



Roj: **SAP MA 732/2017 - ECLI: ES:APMA:2017:732**

Id Cendoj: **29067370042017100120**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **09/02/2017**

Nº de Recurso: **120/2015**

Nº de Resolución: **85/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL TORRES VELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 85/2017**

AUDIENCIA PROVINCIAL Málaga

SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

PRESIDENTE ILMO. SR.

DON MANUEL TORRES VELA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

DON FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ

DON JAIME NOGUÉS GARCÍA

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº3 DE MALAGA

ROLLO DE APELACIÓN Nº **120/2015**

JUICIO Nº 703/2007

En la Ciudad de Málaga a nueve de febrero de dos mil diecisiete.

Visto, por la SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el juicio de Procedimiento Ordinario Nº 703/2007 procedente del Juzgado de Primera Instancia referenciado. **Interpone recurso** D. Evangelina y D. Benigno que en la instancia han litigado como parte demandada y comparecen en esta alzada representados por la Procuradora Dª MARIA VICTORIA MURATORE VILLEGAS y defendidos por el letrado D. JOSE LUIS GARCIA INFANTES. Es **parte recurrida** D. Dimas IMPUGNANTE, que en la instancia ha litigado como parte demandante y comparece en esta alzada representado por el Procurador D. JESUS RAUL PEREZ SEGURA.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 10 de septiembre de 2014, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "*Que debo estimar y estimo la demanda presentada en nombre y representación de D. Dimas frente a D. Benigno y DÑA. Evangelina declarando el derecho del demandante a retraer la finca transmitida a los demandados ( la parcela nº NUM000 del polígono NUM001 del catastro de Rústica de Almogía), condenándoles a otorgar escritura pública de venta, con apercibimiento de ser otorgada a su costa en caso contrario sin imposición de costas procesales a ninguna de las partes. "*

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se



ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 30 de enero de 2017 quedando visto para sentencia.

**TERCERO.**- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL TORRES VELA quien expresa el parecer del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

**PRIMERO** .- Frente a la sentencia de instancia , que estimó la demanda origen de este procedimiento, declarando el derecho del demandante a retraer la finca transmitida a los demandados, parcela nº NUM000 del polígono NUM001 del catastro de Rústica de Almogía, condenándoles a otorgar escritura pública de venta, con apercibimiento de ser otorgada a su costa en caso contrario, sin imposición de costas a ninguna de las partes, se alza el presente recurso de apelación, que en síntesis se sustenta en los siguientes motivos: 1) Reproduce en esta alzada las excepciones de falta de legitimación activa, litisconsorcio pasivo necesario y prescripción y caducidad de la acción ejercitada, que fueron desestimadas en la instancia. 2) En cuanto al fondo del asunto porque no concurren los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción de retracto ejercitada, ya que existe una servidumbre entre ambas fincas y no se acredita que la finca constituya una explotación agrícola, habiendo incurrido la juzgadora en error al valorar la prueba practicada.

La parte apelada impugnó las alegaciones efectuadas de contrario, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada.

**SEGUNDO** .- Los motivos de recurso, que se articularon con base a la supuesta errónea apreciación de la prueba practicada por parte de la juzgadora de instancia, han de ser desestimados, por cuanto con independencia de que todas las cuestiones que en cuanto a las excepciones procesales planteadas y respecto del fondo del asunto suscita la recurrente en su escrito de recurso fueron resueltas de manera explícita y razonada en la sentencia apelada, cuya fundamentación la Sala comparte, hace suya y da por reproducida a fin de evitar repeticiones innecesarias, entiende la Sala que respecto de la pretendida errónea valoración de la prueba practicada es sobradamente conocido que en la apreciación de las pruebas no puede prevalecer el particular interés de las partes sobre el criterio objetivo e imparcial del Juzgador a quo, salvo que sus resultados sean ilógicos o absurdos, llegando a decirse, en la S. TS. de 18-4-1992 , 30-4- 1988, «en principio, es soberano (el Tribunal) en la apreciación de la prueba, salvo que aquélla resulte ilógica o absurda» o «contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica». Y es que en nuestro ordenamiento rige el principio de la libre valoración de la prueba por el Tribunal, cuyos resultados, obtenidos a través de la valoración conjunta de toda la prueba, han de prevalecer por estar inspirados en criterios objetivos y desinteresados, SS. 11-4- 1988 , 18-10-1989 , 8-7-1991 , entre otras muchas.

Pues bien el caso de autos, el estudio pormenorizado, detallado y preciso que la juzgadora realiza de la prueba practicada, no queda desvirtuado por las alegaciones de la recurrente fundadas en su personal y subjetiva apreciación de los hechos, ya que la jurisprudencia viene estableciendo al respecto como a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses - T.S. 1ª SS. de 16 de junio de 1970 , 14 de mayo de 1981 , 22 de enero de 1986 , 18 de noviembre de 1987 , 30 de marzo de 1988 , 1 de marzo y 28 de octubre de 1994 , 3 y 20 de julio de 1995 , 23 de noviembre de 1996 , 29 de julio de 1998 , 24 de julio de 2001 , 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003 .

Y es que la parte apelante intenta desvirtuar las conclusiones a que llegó la juzgadora de instancia, en apreciación con arreglo a las reglas de la sana crítica, de la prueba documental aportada y testifical practicada, valoración que no solo no resulta ilógica ni absurda sino todo lo contrario. En efecto respecto de la excepción de falta de legitimación activa, si bien es cierto que la jurisprudencia ha establecido reiteradamente que la certificación catastral por si sola no constituye título suficiente para acreditar el dominio no lo es menos que en el presente caso dicha prueba documental vino corroborada por la prueba testifical practicada, ya que todos los testigos que depusieron en el acto de juicio, incluidos los vendedores de la finca vendida objeto de retracto, afirmaron que el actor era el propietario de la finca colindante con la que es objeto de retracto por título de herencia de su abuelo, y en tales casos la jurisprudencia ha precisado: "Es bien sabido, tal como se determina por Sentencia del TS de 26 de mayo de 2000 , que "la inclusión de un bien inmueble en un catastro, amirallamiento o registro fiscal, no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular de él, en dicho Registro, y lo mismo los recibos de pago de los correspondientes impuestos, y tal indicio, unido a otras pruebas, puede llevar al ánimo del Juzgador el convencimiento de que,



**efectivamente, la propiedad pertenece a dicho titular**, pero no puede constituir por sí sola un justificante de tal dominio, ya que tal tesis conduciría a convertir a los órganos administrativos encargados de ese registro en definidores del derecho de propiedad, y haría inútil la existencia de los tribunales de Justicia, cuya misión es precisamente la de declarar los derechos controvertidos". Añadiendo que "el catastro afecta sólo a datos físicos, nada más, no sienta ninguna presunción de posesión dominical a favor de quien en él aparece como propietario. Si las certificaciones catastrales no prueban la propiedad, no pasan de ser meros indicios que necesitan conjugarse con otros medios probatorios".

Así mismo en cuanto a la excepción de litis consorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la esposa del adquirente, su desestimación deviene obligada cuando no solo el actor, a instancia del juzgado, dio traslado de la demanda a la esposa del demandado, una vez que conoció a través de la contestación a la demanda que se encontraban casados en régimen de gananciales, circunstancia que no tenía que conocer, ya que en el contrato de compraventa aparece como comprador solamente el Sr. Benigno (no su esposa) y tampoco existe referencia alguna a que dicha adquisición se realizara a favor de su sociedad de gananciales, sino porque resuelta la cuestión en la audiencia previa no consta que se impugnara la decisión adoptada ni se consignara protesta alguna a efectos de ulterior recurso.

Por último respecto de la caducidad de la acción ejercitada. Los fundamentos fácticos de la resolución apelada se han de mantener, siendo relevante, contra de lo que se afirma por los recurrentes, que ni el actor en prueba de interrogatorio de parte, reconoció que junto con el burofax recibido se le remitió una fotocopia del contrato de venta, sino todo lo contrario, pues la Sala tras la audición del DVD en el que aparece grabado el acto de juicio no obtiene dicha conclusión, ni del propio texto del burofax puede entenderse que se realizó tal remisión, lo cual tampoco fue reconocido por los remitentes del mismo que también depusieron como testigos en el acto de juicio, lo cual además viene corroborado por el hecho de que tuviera que acudir al procedimiento de diligencias preliminares para que se le facilitara copia de dicho documento a fin de poder ejercitar su acción de retracto. No hay, por tanto, constancia de que antes de dicho procedimiento el actor contase con los datos de la venta, de forma que se ha aplicado correctamente la doctrina, que ha de considerarse mayoritaria, de situar el comienzo del plazo de caducidad en el conocimiento de las circunstancias fácticas que permiten ejercer el derecho de adquisición preferente. Como señalamos en la sentencia de, 29/6/2007, recaída en el rollo 290/06 <<el conocimiento de la venta a efectos de inicio de la acción, que ha de ser de todas sus condiciones, no la mera noticia de haberse efectuado ( STS 18/11/71 ó 7/3/96 ) y que ha de ser cabal y completo, referido a todos los pactos y condiciones de la venta ( STS 6/6/88 y en el mismo sentido STS 15/10/91 , 28/6/95 o 14/11/2002 )>>.

**TERCERO** .- En cuanto al fondo del asunto, como señala la STS de 29/5/2009 : " *Siendo la acción ejercitada en el presente proceso la de retracto de colindantes, no es baldío recordar su concepto y función. Se trata de un retracto legal que el artículo 1521 del Código civil define como subrogación, pero que realmente es el poder para adquirir una cosa una vez transmitida a tercero, con las mismas condiciones que éste; lo que constituye un límite a la propiedad en interés privado, en cuanto queda restringido el derecho de propiedad del adquirente a mantenerlo. 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.*

*El artículo 1523 contempla el retracto legal de colindantes a favor del propietario, primero de finca rústica, segundo , que sea colindante, tercero, de la finca que se transmite a título oneroso a un tercero, cuarto, cuya cabida no exceda de una hectárea "*.

Tras nuevo estudio de lo actuado a virtud de la facultad revisora que el recurso de apelación concede a este Tribunal ad quen, puede concluirse que concurren todos los presupuestos para que deba de ser acogida la acción ejercitada por el actor según vienen exigidos en el indicado precepto del Código Civil, en cuanto exige:

A) Que quien esgrime la acción sea titular, propietario de un fondo de naturaleza rústica, colindante con el que fue objeto de compraventa entre terceros, cuestión resuelta anteriormente.

B) La realidad de tal situación de colindancia entre el fondo del retrayente y el que es objeto de la acción de retracto, esto es que las fincas en cuestión no estén separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos u otras servidumbres aparentes, colindancia que quedó acreditada en el acto del procedimiento judicial, sin que por el contrario se haya acreditado que entre ambas exista servidumbre de paso o accidente geográfico alguno, habida cuenta que dando por reproducidos los razonamientos contenidos al respecto en la resolución apelada, aún admitiendo a efectos dialécticos su existencia y que se hubiera constituido la misma en beneficio del predio de la retrayente esta se extinguiría al reunirse las fincas como consecuencia de la acción de retracto ejercitada, según se dispone en el Art. 546.1º del CC , ya que cuando el Art. 1523 del mismo Código se pronuncia



acerca de la existencia de servidumbres aparentes ya específica que han de ser en provecho de otras fincas, lo que excluye el supuesto de servidumbres constituidas exclusivamente a favor de la finca del retrayente (ver sentencias que cita la parte apelada de la AP de Cantabria, Sección 4ª, de 24 de julio de 2003, Valencia, Sección 9ª, de 1 de abril de 2003 y Lugo, Sección 1ª, de 22 de marzo de 2001 ).

C) Que a su vez el fundo retraído no sea colindante con otro propiedad de quien lo adquirió, el sujeto pasivo de la acción de retracto, lo que que no sucede ni se discute en este procedimiento.

D) Que el fundo retraído sea también de naturaleza rústica, cuestión también discutida por el recurrente, que quedó debidamente acreditada no solo con la declaración del actor, en el sentido de que cultiva personalmente su finca, cuyos frutos destina a su consumo propio, sino que se desprende de la prueba pericial practicada a instancia del demandado, según la cual la citada finca es de naturaleza rústica, se encuentra arada y posee almendros y olivos, careciendo de cualquier tipo de construcción, sin que por la demandada se haya desvirtuado tal condición, sobre todo cuando por su situación o emplazamiento no consta que tenga naturaleza distinta. No obsta a ello el hecho de que el actor no tenga la condición de profesional de la agricultura. Se comparte el criterio de la resolución recurrida sobre que en el retracto de colindantes el Código Civil no exige en el retrayente las referida cualidad como requisito necesario para el triunfo de la acción. En este sentido es tajante la STS 29-5-2009, nº 418/2009 , al indicar respecto de la alegación de la parte recurrente sobre que el retrayente no era agricultor, "que no interesa en la aplicación del retracto". Por último consta que por su aprovechamiento la finca del actor se destina únicamente a la agricultura y no a otra finalidad, obteniéndose rendimientos de su cultivo, aunque sean de escasa entidad, entre otras razones por su escasa superficie. Así, pues, no resulta comprensible la contumacia de la parte apelante en persistir en argumentos que su propia prueba refuta. Las fincas son rústicas, tanto en su realidad como en su condición urbanística y su destino es agrícola y no otro,

E) La superficie del fundo retraído no exceda de una hectárea." , cuestión que tampoco se discute por los recurrentes.

En consecuencia, este motivo también ha de ser rechazado.

**CUARTO** .-La desestimación del recurso conlleva la condena de los recurrentes al pago de las costas causadas en esta alzada, conforme a lo dispuesto en el Art. 398 de la LEC .

Además dichas partes perderán el depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS.**

Que desestimando el recurso interpuesto por la representación procesal de Dª. Evangelina y D. Benigno contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Málaga, de fecha 10 de septiembre de 2014 , en los Autos de Juicio ordinario Nº 703/2007, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución, con expresa imposición de costas a los recurrentes, que además perderán el depósito constituido para recurrir.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente de lo que doy fe.