



Roj: **SAP O 3370/2017 - ECLI: ES:APO:2017:3370**

Id Cendoj: **33024370072017100546**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **30/11/2017**

Nº de Recurso: **391/2017**

Nº de Resolución: **555/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA PIEDAD LIEBANA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00555/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

SECCIÓN SÉPTIMA

N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

MLG

N.I.G. 33024 42 1 2016 0009368

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000391 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000872 /2016

Recurrente: Aurelio

Procurador: M^a EUGENIA CASTAÑEIRA ARIAS

Abogado: JORGE TELENTI ALVARGONZALEZ

Recurrido: Eugenio , Carmen

Procurador: CARMEN REY-STOLLE CASTRO, CARMEN REY-STOLLE CASTRO

Abogado: JAVIER CHILLON FERNANDEZ, JAVIER CHILLON FERNANDEZ

SENTENCIA N° 555/17

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

D^a MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ

D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

En GIJON, a treinta de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000872 /2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000391 /2017, en los que aparece como parte



apelante, DON Aurelio , representado por el Procurador de los tribunales, D^a M^a EUGENIA CASTAÑEIRA ARIAS, asistido por el Abogado D. JORGE TELENTI ALVARGONZALEZ, y como parte apelada, DON Eugenio y DOÑA Carmen , representados por el Procurador de los tribunales, D^a CARMEN REY-STOLLE CASTRO, CARMEN REY-STOLLE CASTRO, asistidos por el Abogado D. JAVIER CHILLON FERNANDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Siete de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 27 de abril de 2017 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a María Eugenia Castañeira Arias, en nombre y representación de D. Aurelio , debo absolver y absuelvo libremente a los demandados D. Eugenio y D^a Carmen , representados por la Procuradora de los Tribunales D^a Carmen Rey Stolle Castro, de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas causadas en el presente procedimiento. Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DON Aurelio , se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 25 de octubre de 2017.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DOÑA MARÍA PIEDAD LIÉBANA RODRÍGUEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la primera instancia, objeto de impugnación por D. Aurelio , desestimó la acción de retracto de colindantes de finca rústica ejercitada por el reseñado Sr. Aurelio , en su condición de propietario de la finca rústica " DIRECCION000 " sita en términos de la parroquia de DIRECCION001 , concejo de Gijón; parcela catastral NUM000 del polígono NUM001 de Castiello-Gijón e inscrita en el Registro de la Propiedad nº 5 de Gijón, frente a D. Eugenio y D^a Carmen , adjudicatarios en la subasta celebrada en un procedimiento ejecutivo seguido contra, entre otros, Promociones Villa del Piles, S.L., de las 12/13 partes indivisas de la finca inscrita como rústica con el nº NUM002 , denominada " DIRECCION002 ", segregada de la " DIRECCION003 ", sita también en la parroquia de DIRECCION001 , concejo de Gijón, dedicada a prado y pomarada, constando inscrita a nombre de D. Clemente en cuanto a 1/13 parte indivisa y a nombre de Promociones Villa del Piles, S.L en cuanto a las 12/13 partes indivisas restantes, siendo la parcela catastral NUM003 del polígono NUM001 de Castiello-Gijón. Finca colindante con la parcela del actor.

Resolución fundada en que, en el supuesto enjuiciado, no concurre el segundo de los requisitos exigidos por el artículo 1.523 del Código Civil (CC), ya que el objeto del retracto no es la totalidad de la finca, sino una parte indivisa de la misma, pues el derecho de adquisición preferente conferido legalmente al retrayente debe ejercitarse conforme al precepto citado en su integridad; no se cumpliría la finalidad de la norma de evitar el fraccionamiento excesivo de fincas rústicas; se produciría una situación de comunidad sobre la finca retraída; el derecho de adquisición preferente conferido legalmente al retrayente debe ejercitarse, conforme al precepto citado, en su integridad y no existe virtualidad futura incontestable de que se vaya a producir una consolidación completa del derecho de dominio, en la persona del retrayente.

SEGUNDO.- En el recurso de apelación formulado por el actor, D. Aurelio , se insta la revocación de la sentencia de instancia con la consiguiente estimación de la acción de retracto ejercitada en la demanda, aduciendo que la STS de 13 de febrero (no de noviembre) de 1.987 citada en la recurrida, no recoge la imposibilidad de ejercitar el retracto sobre una parte o participación de la finca, sino la falta de legitimación activa para su ejercicio por el titular de una cuota indivisa de la finca retrayente por accionar en beneficio propio y no en beneficio de la comunidad y con el consentimiento de los demás comuneros. Argumentando, seguidamente, en contra de lo razonado por el Magistrado de instancia, que en este supuesto se cumple la finalidad de la norma dirigida a evitar el excesivo fraccionamiento de fincas rústicas, además de mejorar la explotación ganadera del actor, quedando facultado para pedir judicialmente la división de la finca, de ser divisible, incorporando las 12/13 partes de la misma a la finca de su propiedad, formando así una sola finca, o de ser indivisible, instar su venta en pública subasta, supuesto en el que o bien se le podría adjudicar, pasando a ser de su propiedad, o bien de adjudicarse a un tercero extraño, ejercería su derecho de retracto sobre la totalidad de la finca.

Resulta necesario recordar para resolver la cuestión planteada a la Sala, que la acción de retracto de colindantes que proclama el artículo 1523 del Código civil , es un retracto legal que, como indican las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2008 y de 26 de febrero de 2010 , 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 una subrogación, como se define habitualmente, sino una venta forzosa por el comprador al retrayente. Retracto que es una limitación impuesta a la propiedad rústica que, aunque redunde en provecho de un particular, está motivada por el interés general, como han reiterado las Sentencias de 12 de febrero de 2000 , 20 de julio de 2004 y 2 de febrero de 2007 en la que se recoge, citando a la reseñada en primer lugar, que *"la justificación del retracto de colindantes viene a ser de interés público a fin de evitar la excesiva división de la propiedad y no la de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares (SS 25-11-1895 , 11-2-1911, 5- 6-1945, 17- 12-1958 y 31-5-1959) , prevaleciendo el interés de la agricultura, y esta finalidad es la que debe presidir la interpretación del artículo 1253, por lo que esta clase de retracto actúa como carga de derecho público que limita la propiedad, motivada por el interés general (Sentencia de 22-1-1991)"*. Y, reiterando lo declarado en la STS de 20 de julio de 2004 , que concita de la Sentencia de 18 de abril de 1991 , se expresa en los siguientes términos: *"es doctrina jurisprudencia de esta Sala la que determina que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica-minifundio-, allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de riqueza; finalidad la expresada que debe presidir la interpretación del artículo 1253 del Código Civil , y que como todos los retractos legales, y lo es el de fincas rústicas colindantes, son limitaciones de tal clase de propiedad, a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, por lo que habrá de orientarse a cada caso concreto, a fin de que se obtenga el resultado querido por el legislador (por todas, sentencia de 22 de enero de 1991)"*.

Finalidad social legitimadora de la acción ejecutada a la que ya aludió esta Sala en su sentencia de fecha 23 de diciembre de 2005 , con cita de otras de esta Audiencia de 28 de septiembre de 1995 y 19 de mayo de 1998 , prueba que pesa sobre el actor (art. 217 LECivil).

Doctrina jurisprudencial que ha sido correctamente aplicada por el Magistrado de instancia, cuando afirma que en el caso de autos no se cumple la finalidad de la norma al no concurrir el segundo de los requisitos exigidos por el artículo 1.523 del Código Civil (CC), toda vez que su objeto no es la totalidad de la finca, sino una parte indivisa de la misma, pues el derecho de adquisición preferente conferido legalmente al retrayente debe ejercitarse, conforme al precepto citado, en su integridad.

Siendo acertada la cita contenida en la recurrida de la STS de 13 de noviembre de 1987 , en contra de lo sostenido en el recurso, ya que aunque ciertamente se pronuncia sobre la falta de legitimación de la recurrente, titular de una cuota indivisa de la finca colindante al solicitar la tutela jurídica en provecho propio y no en beneficio de la comunidad y aunque la situación de indivisión afecta a la finca del retrayente, contiene un pronunciamiento trasladable al caso enjuiciado, en cuanto recoge en su Fundamento de Derecho Segundo, in fine, que *"...no se produciría la unión de las fincas colindantes, desde el momento en que el retrayente sería copropietario de una parte indivisa de una finca, y propietario único de la otra. Debiendo agregarse, a mayor abundamiento, que una de las fincas podría, en el futuro y cuando se proceda a su división, adjudicarse a copropietario distinto del retrayente, lo que definitivamente frustraría la indicada finalidad"* (finalidad del retracto, facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece un obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza según la exposición de motivos del Código Civil, como había indicado previamente).

Dentro de las Sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales, si bien el supuesto de autos no ha sido objeto de análisis por su mayoría, si se ha pronunciado sobre un caso en el que se ejercitaba el derecho de retracto sobre parte de una finca indivisa, concluyendo que en estos casos no era posible el ejercicio del derecho de retracto del colindante, la Audiencia Provincial de Zamora, Sec. 1ª, en Sentencia de fecha 7 de marzo de 2011 , dando por reproducido el contenido de la Sentencia de dicha Audiencia de fecha 15 de noviembre de 2002 , donde se decía *"Sin embargo, la última de las soluciones expuesta choca frontalmente, no solo con el sentido literal del artículo 27 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias , sino la propia finalidad del retracto de colindantes, pues el número 1 del artículo 27 citado emplea la expresión: "venta de una finca rústica", refiriéndose sin duda alguna a la venta de la finca en su totalidad, sin contemplar, como así lo hace el artículo 96, las expresiones "porción determinada" "o de una participación indivisa" cuando delimita el objeto retraible, por lo que no sería aplicable al supuesto de venta de porciones indivisas. Por otro lado, tampoco cumpliría con la finalidad de la norma legal: evitar el fraccionamiento excesivo de fincas rústicas, según la Exposición de Motivos, pues seguirían subsistiendo dos fincas rústicas independientes, a lo cual habría que añadirle la indeseada situación de comunidad sobre la finca. Por todo ello, conjugando el derecho de adquisición preferente de la propiedad del anterior arrendatario, aunque lo sea exclusivamente sobre la tercera parte indivisa, con el incumplimiento de la finalidad perseguida por la norma legal de impedir el fraccionamiento de las fincas rústicas, si se admitiera el retracto de colindantes sobre las dos terceras partes indivisas, y con el principio de libertad*



de contratación regulado en el Código Civil, nos lleva a la conclusión de desestimar el retracto de colindantes ejercitado".

Criterio coincidente con el esgrimido en la sentencia de primera instancia y que es compartido por la Sala, con la consiguiente desestimación del recurso, al resultar innecesario el análisis dirigido a comprobar si concurren el resto de los requisitos exigidos legalmente para el éxito de la acción ejercitada.

TERCERO.- Desestimado el recurso se imponen las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante (Art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En atención a lo expuesto la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, dicta el siguiente

FALLO

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Castañeira Arias, en representación de D. Aurelio , contra la sentencia dictada en fecha 27 de abril de 2017 en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 872/2016, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia Número SIETE de Gijón y, en consecuencia, **SE CONFIRMA** dicha resolución en su integridad. Con imposición de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante.

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