



Roj: **SAP MU 579/2017 - ECLI: ES:APMU:2017:579**

Id Cendoj: **30030370042017100139**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **16/03/2017**

Nº de Recurso: **175/2017**

Nº de Resolución: **172/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE CARRILLO VINADER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00172/2017

N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 968 229137 Fax: 968 229278

N.I.G. 30043 41 1 2015 0001628

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000175 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de YECLA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000123 /2015

Recurrente: Cipriano

Procurador: FERNANDO ALONSO MARTINEZ

Abogado: FELIPE EUGENIO ORTUÑO MUÑOZ

Recurrido: Hermenegildo , Leticia , Jose Antonio , Verónica

Procurador: ANA REOLID JIIMENEZ, ANA REOLID JIIMENEZ , ANA REOLID JIIMENEZ , ANA REOLID JIIMENEZ

Abogado: MARIA LUISA PUCHE DIAZ, MARIA LUISA PUCHE DIAZ , MARIA JOSE MUÑOZ SORIANO , MARIA JOSE MUÑOZ SORIANO

ILMOS. SRES.

D. CARLOS MORENO MILLÁN

PRESIDENTE

D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER

D. RAFAEL FUENTES DEVESA

MAGISTRADOS

En la ciudad de Murcia, a dieciséis de marzo del año dos mil diecisiete.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial el Juicio Ordinario número 123/15 que inicialmente se ha seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Yecla (Murcia) entre las partes, como actor y ahora apelante D. Cipriano , representado por el Procurador Sr. Alonso Martínez



y defendido por el Letrado Sr. Ortuño Muñoz, y como demandados y ahora apelados D. Hermenegildo , D^a. Leticia , D. Jose Antonio y D^a. Verónica , todos ellos representados por la Procuradora Sra. Reolid Jiménez y defendidos los dos primeros por la Letrada Sra. Puche Díaz y los dos segundos por el Letrado Sr. Muñoz Soriano. Siendo ponente don FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 29 de julio de 2016 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Se desestima la demanda presentada por el Procurador Sr. Alonso Martínez en nombre y representación de D. Cipriano frente a los demandados D. Hermenegildo , D^a. Leticia , D. Jose Antonio y D^a. Verónica . Se imponen las costas del pleito a la parte demandada".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación D. Cipriano , solicitando su revocación.

Después se dio traslado a las otras partes, quienes presentaron escritos oponiéndose al mismo, pidiendo la confirmación de la sentencia.

Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Cuarta donde se registraron con el número de Rollo 175/17. Tras personarse las partes, por providencia del día 13 de marzo de 2017 se señaló el de ayer para la votación y fallo de la causa, que ha sido sometida a deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Cipriano plantea demanda de juicio ordinario contra D. Hermenegildo , D^a. Leticia , D. Jose Antonio y D^a. Verónica , para que se declare su derecho de retracto sobre la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Yecla y se les condene a retirar a su costa la valla colocada entre la finca propia y la objeto de retracto, ambas rústicas. Alega que él es propietario colindante de la finca litigiosa, que dicha finca fue vendida recientemente por D. Jose Antonio y D^a. Verónica a D. Hermenegildo y D^a. Leticia , por el precio de 7.500 €, sin comunicárselo previamente, que la finca vendida tiene una superficie inferior a una hectárea y que se ha colocado por los anteriores propietarios una valla entre ambas fincas de forma sorpresiva para dificultar el éxito del retracto.

Los demandados, por separado los anteriores propietarios de los nuevos, se oponen a la demanda, alegando en primer lugar caducidad de la acción de retracto (se ha superado el plazo de nueve días legalmente previsto para su planteamiento desde la venta, que era conocida por el actor), la inviabilidad de la misma al no admitir que ninguna de las fincas reúna la exigencia de rusticidad (se trata de una zona que, pese a su catalogación como fincas rústicas, no se cultiva, teniendo carácter residencial de ampliación del casco urbano de Yecla), y que la valla se ha colocado respetando el deslinde voluntario realizado por el actor y los anteriores propietarios.

Tras la celebración del juicio se dicta sentencia por la que se desestima la demanda, con costas al actor. Aunque se rechaza la excepción de caducidad de la acción (se tiene en cuenta la fecha de la inscripción real de la compra de la finca en el Registro de la Propiedad y no la del asiento de presentación), se concluye del examen de las pruebas practicadas que las fincas no tienen el carácter de rústicas, porque la que es objeto de retracto no se cultiva y la del actor tiene unos mínimos rendimientos económicos, sin que éste haya acreditado que su actividad sea la agricultura ni que obtenga rendimientos de la misma. Tampoco se estima la demanda de retirada de la valla porque ni acudió al acto de conciliación que planteó la esposa del actor en su día con tal fin, ni ha probado que la valla se haya colocado fuera de la línea divisoria de las fincas.

Contra la citada resolución plantea recurso de apelación el actor inicial, quien sostiene que la sentencia ha incurrido en error al valorar las pruebas, no apreciando el carácter rústico de la finca, cuando resulta de los hechos propios de los demandados, de su calificación como tal por Ayuntamiento, Registro de la Propiedad y Catastro, del destino dado por el actor, del resultado de las pruebas testificales y pericial, y del reconocimiento judicial. También denuncia error en la conclusión alcanzada por el Juzgador de la primera instancia al negarle la condición de agricultor al actor, cuando lo tiene acreditado, no siendo obstáculo que lo compatibilice con otra actividad diferente. Por otro lado señala que la finalidad de la norma es acabar con los minifundios improductivos y favorecer la actividad agraria, que es lo por él pretendido. Por todo ello interesa la revocación de la sentencia y el dictado de otra estimando su demanda. Subsidiariamente pide que no se le impongan las costas de la primera instancia por concurrir serias dudas de hecho y de derecho.



Del recurso se dio traslado a las restantes partes y ambas demandadas se oponen al mismo, poniendo de relieve que la sentencia no niega que administrativamente las fincas sean rústicas, pero concluye que no se dedican a la explotación agraria, como tampoco se niega que el actor realice labores agrícolas, pero no de explotación económica, sino como ocio, al igual que los compradores, teniendo la finca del actor un destino residencial fundamentalmente, y que el actor pretende obtener un beneficio personal fuera del fin social que justifica restringir el derecho de propiedad a través de la institución del retracto, que se ha de aplicar restrictivamente. Por ello interesan la desestimación del recurso, con imposición de las costas al apelante, así como manteniendo las de primera instancia.

SEGUNDO.- Principios a tener en cuenta

Establece el párrafo primero del artículo 1523 CC :

" También tendrán el 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. "

Como señala la sentencia del TS 107/2010, de 26 de febrero , que a su vez se remite a la de 4 de febrero de 2008, el *" (r)etracto legal ... es el derecho que por ministerio de la ley tienen ciertas personas y en determinadas situaciones para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador; no tanto es una subrogación, como se define habitualmente, sino una venta forzosa por el comprador al retrayente. Este retracto es una limitación impuesta a la propiedad rústica que, aunque redundante en provecho de un particular, está motivada por interés general, como han reiterado las sentencias de 12 de febrero de 2000 , 20 de julio de 2004 y 2 de febrero de 2007 "*.

Por su parte la STS nº 94/2008, de 4 de febrero , respecto al retracto de asurcarnos o colindantes, regulado en el artículo 1523 CC establece: *" Se trata en cualquier caso, y concretamente en el del retracto de colindantes o asurcarnos, de limitaciones impuestas a la propiedad rústica a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general (sentencia de 2 febrero 2007 , que cita en igual sentido las de 12 de febrero de 2000 y de 20 de julio de 2004). En cuanto supone una limitación a la libre disponibilidad de los bienes por su propietario y una excepción al principio de libertad de contratación, es objeto de una rigurosa regulación legal y merece una interpretación restrictiva pues en definitiva supone que quien ha adquirido una finca, por compraventa o dación en pago, pierde la propiedad en virtud de una disposición legal que le impone su transmisión a un tercero, quedando sin efecto su adquisición por causas ajenas a la misma. De ahí que se establezca un breve plazo de caducidad de nueve días para su ejercicio en el artículo 1.524 del Código Civil , transcurridos los cuales ya no puede tener lugar el retracto "*.

Por lo tanto, el criterio que ha de presidir la interpretación de la norma comentada es el restrictivo, al tratarse de una limitación del derecho de propiedad individual, por razón de un interés público, aplicándose la interpretación teleológica en las cuestiones que se susciten, para lo que se ha de tener en cuenta la razón de ser de la norma, que es la de facilitar la desaparición del minifundio en los cultivos agrícolas, por antieconómico. En este sentido la STS nº 108/2009, de 29 de mayo de 2009 establece: *" La finalidad del retracto de colindantes como dice la sentencia de 18 de abril de 1997 reiterada en la del 20 de julio de 2004, es facilitar remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica, siendo justificación del mismo, como añaden las sentencias de 12 de febrero de 2000 y 18 de octubre de 2007 , el interés público a fin de evitar la excesiva división de la propiedad prevaleciendo el interés de la agricultura "*.

La STS nº 623/1986, de 29 de octubre para determinar la condición de rústica de la finca que se pretende retraer, establece: *" las normas se deben interpretar, según el número uno del artículo tercero del Código Civil , "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad» de las mismas; habiendo este Tribunal recordado en buen número de sentencias que la finalidad del retracto de colindantes, como manifiesta la Exposición de Motivos de la edición reformada del Código Civil, es facilitar con el transcurso del tiempo, "algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza» "*.

En el caso ahora enjuiciado lo que cuestiona el apelante es que la sentencia de primera instancia no haya estimado la demandada porque no ha declarado que la finca sea rústica y por exigir indebidamente que el retrayente debe ser agricultor, cuando, según la apelante, el primer requisito ha quedado sobradamente demostrado y el segundo no es un necesario para que prospere la acción ejercitada.

Procede por ello examinar si concurren o no tales presupuestos.

TERCERO.- De la rusticidad de la finca

El primer motivo del recurso denuncia error en la valoración de las pruebas practicadas al no tener en cuenta que la finca que se pretende retraer es rústica, como los propios demandados la califican en su contrato de compraventa y como figura en el Registro de la Propiedad, Catastro y Ayuntamiento, estando situada fuera



del casco urbano de Yecla, en zona de cultivos agrícolas, aunque existan algunas parcelas con viviendas construidas y sin cultivar. Además, se indica que el actor dedica sus tierras al cultivo de olivos (dice tener plantados 220 olivos en sus fincas, aunque el informe de su perito habla de 150), por lo que trata de integrar dicha finca en otras dedicadas a la explotación agrícola.

El precepto comentado (1523 CC), habla de " *finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea* ". Ciertamente en el presente caso la finca litigiosa no está en el núcleo de la población ni es urbana, al no estar sometida al Plan de Ordenación Urbana de Yecla, y administrativamente se califica de rústica, pero esa calificación administrativa no es lo determinante para concluir si procede o no el retracto, pues, como antes se ha señalado, esta institución exige que se cumpla una determinada finalidad en cumplimiento de un interés público, que no depende sólo de ese dato objetivo. Por lo tanto, habrá de examinarse en el caso concreto otros datos para determinar si la finca (rústica) puede ser o no objeto de retracto, pues sólo si es susceptible de proteger ese interés público, que es el de evitar el minifundio y favorecer el desarrollo de la explotación agrícola para generar riqueza de ese tipo, la finca será idónea para poder aplicarse esta institución. Es lo que viene denominándose en la jurisprudencia "rusticidad" de la finca, que conlleva que no sólo no sea urbana, sino que también sea susceptible de explotación agrícola y de favorecer la riqueza con esa actividad. Así la STS nº 311/1997, de 18 de abril, establece que " *el carácter o condición de rusticidad de una finca es una cuestión de hecho a definir por el Tribunal de instancia* ", añadiendo luego que no tiene relevancia la inclusión de la misma en un catálogo administrativo de fincas rústicas ni su calificación actual como suelo no urbanizable, sino que hay que atender a otros datos, como colindar con suelo urbano de una población, " *en cuyo caso puede considerarse como incluida por su proximidad al Ayuntamiento del que dista trescientos metros, así como por los accesos de que dispone, y por último por el hecho relevante de no haber estado destinada a la explotación agrícola, ni en el momento de la compraventa ni en los treinta años anteriores* ". El reconocimiento judicial ha dejado constancia de que la zona tiene una configuración más urbanística que agrícola. No es este procedimiento el adecuado para cuestionar lo ocurrido en años anteriores y el desorden urbanístico que se ha permitido, pues estamos en una cuestión privada, entre particulares.

El art. 1523 CC sólo se refiere a la extensión superficial de la finca retraída, pero nada dice de la superficie que ha de tener la finca del retrayente. Aunque la jurisprudencia tradicionalmente ha venido considerando que esa falta de concreción hacía irrelevante el dato, por lo que no había limitación alguna (así SSTs de 26 de diciembre de 1950 y 7 de noviembre de 1959), la STS nº 623, de 29 de octubre de 1985, entiende que deben tenerse en cuenta otros factores que sean los determinantes del cumplimiento de los fines que ha de cubrir la institución como son extinguir minifundios inexplorables, poder ser objeto la finca resultante de una explotación rentable, que la falta de rentabilidad en la finca del retrayente no le sea imputable...

En el caso ahora examinado se ha de tener en cuenta que en la demanda se pretende hacer ver que ambas fincas (la del actor y la de los demandados) tienen la misma superficie (550 m²), pero luego, en el informe pericial posteriormente aportado, evidencia que el actor es propietario de otras cinco fincas (más otra adquirida después de la demanda), todas ellas colindantes entre sí, con una superficie total de más de 6.717 m², y que de los mismos 2.036 m² no están cultivados, sino que se destinan a uso residencial, con vivienda, zonas de aparcamiento techado, piscina, almacén y zonas ajardinadas. Además, la finca colindante con la que se pretende retraer (550 m²), tiene cultivos de huerta (patatas, carlotas, cebollas y margaritas).

Como señala la STS nº 107/2010, de 26 de febrero, ya citada, " *la calificación de la finca a los efectos del retracto es una cuestión de hecho que ha de deducirse no sólo por el lugar en que está situada la finca sino por el destino que se le dé* ". A su vez, la citada sentencia se remite a la de 14 de noviembre de 1991 para señalar los criterios para calificar si la finca puede o no ser objeto de retracto, y al respecto establece: " *el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano: a) Por su situación o emplazamiento en el campo o en la población. b) Por el aprovechamiento o destino -explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio-. c) 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. (SS. 8-5-1944, 4-10-1947, 10-6-1954 y 7-11-1957).* "

Conforme a la anterior doctrina cabe concluir que la finca que se pretende retraer no cumple con las exigencias para que pueda aplicarse el retracto legal, y ello porque, aceptando que se da el primer requisito (es una finca rústica), no se cumple el segundo o, al menos, no con carácter principal. Y a tal conclusión se llega por las razones que se exponen en la sentencia de primera instancia y son el resultado de las pruebas practicadas. Ciertamente en la finca del actor se realiza una actividad agrícola, pero la misma no tiene el carácter de actividad económica relevante, como evidencia los mínimos resultados acreditados por el actor, pues en ocho años (de 2008 a 2015) sólo ha acreditado unos rendimientos de 519? 04 €, y sólo en tres años (2008, 2009 y 2013) lo que supone que en los últimos cinco años sólo habría obtenido un rendimiento de 91?39 €, y ello no de la finca que él menciona en su demanda como la que le permite retraer (la registral 27.392), sino de las otras



fincas que posee en el lugar. Realmente la parcela propia no es una explotación agrícola, aunque la misma se utilice para obtener algún cultivo ocasional para consumo propio. Ni siquiera si se tiene en consideración la totalidad de las fincas del actor puede aceptarse que estemos ante una explotación agraria, y ello porque en la misma se encuentra la vivienda habitual del actor, con instalaciones complementarias que evidencian que su uso residencial es el preponderante, porque está próxima al núcleo de la población (poco más de medio kilómetro) donde trabaja, y en una zona donde son abundantes las viviendas residenciales, y no propiamente fincas agrícolas.

Insistiendo en la interpretación teleológica de la norma, hay que señalar que lo definitivo para que pueda limitarse el derecho de libre disposición de un bien propio y de la libertad de pactos, sacrificando el del comprador al de un tercero, es tener en cuenta que el retrayente ha de tener necesidad de esa finca para que con su extensión añadida pueda tener recursos suficientes para hacer rentable la propia, y en el presente caso no se daría ese requisito, pues como se ha puesto de relieve, el actor tiene otras fincas colindantes en las que poder ampliar su explotación, pues dedica un tercio de las mismas a fines de residencia y no a la agricultura. La falta de rentabilidad de su explotación no es imputable a su menguada extensión, sino a sus propios actos, pues mantiene infraexplotadas o abandonadas sus propias fincas, que realmente las destina a una actividad agrícola que puede calificarse de recreo por sus escasísimos rendimientos, por cierto la misma que se pretende dar por los nuevos propietarios a la finca que se trata de retraer, por lo que no estamos ante una cuestión de interés público, sino de obtención de beneficios privados, de conveniencia o beneficio personal, que no permite la aplicación del art. 1523 CC .

CUARTO.- Del carácter de agricultor del actor

Tiene razón el apelante cuando afirma que el ejercicio de la acción de retracto no exige que se tenga la condición de agricultor en quien la insta, como tampoco en el retrayente, y dicha irrelevancia la viene estableciendo la jurisprudencia (STS. 418/2009, de 29 de mayo : " *que el retrayente no es agricultor, lo que no interesa en la aplicación del retracto* "), pero la desestimación de su demanda no se ha basado en ese dato, ni mucho menos con esa contundencia que se invoca, sino que ha tenido en cuenta fundamentalmente que no se cumple en el caso el requisito de rusticidad y que " *no procede estimar el carácter de agricultor del demandante a los efectos de la acción que se ejercita* " (subrayado añadido). Ciertamente señala que no se ha acreditado el alta en el IAE, cuando no existe esa categoría a efectos fiscales, pero lo hace con referencia a la falta de actividad probatoria en el actor para acreditar que realmente realiza una actividad agrícola productiva, poniendo de relieve que no ha atendido el requerimiento judicial de aportar determinada documentación que fue admitida como prueba a instancia de los demandados.

Las referencias a la doble actividad realizada por el actor y su compatibilidad, tampoco tiene relevancia alguna para la resolución del recurso, dada la argumentación relevante que es la inaplicación del art. 1523 CC al caso ahora examinado por no cumplirse los fines de interés público que son exigibles.

Por lo tanto, debe desestimarse también este motivo del recurso.

QUINTO.- De las costas procesales

Con carácter subsidiario plantea el apelante que se deje sin efecto la condena en costas de la primera instancia y no se impongan las del presente recurso, por concurrir serias dudas de hecho y de derecho.

Se oponen los demandados-apelados, que defienden la aplicación al caso del principio de vencimiento objetivo, negando la existencia de dudas fácticas ni jurídicas.

Conforme al art. 394 LEC "(e) *n los procedimientos declarativos, las costas de la 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 presenta serias dudas de hecho o de derecho* ." Por lo tanto, el principio general que rige en materia de costas de la primera instancia es el del vencimiento objetivo, pero no con carácter absoluto, pues se prevén excepciones, cuando la causa presente cuestiones fácticas o jurídicas que planteen dudas serias, o lo que es igual, de intensidad y relevancia, que hayan dado lugar a la necesidad de la celebración del juicio para determinar cuál de las partes era la que defendía una actuación acorde con la norma.

Este es el supuesto que concurre en el caso presente, pues pueden señalarse las dudas de derecho que concurren en el caso, dado que la normativa aplicable es muy escueta, lo que ha obligado a la jurisprudencia a recurrir a un criterio teleológico para su integración, con referencia a conceptos genéricos, como interés público, preponderancia de los criterios necesarios para su apreciación o actuar para beneficiar la actividad agraria, que en el presente caso han sido necesarios examinar, sin que concurren con nitidez.

No se ha distinguido en la demanda si las dos acciones ejercitadas se dirigían contra ambas partes demandadas, y las contestaciones tampoco permiten aclarar la cuestión, cuando en principio podría haberse



planteado que los vendedores de la finca litigiosa no son parte en la acción de retracto, que ha de seguirse entre el retrayente y el actual propietario, y que la acción de retirada de la valla, de la que no se hace mención detallada en el recurso, se dirigía exclusivamente contra los anteriores propietarios a quien se acusa de haberla colocado para evitar el retracto. Se ha tratado por todas las partes conjuntamente las dos cuestiones, por lo que en materia de costas se hace un pronunciamiento también unitario.

En consecuencia, debe dejarse sin efecto la condena en las costas de la primera instancia y, al estimarse parcialmente el recurso de apelación, no imponer tampoco las de esta alzada (art. 398.2 LEC), con devolución a la apelante del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15ª. 8 LOPJ).

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Alonso Martínez, en nombre y representación de D. Cipriano , contra la sentencia dictada en el juicio ordinario seguido con el número 123/15 ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Yecla, y estimando en parte la oposición al recurso sostenida por la Procuradora Sra. Reolid Jiménez, en nombre y representación de D. D. Hermenegildo , Dª. Leticia , D. Jose Antonio y Dª. Verónica , debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha sentencia, en el único pronunciamiento relativo a las costas, no haciendo expresa imposición de las causadas en ninguna de las instancias, por lo que cada parte deberá soportar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad.

Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.