



Roj: **SAP SO 160/2017 - ECLI: ES:APSO:2017:160**

Id Cendoj: **42173370012017100160**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2017**

Nº de Recurso: **96/2017**

Nº de Resolución: **103/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SORIA

SENTENCIA: 00103/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA

N10250

AGUIRRE, 3

Tfno.: 975.21.16.78 Fax: 975.22.66.02

MGA

N.I.G. 42173 41 1 2016 0001532

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000096 /2017

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

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000265 /2016

Recurrente: Dulce

Procurador: ELENA MARGARITA LAVILLA CAMPO

Abogado: ENRIQUE SOLAESA GUARRO

Recurrido: Segundo , Joaquina

Procurador: ESPERANZA GALLEGO LOPEZ, ESPERANZA GALLEGO LOPEZ

Abogado: MARIO GONZALEZ CASADO, MARIO GONZALEZ CASADO

SENTENCIA CIVIL Nº 103/2017

Tribunal

Magistrados/as:

D. José Manuel Sanchez Siscart (Presidente)

D. José Luis Rodriguez Greciano

D. Rafael Fernández Martínez (Sup)

=====

En Soria, a diecisiete de julio de dos mil diecisiete.



Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de Procedimiento Ordinario Nº 265/16 contra la sentencia dictada por el JDO.DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandante Dulce representada por el Procurador Sra. Lavilla Campo, y asistido por la Letrado Sr. Solaesa Guarro.

Y como apelados y demandados Segundo , Joaquina representados por la Procuradora Sra. Gallego López y asistido por el Letrado Sr. González Casado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "Que desestimando la acción ejercitada por Dª Dulce contra D. Segundo y Dª Joaquina , debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda rectora de las presentes actuaciones, condenando a la actora al pago de la totalidad de las costas que se han generado con motivo de la sustanciación del presente procedimiento."

SEGUNDO .- Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandante Dulce , dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Apelación Civil Nº 96/17, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y no estimándose necesaria la celebración de vista oral, quedaron los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para dictar sentencia.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Fernández Martínez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Interpone recurso de apelación la representación procesal de Dª Dulce , contra la sentencia que desestimó su demanda sobre acción de retracto de colindantes.

En el supuesto concreto que se somete a la decisión de esta Sala, el Juez "a quo" desestima la demanda rectora del pleito al considerar que la demandante no ha acreditado los requisitos exigidos en el artículo 1523 y artículo 1524 del Código civil para ejercer el derecho de retracto de colindantes.

SEGUNDO . Como primer motivo de su recurso alega la recurrente, que Dª María Purificación (anterior propietaria de la finca vendida) comunicó a la apelante la venta de la finca objeto de retracto cuando habría transcurrido en exceso el plazo de nueve días establecidos por el art. 1.524 del Código Civil .

En orden a analizar el plazo de caducidad de 9 días con que cuenta el retrayente para el ejercicio de la acción de retracto desde la toma de conocimiento de la venta - art. 1524 Código Civil - constante criterio jurisprudencial explica que dicho conocimiento debe ser cabal, completo, claro, preciso y sin aspectos dudosos respecto de todas las condiciones y circunstancias, de modo que el interesado decida su conveniencia sin acudir a indagaciones que legalmente no le vienen impuestas (por todas, SSTS 12-12-1986 , 28-2-1989 , y 21- 3-1990).

En el presente supuesto, obra en las actuaciones el acta notarial de Presencia nº 194/2016 (documento nº 4 de la contestación a la demanda), en la que la vendedora de la finca, Dª María Purificación , manifiesta, que la Sra. Dulce tuvo conocimiento de la compra de la finca objeto de retracto el día 15 de agosto de 2016 ya que ella misma le comunicó que la venta se había producido por escritura pública otorgada ante Notario el día 12 de agosto de 2016. En el Fundamento de Derecho Segundo y Tercero de la sentencia recurrida, el Juez de instancia valora el acta notarial de Presencia como una prueba testifical por conducto notarial que cumple los requisitos que establece el artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para llevar aparejada eficacia enervatoria de la acción.

La Sala de lo Civil del T.S. en Sentencia 13-05-91 señaló que: "El testimonio de las personas que formularon las manifestaciones recogidas en el acta notarial, ni siquiera tiene el valor de prueba testifical, al haberse aportado al proceso en forma documental y, por tanto sin ajustarse a las normas reguladoras de dicha prueba"

Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial, al presente supuesto, de poco vale, a los efectos del plazo de caducidad de 9 días con que cuenta el retrayente para el ejercicio de la acción de retracto desde la toma de conocimiento de la venta - art. 1524 Código Civil - la incierta y ambigua declaración en confesión efectuada por la vendedora de la finca en el acta notarial de Presencia nº 194/2016 citada anteriormente. El acta notarial no acredita la veracidad de las manifestaciones que recoge, sino solo el hecho de que una persona ante notario hace esas declaraciones en un momento determinado. Lo que acredita no es el contenido de la declaración, si no sólo la declaración en sí. Así pues, no puede otorgársele al acta notarial el valor de prueba testifical como lo



determina el Juez aquo en su sentencia, pues es incompatible con el carácter de inmediación y contradicción que esta prueba requiere.

Pues bien, en el caso enjuiciado la retrayente no recibe comunicación completa y rigurosa de las condiciones de la venta de la finca ya que la vendedora, D^a María Purificación , no ha acreditado por medio de la citada acta notarial que efectivamente comunicó a la recurrente, como era su obligación, la venta de la finca dentro del plazo de nueve días establecidos en el artículo 1524 del código Civil para poder ejercitar la retrayente el derecho de retracto.

El motivo del recurso de apelación ha ser estimado, y revocada, en este punto, la sentencia de instancia.

TERCERO . Como segundo motivo de su recurso considera la apelante que ha existido infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con el sentido y finalidad del retracto de colindantes, así como error en la valoración de la prueba.

La sentencia de instancia desestima la demanda de retracto interpuesta por considerar que dadas las concretas circunstancias de la finca parcela catastral número NUM000 que se pretende retraer, no puede ser considerada rústica a estos efectos.

El artículo 1.523 del Código Civil , exige como requisitos para que pueda prosperar la acción de retracto, los siguientes:

- a) La titularidad dominical del demandante, respecto de la finca colindante a la que se pretende retrotraer.
- b) Que la superficie de la finca sobre la que se quiera ejercitar el retracto sea inferior a una hectárea.
- c) Que las fincas sean colindantes, sin que entre ellas exista arroyos, acequias, barrancos, caminos u otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.
- d) Que se trate de fincas rústicas, lo que obviamente excluye a las fincas urbanas, aunque deja latente el no siempre fácil problema de delimitar las fincas de una u otra naturaleza, teniendo declarado la Jurisprudencia que se trata de una cuestión de hecho, debiendo valorarse en cada caso la situación de hecho de la parcela, sin que a estos efectos se considere decisivos los datos que ofrezca el Catastro o incluso el Registro de la Propiedad.
- e) Y finalmente, que la acción de caducidad se ejercite dentro del plazo de caducidad que prevé el artículo 1.524 del C.C , y que se ofrezca el pago del precio de la compraventa.

Además de los anteriores requisitos, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha añadido que para que proceda el retracto ha de tratarse de una finca destinada a la explotación agrícola en el momento de la perfección de la venta y que la finalidad del retrayente sea la unión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola (S.T.S. de 29/10/85 por todas ellas).

No puede olvidarse que la institución del retracto comporta inexcusablemente una limitación legal del ejercicio del derecho de propiedad (lo que conduce a criterios de interpretación estricta en la materia), según propio reconocimiento del mismo legislador expresado en la misma Exposición de Motivos del Código Civil, donde se hace notar que la razón de ser del retracto es la de 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 esta línea, se destaca por la Jurisprudencia, que función del retracto es reconstruir la propiedad rústica, agrupando y uniendo los predios minifundistas, esto es, favorecer la agrupación de pequeñas parcelas para hacer más rentable el cultivo, eliminando el minifundio, de suerte tal que el ejercicio de la acción de retracto ha de mirar al interés público y social, con preferencia al puramente privado de los particulares (SSTS 23 de febrero de 1982 , 14 de noviembre de 1991 , y 10 de 12 de 1991 , entre otras).

Si como se ha expuesto el derecho de retracto, pese a su pertenencia al derecho privado, responde a un interés público, que debe presidir la interpretación y la aplicación del derecho, para que pueda prosperar es preciso no solo la constatación de los requisitos formales que la normativa legal exige, sino que además que se produjera el resultado querido por el legislador. El interés particular del retrayente ha de coincidir con el interés público que preside la norma y tal ausencia de coincidencia obligaría a desestimar el retracto pese a que puedan cumplirse los requisitos formales (así STS de 12 de febrero de 2000).

Por tal motivo el Tribunal Supremo ha denegado en ocasiones el retracto, no obstante concurrir los requisitos legales o formales, por el hecho de que el ejercicio de la acción no responde a los perseguidos por el citado instituto (SSTS de 19 de octubre de 1981 , 29 de octubre de 1985 y 22 de enero de 1991). Es decir, que junto a los requisitos de orden objetivo, ha de constatarse y quedar probado el dato de la finalidad que al derecho de retracto dio el legislador.



CUARTO . Teniendo en cuenta la sentencia apelada y los argumentos del recurso, hemos de valorar nuevamente en esta alzada la concurrencia de la cualidad de rústica de la finca que se pretende retrotraer y los requisitos jurisprudencialmente exigidos y arriba citados de destino agrícola de la finca en el momento de la venta y de finalidad de eliminar el minifundismo para mejorar la producción

Así, y como hemos dicho antes, la Jurisprudencia tiene establecido que la calificación como rústica de una finca es una cuestión de hecho, distinguiéndose entre predios rústicos y urbanos:

- 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, sin que en ningún caso afecte a la calificación que merezca la finca en atención a tales criterios las menciones que puedan constar al efecto en los registros públicos (STS 18 de abril de 1997).

Y por lo que se refiere a la casuística, en la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, se ha atendido para negar la condición de rústica a una finca, a su proximidad a casco urbano, a los accesos y servicios que posee, a la falta de destino agrícola en los años inmediatamente anteriores y a la falta de condición de agricultor del propietario retrayente (STS 17-11-1979 , 14-11-1991 , y 18-4-1997).

Teniendo en cuenta lo expuesto, y centrándonos en el caso que nos ocupa, destacamos que consta en las actuaciones que la zona en donde se encuentra la finca objeto de retracto está calificada urbanísticamente como "zona industrial agropecuaria destinada a actividades industriales, almacenaje y usos ganaderos de posible extensión" y así lo acredita el Certificado del Ayuntamiento de El Royo aportado como documento número 6 de la contestación a la demanda y las fotografías que acompañan al Acta Notarial; la citada finca no está destinada a cultivo alguno y cuenta con servicios de agua, electricidad, saneamiento y acceso rodado como así queda acreditado en la grabación digital del Juicio Oral por las declaraciones de los testigos, D. Eusebio , D. Horacio , D^a Josefina , D^a Raimunda y D^a María Virtudes ; por otra parte obra en las actuaciones el Acta Notarial de Presencia nº 1914/2016 en la que el Sr. Notario advierte como entre las fincas - la 5041 propiedad de la actora y la NUM000 propiedad de los demandados - existe una separación consistente en vallas de piedra, de paredes de majada y una acequia que constituye una servidumbre aparente para desagüe de las aguas de lluvia que discurre en sentido Este-Oeste.

Valorando conjuntamente lo anterior, hay que concluir que la finca no puede ser calificada como rústica a los efectos del derecho de retracto. A mayor abundamiento, tampoco se cumplen en el caso todos los requisitos jurisprudenciales arriba mencionados, toda vez, que tampoco ha quedado acreditado que la finalidad de la retrayente sea la unión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola, ya que la recurrente tiene 80 años, está jubilada y no es profesional de la agricultura. Por todo lo expuesto el motivo del recurso debe ser desestimado.

QUINTO .-La parcial estimación del recurso de apelación y de la demanda inicial, conlleva que no proceda realizar especial condena en las costas de ninguna de las instancias (artículos 394,2 y 398,2 de la L.E.C .)

De conformidad con el número 8 de la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio), añadida por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre si se estimare total o parcialmente el recurso o la revisión o rescisión de sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución del depósito, por lo que procede la devolución a la parte recurrente de la cantidad depositada para el recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de común y pertinente aplicación

FAL LAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Lavilla Campo, en nombre y representación de D^a. Dulce , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Soria, el día 15 de mayo de 2017, en los autos de juicio ordinario nº 265/16 de ese Juzgado, debemos **revocar y revocamos** los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de dicha resolución, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Todo ello, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de ninguna de las instancias, y con devolución a la parte apelante del depósito ingresado para interponer el recurso.

Asi por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.