado que la finalidad del retracto exige que la enajenación que da lugar al nacimiento del derecho de adquisición preferente se haga a un no colindante ( SSTS 26 de noviembre de 1895 , 4 de diciembre de 1896 , 8 de marzo de 1901 , 18 de noviembre de 1960 o 13 de febrero de 1987 ).

Pues bien, en función de las consideraciones expuestas, estimamos que tampoco el retracto de colindantes debiera prosperar, pues los demandados son también colindantes con la finca objeto de retracto, al haber sido los adjudicatarios de las números NUM002 y NUM003 en la misma subasta, sin que tal circunstancia de adquisición en el mismo acto jurídico permita cuestionar la condición de colindante, que la tenían al presentarse la demanda.

En este sentido, ya se ha expresado la SAP de A Coruña, sección 6ª, de 30 de junio de 2015 , en la que se razona: "En el caso presente el surgimiento de la condición de colindante del demandado no es previa a la enajenación de la finca que se pretende retraer, pero nace en ese mismo momento, y estima esta Sala que la situación, en esencia y atendida la finalidad de la institución, es la misma que en las resoluciones citadas determinó la desestimación del retracto".



Por otro lado, en el caso de colisión de retrayentes, conforme al art. 1523 del CC , será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite. En este caso, la finca NUM003 de los demandados es de menor cabida que la finca NUM000 de la actora.

Por último, la agrupación de las fincas NUM002 y NUM003 favorece la concentración de los predios rústicos, evitando la subsistencia de una finca como la NUM003 , de muy escasa rentabilidad, de no agruparse con la litigiosa.

#### **QUINTO: Sobre la imposición de costas y destino del depósito**

##### **constituido para recurrir.**

Por todo ello, el recurso interpuesto no deber ser desestimado confirmando la sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos, lo que conduce a la preceptiva imposición a la demandante de las costas de la alzada a tenor del art. 398 LEC .

Según la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ la desestimación del recurso de apelación conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir.

#### **FALLAMOS**

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado Primera Instancia nº 2 de Ordes, con imposición de las costas procesales de ambas instancias a la parte demandada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Esta resolución no es firme en Derecho y contra ella cabe recurso de casación, por interés casacional, y, en tal caso, extraordinario por infracción procesal a interponer en el plazo de 20 días en este mismo tribunal para su conocimiento por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.