



Roj: **SAP P 464/2017 - ECLI: ES:APP:2017:464**

Id Cendoj: **34120370012017100464**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2017**

Nº de Recurso: **289/2017**

Nº de Resolución: **323/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ALBERTO MADERUELO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PALENCIA**

**SENTENCIA: 00323/2017**

Modelo: N10250

AVENIDA ANTIGUA FLORIDA 2

Tfno.: 979.167.701 Fax: 979.746.456

**N.I.G.** 34056 41 1 2016 0000184

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000289 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CERVERA DE PISUERGA

**Procedimiento de origen:** OR7 ORDINARIO RETRACTO-249.1.7 0000098 /2016

Recurrente: Nicanor

Procurador: ANA ISABEL VALBUENA RODRIGUEZ

Abogado:

Recurrido: Purificacion

Procurador: MARIA BEGOÑA TEJERINA DE LA MATA

Abogado:

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA Nº 323/17**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

**Ilmo. Sr. Presidente**

Don Mauricio Bugidos San José

**Ilmos. Sres. Magistrados**

Don José Alberto Maderuelo García

Don Carlos Miguelez Del Rio

En la ciudad de Palencia, a quince de diciembre de dos mil diecisiete.



LA SECCIÓN N. 1 de la Audiencia Provincial de Palencia constituida por los Il'tmos. Sres. anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2017 dictada por el Juzgado de primera instancia nº 1 de Cervera de Pisuerga en autos de Retracto.

Han sido parte en el recurso como APELANTE, D. Nicanor , representado por el Procurador Sra. Valbuena Rodríguez y defendido por el Letrado Sr. Vilda Moreno y como APELADA, Dª Purificacion , representada por el Procurador Sra. Tejerina de la Mata y defendida por el Letrado Sr. Martín Roldán y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don José Alberto Maderuelo García.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana. I. Valbuena Rodríguez en nombre y representación de d. Nicanor contra Doña Purificacion representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Begoña Tejerina de la Mata y en consecuencia, se absuelve a la parte demandada de todos los pedimentos en su contra, con expresa condena en costas a la parte actora".

2º.- Contra dicha sentencia el actor Sr. Nicanor interpone recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante esta Audiencia, y no habiendo propuesto prueba en segunda instancia es procedente dictar sentencia.

3º.- En la tramitación del recurso se han observado en ambas instancias las formalidades legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

**PRIMERO** .-Planteada demanda de Retracto por D. Nicanor , respecto de una finca no inscrita en el Registro de la Propiedad descrita como "Finca excluida de concentración. Terreno dedicado a prados o praderas, al sitio de Prado de la Fuente, Ayuntamiento de Aguilar de Campoo (Palencia), que tiene una extensión superficial de seis áreas y treinta centiáreas y es por tanto indivisible conforme a la legislación vigente. Polígono NUM000 , parcela NUM001 . Linda en Viento Sur con las fincas números NUM002 y NUM003 de Nicanor y Apolonio , respectivamente, la Juez a quo consideró que el actor no había acreditado los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para el éxito de la acción ejercitada y desestimó la demanda.

No conforme con el resultado que le ha sido adverso recurre en apelación el Sr. Nicanor , para que la nueva revoque la resolución recurrida y previa estimación de la demanda acuerde el retracto a su favor de la finca litigiosa. Como motivos del recurso alega error en la valoración de la pruebas por la Juez a quo y en la aplicación del derecho por inaplicación del art.1521 y art. 1523 ambos del CC , reproduciendo los argumentos ya alegados en la demanda, a saber, la rusticidad de la finca litigiosa y la dedicación a la actividad agraria del retrayente

La parte demandada apelada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO** .- El motivo principal del recurso de apelación es el cuestionamiento de la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de instancia, sobre el que viene estableciendo reiteradamente esta Sala, 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 ( SSTS 11 abril 1988 , 18 octubre 1989 , 8 julio 1991 , entre otras muchas). En este sentido, la jurisprudencia viene estableciendo, como doctrina constante y reiterada, que 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 ( SSTS de 16 de junio de 1970 , 30 de marzo de 1988 , 28 de octubre de 1994 , 20 de julio de 1995 , 29 de julio de 1998 , 24 de julio de 2001 , 3 de abril de 2003 ).

No obstante la Sala, en cuanto órgano "ad quem", tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos ("quaestio facti") como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes ("quaestio iuris") para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y substantivas de aplicación al caso y puesto que la apelación constituye una nueva instancia, con plenitud de cognición para el Tribunal pues se trata de un "novum iudicium", un recurso de plena jurisdicción que permite al Tribunal de apelación revisar todos los aspectos del asunto, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstos, tanto fácticos como jurídicos, con el único límite de la



prohibición de la "reformatio in peius" y el de la inmodificabilidad de los aspectos consentidos o no impugnados ( STS de 30 de abril de 1998 ).

Un nuevo examen de la prueba practicada en la instancia lleva a la Sala a considerar que la Juez a quo ha incurrido en error al valorar la prueba y al aplicar el derecho. Como se ha expuesto, la acción ejercitada era la de retracto de colindantes del Código Civil, art.1523 , que establece "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. El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieran separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas en provecho de otras fincas. Si dos o mas colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite.

Aún a riesgo de ser reiterativos, la jurisprudencia exige al menos desde la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 2004 , que la finalidad del retracto de colindantes sea 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 1.523 del Código Civil y que, como todos los retractos legales, es una limitación de la propiedad a modo de carga de derecho público, pues, aunque pueda redundar en provecho de particulares, está motivado 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.

**TERCERO** .-El actor pretende retraer una finca excluida de concentración, al sitio de Prado de la Fuente, con una extensión de seis áreas y treinta centiáreas (por tanto indivisible y menor de una hectárea), sita en el Polígono NUM000 , parcela NUM001 del Ayuntamiento de Aguilar de Campoo que linda por su viento sur, con la finca núm. NUM002 propiedad del actor Nicanor y con la núm. NUM003 de Apolonio , finca litigiosa que desde el día 3 de septiembre de 2014, pertenece a la demandada Purificación por compra a su anterior propietario D. Florencio .

No se discute en esta alzada que la acción está ejercitada dentro de plazo, ni que la finca del actor y la adquirida por la demandada sean colindantes, extremo que fue objeto de controversia en la instancia y ya resuelto por la juez y no siendo objeto de impugnación deviene firme.

Lo que sí se discute y debe analizarse es si en el caso litigioso se cumple la finalidad del retracto ya que el apelante discrepa del criterio de la juez a quo para rechazar su pretensión al considerar que sólo subyace un interés particular de quién no figura inscrito en el Registro de Explotaciones Agrarias de Castilla y León y su actividad principal no es la de agricultor sino la de Administrador Único de dos sociedades mercantiles " Osergón SL" cuyo objeto social es la fabricación de hormigón fresco, extracción y comercialización de áridos y "Canteras Osergón SL" cuyo objeto social es la preparación y comercialización de rocas, piedras, arenas, gravas y materiales de construcción, preparación del terreno para realización de obras civiles tal como consta en la Información general Mercantil que se aportó con la contestación a la demanda (f-176 a 179) cuando ni lo uno ni lo otro debe suponer un obstáculo.

Por el contrario, se ha acreditado que es propietario de la parcela colindante nº NUM002 , que según descripción del Catastro está destinada a uso agrícola. En consideración de la juez a quo la prueba practicada no acredita que el retracto cumpla la finalidad que debe llevar consigo, criterio no compartido por la Sala que entiende que el litigioso sí lo cumple aún a pesar de que el actor apelante no tenga como actividad profesional principal la de agricultor, pues la tiene como secundaria y esa carencia, por si sola (algunas sentencias han tenido en cuenta este criterio, junto con otros, para denegar el retracto así, STS de 14 de noviembre de 1991 y 2 de febrero de 2007 ), no hace ineficaz la pretensión ejercitada al no ser un requisito legal para el éxito de la acción de retracto del Código Civil.

**CUARTO** . El interés público del retracto del art.1523 del CC es evitar el minifundio o excesiva división de la propiedad. Esta finalidad se ha reiterado por la jurisprudencia, así el Auto del Tribunal Sala 1ª 4 de febrero de 2008 Recurso 5022/2000 "El retracto legal puede ser definido como 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, aunque, en realidad no supone una subrogación en sentido propio, sino más bien una venta forzosa por parte del comprador al retrayente. Se trata en cualquier caso, y concretamente en el del retracto de colindantes o asurcanos, 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 art.1524 CC , que transcurrido ya no puede tener lugar el retracto.

Del citado artículo 1523 del CC , se derivan los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción de retracto entre colindantes: Debe tratarse de una finca de naturaleza rústica, es decir, destinada a la explotación agrícola, aunque esté abandonada, de menos de una hectárea, y que la venta o dación en pago de dicha finca se haga a un extraño, es decir que la transmisión de la finca deberá celebrarse con quien no sea ya colindante, pues de otra forma no se cumpliría el fin perseguido por la ley que radica en acabar con la división excesiva de la propiedad rústica ( Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre 2007 ). La jurisprudencia ha señalado que el retracto sólo tiene sentido en el caso de que la enajenación se realizase a un extraño, pero no contra otro colindante que tiene el mismo interés, pues en tal caso falta la razón en que la ley funda dicha institución, dándose el absurdo de que un derecho legítimamente adquirido sucumbiese luego por la prevalen excesiva del interés particular ( Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1895 , 8 de marzo de 1901 , 1 de diciembre de 1902 , 11 de febrero de 1911 , 5 de junio de 1945 , 18 de noviembre de 1960 , 13 de febrero de 1987 , entre otras). Analizados los datos objetivos que constan en las actuaciones luego de practicadas las pruebas, en principio la pretensión del actor apelante estaría dentro de lo que marca el art 1523 del CC , pues la finca viene descrita en el Catastro como rústica, tiene una extensión menor a una hectárea y su actual propietaria no era colindante en el momento de la compra respecto de la finca objeto del retracto.

**QUINTO** .- No hay controversia en relación con la condición de no colindante de la Sra. Purificación ni con la extensión de la finca. Subsiste la duda en relación con su naturaleza rústica o urbana que de ser esta última impediría el éxito de la acción ejercitada.

Para determinar si nos encontramos ante una finca rústica a los efectos de ejercitar el retracto de colindantes ( SSTs de 19 octubre 1981 , 29 de octubre 1985 , 22 de enero y 14 de noviembre de 1991 ) en líneas generales se atiende a dos criterios el del destino y el de la situación, sin que a tales efectos se consideren decisivos los datos que ofrezca el Catastro o incluso el Registro de la Propiedad, pues se trata de una cuestión de hecho tendente a decidir la situación real de la finca. En este punto es constante la doctrina y la jurisprudencia que considera que si bien formalmente la finca puede aparecer como rústica, si se encuentra próxima a la población o a sus aledaños hay que abogar por su condición de urbana a los fines del retracto, por cuanto su proyección urbanística más o menos futura permite tal calificación. Por lo tanto, su calificación como rústica o urbana debe considerarse como una cuestión fáctica al margen de la calificación que pueda merecer administrativa o fiscalmente ( Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1974 y 14 de noviembre de 1991 ) y deberán de tenerse en cuenta otros criterios como son la ubicación, su destino económico o su valor de mercado, sin olvidarse de lo que pueda aportar la legislación urbanística, especialmente el Texto Refundido (Real Decreto Legislativo 7/2015), pudiendo llegarse a la conclusión de que el predio es rústico por su situación o emplazamiento en el campo o en una población, por el aprovechamiento o destino como explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio, por la preponderancia de uno de estos elementos si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro. En el caso examinado, la finca litigiosa es colindante con la NUM002 , propiedad del actor, que según descripción del Catastro está destinada a uso agrícola. La litigiosa también tiene esa consideración " rústica, terreno dedicado a prados o praderas e indivisible ", figurando en el PGOU como suelo rústico de Protección Natural Valores Ambientales, y nada puede influir, que su anterior propietario D. Florencio , que fue quien la vendió a la demandada y algún interés debe tener en que la demanda no prospere, sólo la empleara para la siega de hierba, admitiendo no obstante, que un tal Romualdo cultivaba una parte con hortalizas para autoconsumo, o su ubicación próxima a casco urbano, pues a día de hoy sigue estando fuera del casco urbano y del Plan de Ordenación Urbana de Aguilar de Campoo y para cambiar su actual destino sería necesario modificar dicho Plan ampliándolo el existente.

En concordancia con lo ya expuesto debemos traer a colación la Ley 19/1995 de 4 Julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias que en su art. 27 dispone que el titular de una explotación prioritaria tiene la facultad de ejercitar el derecho de retracto de fincas colindantes, cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo. (Se entiende por unidad mínima de cultivo, la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas), y los artículos 27.2 y 3 de la misma Ley "Si fueran varios los colindantes, será preferido el dueño de la tierra colindante que con la adquisición iguale o supere la extensión de la unidad mínima de cultivo y si más de un colindante cumple esta condición, tendrá preferencia el dueño de la finca de menor extensión. Cuando ninguna de las fincas colindantes iguale o



supere como consecuencia de la adquisición, la unidad mínima de cultivo, será preferido el dueño de la finca de mayor extensión". Es decir parece perseguir que al tiempo que se elimina la excesiva división de la propiedad se favorezca la mayor cabida de las fincas rústicas para mejorar la producción en todos los aspectos.

La finca litigiosa tiene una extensión 630 m2 que unidos a los 540 m2 de la finca NUM002 del actor Nicanor , debe suponer, por un lado que una finca rústica indivisible, definitivamente se destine a uso agrícola, y que en conjunto con la NUM002 , se mejore la productividad del terreno al poder introducir maquinaria que rentabilice el coste de la producción. Por tanto, una nueva valoración por la Sala del resultado de la prueba practicada permite concluir que en el retracto litigioso se dan los requisitos exigidos por la norma y la jurisprudencia para el retracto de colindantes, de ahí que deba estimarse el recurso y con ello la demanda.

**SEXTO** : En cuanto a las costas causadas en esta alzada, estimado el recurso de apelación no se hace especial pronunciamiento ( art. 398 LEC ) y al estimarse la demanda procede imponer a la demandada las causadas en primera instancia ( art. 394 LEC ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

## FALLAMOS

Que, Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Nicanor , frente a la sentencia dictada el 19 de junio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cervera de Pisuerga en juicio ordinario nº 98/16, Debemos REVOCAR y REVOCAMOS íntegramente dicha resolución y Estimando la demanda formulada frente a D<sup>a</sup> Purificación , declaramos haber lugar al retracto de la finca litigiosa subrogándose el Sr. Nicanor en la venta por el precio abonado y Condenamos a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que entregue la finca al actor, debiendo librarse oficio al Registro de la Propiedad de Aguilar de Campoo para la inscripción del derecho del actor, con devolución a la demandada de la cuenta de consignaciones del Juzgado del precio y gastos debidos que se liquiden, todo ello, con imposición a la demandada de las costas de primera instancia y sin hacer especial pronunciamiento de las causadas en apelación.

Al depósito constituido en su día para recurrir deberá dársele el destino legalmente previsto.

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.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.