



Roj: **SAP AV 188/2017 - ECLI: ES:APAV:2017:188**

Id Cendoj: **05019370012017100188**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2017**

Nº de Recurso: **134/2017**

Nº de Resolución: **130/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAVIER GARCIA ENCINAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

SENTENCIA: 00130/2017

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado
EN **NO** MBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N.º: 130/2017

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRÍSIMOS SRES.

PRESIDENTE

DON JAVIER GARCÍA ENCINAR

MAGISTRADOS

DON JESÚS GARCÍA GARCÍA

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

En la ciudad de Ávila, a cinco de junio de dos mil diecisiete.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N.º 59/2016, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE PIEDRAHÍTA, RECURSO DE APELACIÓN N.º **134/2017**, entre partes, de una como recurrentes D. Federico y D. Herminio, representados por el Procurador D. JOSÉ CARLOS GONZÁLEZ MIRANDA, dirigidos por el Letrado D. JULIO CÉSAR DE LA PEÑA MUÑOZ, y de otra como recurridos D. Leopoldo y D^a. Josefa, representados por la Procuradora D^a. MARÍA DEL CARMEN DEL VALLE ESCUDERO y dirigidos por el Letrado D. IGNACIO RODRÍGUEZ DE LA RIVA.

Actúa como Ponente, el Ilmo. Sr. DON JAVIER GARCÍA ENCINAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE PIEDRAHÍTA, se dictó sentencia de fecha 23 de enero de 2017, cuya parte dispositiva dice: "FALLO: **Que desestimando la demanda presentada** por el Procurador Sr. José Carlos González Miranda en representación de Herminio y Federico, contra Leopoldo e Josefa, absuelto a estos de todos los pedimentos contra ellos formulados, con expresa imposición de costas a la parte demandante".



Posteriormente, con fecha 24 de enero de 2017, se dicta Auto aclaratorio de la resolución dictada, cuya parte dispositiva acuerda: "Aclarar la sentencia en el sentido de modificar la fecha de dictado de la misma siendo la correcta "VEINTITRES DE ENERO DE DOS MIL DIECISIETE ".

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandante el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, no habiéndose celebrado vista pública ni práctica de prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Se comparten los de la resolución de instancia en lo que no se opongan a los contenidos en la presente sentencia.

Por la representación procesal de D. Federico y de D. Herminio se impugna la sentencia de instancia invocando una confusa mezcolanza de motivos de apelación tales como, en primer lugar, la insuficiente motivación de aquella por, según los apelantes, no da razón alguna de las pruebas practicadas a su instancia, salvo la cita de dos documentos, porque da preponderancia a unas pruebas sobre otras, especialmente las declaraciones testificales, prevaleciendo la declaración de uno de los testigos, sin que la sentencia explique porqué toma en consideración documentos de la parte demandada cuyo contenido expresamente no se reconoce, llegando a considerar plano un documento de parte que no pasa de ser un dibujo con toda clase de añadidos y que no ha sido reconocido, sin que tampoco se haya valorado que los apelantes son profesionales de la agricultura, cuestión no controvertida, a juicio de los mismos, por la parte demandada, mientras que se rechaza que los demandados tengan tal condición, sin que la sentencia explique porqué se refiere a supuestos de hecho distintos, contemplados en las sentencias que cita, al caso de autos para extraer erróneas consecuencias jurídicas y la desestimación de la demanda, sin que tampoco resuelva la afirmación relativa a que ambos litigantes tienen derecho de retracto de colindantes al ser propietarios de fincas colindantes, incurriendo la sentencia en el vicio de incongruencia omisiva; en segundo lugar, se invoca como motivo de apelación que la sentencia de instancia incurre en el vicio de incongruencia interna porque desestima la demanda y, sin embargo, en el fundamento de derecho tercero alude a que la compraventa efectuada por tercero a la parte demandada cumple con todos los requisitos legales, esto es, ha sido efectuada a colindante, cumpliéndose la finalidad del derecho de retracto, cuando tal razonamiento debería conducir a la estimación de la demanda; en tercer lugar se invoca vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y del derecho a que no se produzca indefensión, por cuanto la Juzgadora de Instancia declaró la impertinencia y no admisión de una prueba documental que la parte apelante pretendió aportar en el acto del juicio oral, consistente en un certificado emitido por la administración autonómica en el que consta que la explotación agraria de los apelantes está incluida en el catálogo de explotaciones prioritarias y con el reconocimiento del derecho a acogerse a los beneficios correspondientes respecto a la parcela objeto de retracto, así como porque uno de los testigos evacuó su testimonio a través de videoconferencia, impidiendo la debida intermediación y el otro debió ser inadmitido; en cuarto lugar se denuncia error en la valoración de la prueba, porque la Juzgadora de Instancia habría orillado la prueba documental propuesta por la parte apelante, salvo dos documentos, así como la declaración de la testigo perito, otorgando un valor indebido al interrogatorio de parte y a la testifical practicada a instancia de la otra parte, invocando determinadas circunstancias relativas a la credibilidad de los testigos y la forma del interrogatorio; por último, se invoca la infracción de normas sustantivas en la medida de que, por la extensión de la finca resultante de la unión de la retraída a la de los actores, tendrían preferencia en cuanto al acceso al dominio de la misma, resultando, a mayor abundamiento, que los demandados adquirieron la propiedad de la finca en cuya colindancia se asientan para oponerse al retracto con posterioridad a la adquisición del dominio de la finca retraída, sin que en ningún momento hayan ostentado, a diferencia de los actores, la condición de profesionales de la agricultura, habiéndose infringido igualmente la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 4 de Julio de 1.995, tanto en sus principios como en sus fines.

SEGUNDO.- Respecto a la falta de motivación, cabe señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución suficientemente motivada haciendo comprensible a las partes y, en general, a la sociedad, el fundamento racional, fáctico y jurídico de la decisión judicial, aunque la misma sea perjudicial al acusado, sin que tal cometido imponga la necesidad de que la motivación sea pormenorizada o exhaustiva, siendo suficiente una escueta exposición de la misma (SSTS 69/2007 y 403/2007, de 16 de



Diciembre) quedando salvaguardado cuando el justiciable, después de un juicio con plenas garantías, recibe del órgano jurisdiccional una respuesta fundada en derecho a todas y cada una de las pretensiones aducidas con independencia de que tal respuesta sea estimatoria o desestimatoria (SSTS 67/2008 y 128/2008).

La sentencia atacada, permite conocer el proceso mental que ha llevado a la juzgadora de instancia a adoptar la decisión que contiene el fallo de aquella, así como los datos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta para ello, y que no han sido otros que los que recoge en sus fundamentos de derecho segundo y tercero, cuando hace un pormenorizado estudio de la doctrina y de los requisitos aplicables al derecho de retracto de colindantes contemplado en el Art. 1.523 Cc , sentando el pronunciamiento desestimatorio en un hecho incontrovertido cual es que los demandados son propietarios de una finca que colinda con aquella que se pretende retraer, en cuyo supuesto sería de aplicación, una vez cumplida la extensión superficial máxima contemplada en aquel precepto, la doctrina recogida, entre otras, en las STS 29 de Mayo de 2.009 que exige que el fundo retraído no sea colindante a su vez con otro propiedad de quien lo adquirió, sin necesidad de entrar a valorar el resto de las circunstancias a las que alude el apelante, por lo que la sentencia de instancia no incurre en el vicio pretendido y, por ello, el motivo se desestima, al igual que el de la pretendida contradicción interna que se denuncia, habida cuenta de que aquella, partiendo del hecho de que tanto demandantes como demandados tendrían derecho, prima facie y en cuanto ambos colindantes, al retracto de la finca, desestima la acción ejercitada porque no se trata del supuesto de que ambos colindantes ejerciten el retracto al mismo tiempo, en cuyo caso serían de aplicación de las reglas de prioridad establecidas en el Art. 1.523 Cc , sino que lo que se pretende es el acceso a la propiedad de la finca frente a quien ya la ha adquirido y ostenta la condición de colindante.

TERCERO.- Abordando el segundo de los motivos invocados, el vicio de incongruencia omisiva enunciado en el fundamento de derecho primero, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en SSTS de 26 de Octubre de 2.011 , 10 de Octubre de 2.011 , 23 de Marzo de 2.011 , 1 de Octubre de 2.010 , 29 de Septiembre de 2.010 , 2 de Diciembre de 2.009 , 2 de Noviembre de 2.009 y 22 de Enero de 2.007 , el principio de la congruencia proclamado en el Art. 218.1 Lec (que, en su modalidad llamada omisiva, tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del Art. 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el Art. 24.1 CE) exige que la sentencia resuelva absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada que sea procedente.

Por tanto, para esa jurisprudencia, la congruencia consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas -teniendo en cuenta el petitum (petición) y la causa petendi (causa de pedir)- en los escritos de demanda y contestación -no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos- que constituyen su objeto. La congruencia se da allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad del Art. 218 Lec , la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión.

Lo dicho supone que, para determinar si una sentencia es incongruente, se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras. Cuando se trata de la segunda instancia (entre las más recientes, STS de 12 de Septiembre de 2.011), el examen debe hacerse entre lo postulado en el escrito de interposición del recurso, en la impugnación o en la oposición al formulado de contrario y el fallo que se recurre, teniendo en cuenta, como límites, el principio que prohíbe la reforma peyorativa (en perjuicio del apelante), el cual, de conculcarse, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia extra petita (más allá de lo pedido), que impide modificar en segunda instancia los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia consentidos por las partes y, por ende, firmes, y el principio tantum devolutum "quantum" appellatum (solo se defiere al tribunal superior aquello que se apela) según el cual, el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas expresamente o que, razonablemente, han de entenderse implícitas en la pretensión del recurso de apelación, por ser cuestiones dependientes o subordinadas respecto al objeto de la impugnación. Ambos principios se encuentran recogidos en el Art. 465.4 Lec como manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (SSTS de 26 de Septiembre de 2.006 , 30 de Junio de 2.009 , 13 de Octubre de 2.010 , por citar sólo algunas).

Esta doctrina declara que no cabe confundir la incongruencia con la falta de motivación -en la medida que el requisito de motivación de las sentencias no está comprendido en el apartado 1 del Art. 218 referido a la



congruencia, sino en el apartado 2 (SSTS de 15 de Junio de 2.009 , de 26 de Marzo de 2.008 , de 6 de Mayo de 2.008), ni con la disconformidad de la parte recurrente con la fundamentación jurídica del fallo (SSTS de 18 de Octubre de 2.006 , 17 de Noviembre de 2.006 y 13 de Diciembre de 2.007).

En relación con el deber de motivación, constituye doctrina del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del TC (SSTS de 27 de Junio de 2.011 , 30 de Junio de 2.011 , 26 de Mayo de 2.011 , 26 de Octubre de 2.011 , entre las más recientes) que la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que pueda ser sea escueta y concisa, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el Art. 24 de la Constitución .

Por otra parte, como señala la reciente STS de 8 de Abril de 2.016 "sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas». De esta norma, este tribunal ha deducido que la denuncia temporánea de la infracción es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que, de no hacerlo así, la parte pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario (sentencias núm. 634/2010, de 14 de octubre , y 241/2015, de 6 de mayo), y asimismo, que no puede admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración del principio de congruencia de la sentencia recurrida si no se ha solicitado, en caso de que se trate de una incongruencia omisiva, la subsanación de la omisión de pronunciamiento o complemento de la sentencia prevista en el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30 de diciembre de 2011, sentencia núm. 538/2014, de 30 de septiembre , y las que en ella se citan)".

Si bien es cierto que tal doctrina se refiere al recurso extraordinario por infracción procesal, no es menos cierto que es perfectamente extrapolable al recurso de apelación. Los recurrentes no han cumplido con el requisito de solicitar, por la vía del Art. 215. 2 Lec , que la Juzgadora de Instancia se pronunciara sobre el pronunciamiento pretendidamente omitido, por lo que la cuestión no es abordable en la segunda instancia, determinando la desestimación del motivo.

CUARTO.- En relación a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, relacionado con la inadmisión de prueba documental que vendría a acreditar el carácter de exploración prioritaria de la de los actores, señalar que tal carácter no fue invocado en la demanda rectora en la que únicamente se hace referencia a la condición de ganaderos de los actores, por ello este tribunal debe remarcar que no resulta admisible que la parte recurrente pretenda suscitar en apelación cuestiones nuevas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba, ya que la vigente Lec (Art. 456.1) acoge un modelo de segunda instancia limitada o "revisio prioris instantie". Aunque el recurso de apelación permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (questio facti) como en lo relativo a los problemas jurídicos oportunamente deducidos (questio iuris) dado que ello se opone al principio general "pendente appellatione nihil innovetur".

No se trata de un formalismo retórico o injustificado, sino que es una regla que entronca con la esencia de recurso de apelación. La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir con la planteada en la primera. El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que la Audiencia Provincial entienda que era la solución jurídicamente correcta. Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera impropia respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo. Declara al efecto la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 2.005 que: "Es cierto que, por el respeto debido a la congruencia, la preclusión y la contradicción, en cuanto principios informadores del proceso civil, la jurisprudencia rechaza, como nuevas, las cuestiones planteadas después de la fase procesal destinada a definir el objeto del proceso, en la primera instancia. Así lo declaró esta Sala en las Sentencias invocadas en el motivo. Concretamente, en la de 15 de Abril de 1.991 se definieron las cuestiones nuevas como aquellas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba...".

Nos encontramos en el presente caso, al apuntarse por la parte recurrente a unos términos del debate que exceden de lo cuestionado en la primera instancia, ante un planteamiento novedoso, cuya posibilidad está



proscrita, según se deduce de la previsión del Art. 456.1 Lec , a la luz de los principios procesales antes expuestos. Hay que tener presente que la jurisprudencia (entre las más recientes, SSTs. 95/2007, de 30 de Enero y 1010/2008, de 30 de Octubre , ha señalado que el concepto de pretensiones nuevas comprende no sólo las que resulten totalmente independientes de las planteadas en tiempo y forma (lo que excluye, de entrada, las variaciones que ya entonces hubieran sido extemporáneas) ante el tribunal "a quo", sino también las que suponen cualquier modo de alteración o de complemento de las mismas.

Ha de prevalecer la regla procesal de que no es admisible mutar el objeto del proceso establecido en la demanda (STS de 9 de Febrero de 2.010). Hemos de subrayar que rige en el proceso civil la prohibición de cambiar el objeto del proceso, una vez que ya se ha conformado en la fase alegatoria del mismo (Arts. 399 , 400 y 412 de la Lec), a fin de no sorprender al contrario y ocasionarle indefensión si se cambiasen argumentos en fases ulteriores del litigio. Así, como se desprende del Art. 426 Lec , al realizar alegaciones complementarias en la audiencia previa o aclarar las previamente realizadas en la fase alegatoria lo que ya no podría hacerse es alterar sus pretensiones ni tampoco los fundamentos en que se sustentaban éstas. Por lo que ni mucho menos podría pensarse en la posibilidad de introducir en fases ulteriores del proceso nuevos alegatos ni pretensiones. No resulta, por lo tanto, admisible suscitar en apelación cuestiones nuevas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba. Esto último es, sin embargo, lo que estaría tratando de hacer aquí la recurrente, lo cual no le puede ser permitido por este Tribunal porque supondría quebrar las reglas del juego limpio procesal que son una garantía preestablecida en beneficio de ambas partes. Basta con la constatación de que se está pretendiendo incurrir en tal maniobra procesal para que este tribunal tenga que rechazar dicho motivo de recurso.

Igualmente debe rechazarse el sustento de la pretendida infracción del Art. 24 C.E . en que la testifical se practicara por videoconferencia, habida cuenta de que el Art. 169.4 Lec permite acudir al auxilio judicial para la práctica, entre otras, de la prueba testifical cuando por razón de la distancia, la dificultad del desplazamiento, circunstancias personales o cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de los testigos. En el presente caso, la avanzada edad del testigo (más de 90 años) y la lejanía de su residencia (Guadalajara) respecto del lugar de celebración del juicio hace más que justificado la utilización del auxilio judicial para la práctica de dicho medio de prueba. En cuanto a la admisión como testigo de Dña. Adelaida , la parte recurrente se limita a hacer una serie de especulaciones difícilmente comprensibles y, en esa medida, imposibles de contestar, siendo suficiente para la desestimación del motivo la inconcreción y evanescencia del mismo.

QUINTO.- A continuación se denuncia error en la valoración de la prueba porque la Juzgadora de Instancia habría orillado la prueba documental propuesta por la parte apelante, salvo dos documentos, así como la declaración de la testigo perito, otorgando un valor indebido al interrogatorio de parte y a la testifical practicada a instancia de la otra parte, invocando determinadas circunstancias relativas a la credibilidad de los testigos y la forma del interrogatorio.

En primer lugar señalar que el proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de Jueces y Tribunales sentenciadores y no de las partes litigantes, a las que queda vedada toda pretensión de sustituir el criterio objetivo del órgano enjuiciador por el suyo propio, dado que la prevalencia de la valoración realizada por éste obedece a la mayor objetividad que la de las partes, pues sus particulares y enfrentados intereses determina la subjetividad y parcialidad de sus planteamientos (S.T.S. 1 Marzo de 1.994 , 20 Julio de 1.995).

Ello obliga a señalar con carácter previo que no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o examen de cada una de las pruebas, y el Tribunal de segunda instancia tiene el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

En el presente caso la Sala no puede sino compartir la sentencia de instancia en el extremo relativo a que la finca propiedad de los demandados y la que se pretende retraer son colindantes, dada la documental obrante en autos y el testimonio del anterior propietario de ambas, siendo irrelevantes para la conclusión que alcanza aquella el resto de los extremos a los que hace referencia el confuso escrito de recurso, que lo único que pretende es sustituir el criterio imparcial de la Juzgadora de Instancia por el interesado de parte, por lo que el motivo se desestima.

SEXTO.- Por último se hace referencia a la infracción de normas sustantivas, centrándolo entre otros aspectos, en que los demandados adquirieron la finca en cuya colindancia se asientan para oponerse a la demanda con posterioridad a la adquisición de la finca retraída.



Este motivo debe prosperar. En efecto, de la documental aportada a los autos resulta que los demandados adquirieron la finca retraída en fecha 26 de Agosto de 2.015 (doc. nº 4 de la demanda, folio 17 y siguientes), resultando que la finca nº NUM000 del polígono NUM001 de Villanueva del Campillo (colindante con la anterior), la adquirieron en fecha 31 de Octubre de 2.015, en escritura pública otorgada ante el Notario de Piedrahíta D. Zacarías Candel Romero, al nº 793 de su protocolo (folios 73 y 78), esto es, se convirtieron en colindantes después de haber adquirido la propiedad de la finca objeto del retracto. A este respecto, al igual que establece la jurisprudencia respecto al tiempo en que debe ostentar el carácter de rústica la finca retraída, retro trayéndolo al momento de la generación del contrato traslativo del dominio, porque de otra manera quedaría a merced de los contratantes hacer ilusorio el derecho a retraer el colindante con variar el destino de la finca rústica (doctrina inveterada desde la ya antigua STS 12 de Marzo 1.902 , 1 Diciembre de 1.927 y 4 de Octubre de 1.947 , por citar solo las más clásicas), también el carácter de colindante debe ser anterior o, al menos simultáneo, en el tiempo a la conclusión del negocio traslativo del dominio de la finca retraída, so pena de incurrir en fraude de ley.

Es por ello que, en el presente caso, los demandados no podrían oponer su carácter de titulares dominicales de predio colindante dado que no lo eran al tiempo de adquirir el dominio de la finca retraída, y por ello el motivo debe prosperar.

Ahora bien, el hecho de que tal motivo prospere no implica, automáticamente, la estimación de la demanda y ello porque uno de los requisitos de concurrencia ineludible para el éxito del retracto de colindantes o asurcanos, es quien lo ejercite acredite que está cultivando la finca de la que es propietario o, al menos, que sea agricultor (STS 2 de Febrero de 2.007 , que cita a su vez, las de 12 de Febrero de 2.000 y 20 de Julio de 2.004 , entre otras muchas), y en el presente caso tal extremo ha quedado completa y absolutamente ayuno de prueba, dado que lo único invocado es que los demandantes son ganaderos (al parecer son titulares de una explotación equina, resultando que uno de ellos es, al mismo tiempo, el Letrado que dirige la demanda), pero no agricultores, resultando además que, conforme a la documental aportada (folios 33 a 39), dicha explotación se encuentra situada en una serie de parcelas radicadas en distinto polígono a aquel en el que se integra la finca que se pretende retraer, por lo que, dada dicha separación geográfica, mal puede pretenderse justificar el retracto en el cumplimiento del fin social al que hace referencia la exposición de motivos del Cc, porque la ubicación física de la explotación ganadera y la de la finca que se pretende retraer hace imposible que ésta pueda integrarse en aquella, lo que determina que, aún cuando se estime parcialmente el recurso de apelación, la demanda debe ser igual e íntegramente desestimada.

SÉPTIMO.- En materia de costas procesales, dada la parcial estimación del recurso articulado, de conformidad con lo previsto en los Arts. 398.1 y 394.1 Lec , no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta segunda instancia, manteniendo la condena en costas recaída en primera instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Federico y D. Herminio , contra la sentencia de 23 de Enero de 2.017 y el Auto de aclaración de fecha 24 de Enero de 2.017, dictados por el Juzgado de Primera Instancia de Piedrahíta en los autos de Juicio Ordinario nº 59/2.016, debemos revocar y revocamos dicha sentencia conforme a los razonamientos de derecho de la presente, manteniendo la íntegra desestimación de la demanda, y todo ello con expresa imposición a la parte demandante de las costas ocasionadas en la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las causadas en la alzada.

Contra la presente resolución caben los recursos previstos en la Lec.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.