



Roj: **SAP HU 77/2017 - ECLI: ES:APHU:2017:77**

Id Cendoj: **22125370012017100077**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huesca**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2017**

Nº de Recurso: **225/2016**

Nº de Resolución: **51/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GONZALO GUTIERREZ CELMA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

HUESCA

SENTENCIA: 00051/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

HUESCA

Sección 001

Domicilio : CALLE CALATAYUD ESQUINA IRENE IZARBEZ

Telf : 974-290145

Fax : 974-290146

Modelo : 001360

N.I.G.: 22125 37 1 2016 0100936

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000225 /2016

Juzgado procedencia : JDO. 1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.5 de HUESCA

Procedimiento de origen : ORDINARIO RETRACTO-249.1.7 0000022 /2016

RECURRENTE : Imanol

Procurador/a : JAVIER LAGUARTA VALERO

Abogado/a : PEDRO JAVIER CAMARERO RODRIGUEZ

RECURRIDO/A : Mateo , Loreto

Procurador/a : NATALIA FAÑANAS PUERTAS, NATALIA FAÑANAS PUERTAS

Abogado/a : Mateo , Mateo

Apelación Civil 225/16 S010317.1G

Sentencia Apelación Civil Número 51

PRESIDENTE *

SANTIAGO SERENA PUIG *

MAGISTRADOS *

GONZALO GUTIÉRREZ CELMA *

JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO *



*

En Huesca, a uno de marzo de dos mil diecisiete.

En nombre del Rey, la Audiencia provincial de Huesca ha visto, en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario número 22/16 seguidos ante el juzgado de primera instancia 5 de Huesca, promovidos por **Imanol**, dirigido por el letrado don Pedro Javier Camarero Rodríguez y representado por el procurador don Javier Laguarda Valero, contra **Mateo Y Loreto**, como demandados, defendidos por el letrado don Mateo y representados por la procuradora doña Natalia Fañanás Puertas. Se hallan los autos pendientes ante este tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 225 del año 2016 e interpuesto por el demandante, **Imanol**. Es ponente de esta sentencia el magistrado GONZALO GUTIÉRREZ CELMA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

SEGUNDO : El indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 25 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "**FALLO** Que desestimando íntegramente la demanda presentada por el procurador señor Laguarda Valero, en nombre y representación de **Imanol**, debo absolver a los demandados de todas las pretensiones que contra los mismos se dirijan. Con declaración expresa en materia de condena en costas. Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación. Notifíquese a las partes personadas".

TERCERO : Contra la anterior sentencia, el demandante Imanol, interpuso recurso de apelación presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la nulidad de la sentencia recurrida. A continuación, el juzgado dio traslado a los demandados, **Mateo Y Loreto**, para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, los apelados formularon en tiempo y forma escrito de oposición, solicitando la confirmación de la sentencia apelada con expresa imposición de costas. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de diez días ante esta Audiencia y se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número **225/2016**. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que tuvo en el pasado día 27 de febrero. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia en todo lo que no se opongan a los que a continuación se expresan.

SEGUNDO : Solicita el recurrente, tal y como consta al folio 146, que se declare la nulidad de la sentencia recurrida. Tal pretensión no puede prosperar pues ni siquiera en el recurso se invoca causa alguna de nulidad. Debemos entender que tal petición, dirigida expresamente a esta Audiencia Provincial, es una error de la parte y que la misma lo que interesa, según suplicó al juzgado en ese mismo folio 146, es que se revoque la sentencia apelada para que se dicte otra "en la que se estimen las pretensiones de esta parte conforme a los pedimentos contenidos en el cuerpo de este escrito, con condena en costas a la parte contraria". Tan inexpresiva súplica obliga a este tribunal a indagar en el cuerpo de dicho escrito en búsqueda de los pedimentos de la parte los cuales tan poco vienen especificados en el cuerpo del escrito por el que se interpone la apelación de modo que a este tribunal ya sólo le queda dar por supuesto que lo que el apelante quiere es que se estime íntegramente su demanda que, en definitiva, es la que quedó íntegramente desestimada en la sentencia apelada.

Delimitados así los términos del recurso tenemos que el mismo no puede prosperar, en lo sustancial, por los propios fundamentos de la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal en todo lo que no se opongan a los expuestos en esta misma resolución, en la que debemos comenzar por reconocer al apelante que es cierto que la falta de consignación o aval del precio y gastos, que la propia parte demandante ofreció al folio 4, no debe ser impedimento para el retracto desde el momento que el Tribunal Constitucional tiene repetidamente declarado, últimamente en la sentencia de 08 de junio de 2015 (ROJ: STC 115/2015 - ECLI:ES: TC:2015:115, Sentencia: 115/2015 - Recurso: 1040/2014) que « *la carga procesal de consignar no puede deducirse del art. 1518 CC pues "el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el art. 1518 CC "no es "un requisito para la admisión a trámite de la demanda" sino un "requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo" ».*



TERCERO : Por otra parte, la sentencia también hizo constar, en el último inciso del fundamento segundo, que no se había acreditado por el actor "su cualidad de agricultor". El recurrente resalta que para el retracto de colindantes ejercitado no es preciso ser profesional de la agricultura y ello es cierto. Así lo dijimos ya en nuestra sentencia de 17 de mayo de 1999 en la que, siguiendo la doctrina jurisprudencial, ya indicamos que " *la "ratio legis" del retracto de colindantes estriba en la necesidad de reunir pequeños predios rústicos, suprimiendo los minifundios, a fin de mejorar la producción agrícola, facultando con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial. Ahora bien, esta finalidad perseguida por el legislador no precisa en modo alguno para que se cumpla que el retrayente sea un profesional de la agricultura, sino que basta con que la propiedad a que se pretende unir la finca retraída estén explotadas agrícolamente con lo que se cumple la exigencia de mejorar la producción agrícola* ". Pero es que en el caso tenemos que las fincas invocadas en la demanda, registrales 600 y 601, tampoco están explotadas agrícolamente sino que forman parte de la misma instalación industrial que se pretende retraer, tal y como puede apreciarse en la pericial de los folios 90 y siguientes de forma que una es una construcción enclavada en la finca litigiosa, adosada a la nave, y otra linda por el oeste sin ninguna separación física (folio 92) a lo que debemos añadir que el perito en el acto del juicio precisó al minuto 00:06:16 y siguientes que la nave del recurrente está comunicada con la nave objeto de retracto sin división interior entre ambas; y al minuto 00:07:22 y siguientes que la otra parcela del demandante forma parte de la misma plataforma de asfalto existente en la finca retraída, siendo del todo indiferente que en lindero norte existan fincas cultivadas pues ninguna de ellas fue aducida en la demanda como que fueran propiedad del demandante para fundar en ellas la colindancia propia de este retracto. Lo esencial es que ni la finca retraída ni las colindantes invocadas para el retracto son en realidad fincas rústicas, pues tienen instaladas una industria, hoy sin actividad, pero que para demolerla y convertir la parcela en cultivable habría que invertir 79.001,36 euros (folio 103) lo que contrasta con el precio propio de una finca rústica que es de 3.920 euros la hectárea (folio 103) y con los 28.000 euros pagados como precio por la adquisición de la finca que da lugar al retracto, con terreno de ochenta y ocho áreas, sesenta y ocho centiáreas y veinticinco decímetros cuadrados y con una nave de setecientos veintitrés metros, setenta y cinco decímetros cuadrados (folio 40).

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de junio de 2007 (ROJ: STS 4264/2007 -ECLI:ES: TS:2007:4264, Sentencia: 689/2007 - Recurso: 2650/2000) señala que " *hay que compartir los razonamientos de la Audiencia Provincial cuando, para desestimar el recurso, se basa en la función social de la propiedad del artículo 33.2 de la Constitución Española , puesto que el retrayente no está cultivando totalmente la finca de la que es propietario, ni consta que sea agricultor, sino que se dedica a la hostelería y tiene su domicilio en la provincia de Gerona, por lo que no se puede decir que su acción haya pretendido la unión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción, debiendo ser interpretado el precepto según la realidad social del tiempo en que es aplicado tal y como señala el artículo 3.1 del Código Civil (y ha recordado esta Sala reiteradamente, por todas la más reciente de 2 de febrero de 2.007, que cita a su vez las sentencia de 12 de febrero de 2.000 y 20 de julio de 2.004)* ". En el caso el recurrente no vive a gran distancia de las fincas pero ni siquiera cultiva las que en su demanda invocó como colindantes para fundar su retracto y en el propio acto del juicio su representación procesal, al minuto 00:10:55 y siguientes, indicó que la familia del actor tiene como actividad principal la promoción inmobiliaria y lo cierto es que no se ha acreditado que el actor cultive ni una sola finca, colindante o no con la retraída, pues su condición de agricultor, profesional o no, no pasa de ser una mera alegación de la parte sobre la que no se practicado ninguna prueba. En este sentido es de resaltar que el perito, cuando declaró en el juicio, lo único que recordaba haber visto en la nave del demandante es un tractor y la alegación del recurrente en su escrito de apelación afirmando al folio 142 que está de alta en servicios agrícolas y ganaderos no pasa de ser una mera alegación de parte por más que se haya plasmado, en dicho escrito, siguiendo el formato del modelo 036 de la Agencia Tributaria, que no ha sido aportado a estos autos, tampoco con el escrito interponiendo el recurso de apelación, sin duda porque la parte sabía perfectamente que si lo hubiera aportado este tribunal habría tenido que devolvérselo en cumplimiento del artículo 272 en relación con el 460.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

CUARTO : En cualquier caso, aunque partiéramos del que el actor cultiva alguna finca, tenemos que no cultiva las colindantes invocadas en la demanda y la retraída, según afirmó el perito al minuto 00:03:48, hace cuarenta o cincuenta años que no se dedica a labores agrícolas pues por más que en catastro figure como rústica, para laborío y pastos, está dotada de instalación de agua y de luz y tiene construida una industria, hoy sin actividad, con todos y cada uno de los elementos que constan al folio 92: nave para la fabricación de prefabricados de hormigón actualmente en desuso; construcción adosada a la nave para oficinas; puerta corredera de acceso a la parcela, vallado de malla galvanizada en limite sur; terraplén prefabricado para subida de camiones y descarga de áridos en la planta de fabricación; tolva de cemento; cuba acumuladora y calentador de agua para realizar la mezcla del hormigón; pozo para suministro de agua a la actividad industrial; depuradora de aguas residuales; y solado de hormigón en parte de la parcela y de grava prensada en el resto. La retirada de dichos elementos, como ya ha quedado dicho, está estimada en 79.001,36 euros, por lo que parece plenamente creíble y lógica la valoración pericial de que sería imposible amortizar los costes de demolición mediante cualquier



labor agrícola, por lo que, aunque el demandante sostenga otra cosa, parece claro que la finalidad que mueve al retrayente no es la de luchar contra los minifundios ni mejorar el rendimiento de alguna explotación agrícola, por lo que la demanda está bien desestimada por más que el terreno esté clasificado administrativamente como suelo no urbanizable genérico lo que, según consta al folio 127 vuelto, hace que lo edificado esté fuera de ordenación de forma que no podrán realizarse obras de consolidación de carácter general pero sí obras parciales y circunstanciales de consolidación y las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato y la conservación del inmueble que hoy por hoy, como al tiempo de la venta que provoca el retracto, no era ni es una finca rústica sino una instalación industrial para la fabricación de prefabricados de hormigón, hoy sin actividad.

QUINTO : Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000 , al que se remite el artículo 398 de la misma Ley , y a la pérdida del depósito que formalizó para recurrir en apelación, en cumplimiento de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación y por todo lo que antecede,

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de **Imanol** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 5 de Huesca en los autos anteriormente circunstanciados, confirmamos íntegramente dicha resolución y condenamos al citado apelante al pago de las costas causadas en esta alzada y a la pérdida del depósito formalizado para recurrir en apelación.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden haber, en su caso, los recursos de casación y de infracción procesal, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de veinte días, respetando, en todo caso, todas las disposiciones legales reguladoras de dichos recursos, incluida la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

No tífíquese y devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de la Sala, definitivamente Juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.