



Roj: **SAP GR 89/2018 - ECLI: ES:APGR:2018:89**

Id Cendoj: **18087370032018100024**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **22/02/2018**

Nº de Recurso: **638/2017**

Nº de Resolución: **50/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANGELICA AGUADO MAESTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 638 /2017**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Y DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº 1 DE ÓRGIVA

ASUNTO: JUICIO ORDINARIO Nº 219/2016

PONENTE SRA. ANGÉLICA AGUADO MAESTRO.

**S E N T E N C I A Nº 50**

**ILTMOS/A. SRES/A.**

**PRESIDENTE**

**D. JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES**

**MAGISTRADO/A**

**D. ENRIQUE PINAZO TOBES**

**Dª ANGÉLICA AGUADO MAESTRO** Granada a 22 de febrero de 2018.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº **638/2017**, en los autos de juicio ordinario nº 219/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 y de Violencia sobre la Mujer de Órgiva, seguidos en virtud de demanda de **don Rosendo**, representado por la procuradora doña Pilar Molina Sollman y defendido por el letrado don Javier López García de la Serrana; contra don Jesús Luis y doña Olga, representados por la procuradora doña Francisca Ramos Sánchez y defendidos por el letrado don José María López Galán.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Por el mencionado Juzgado se dictó Sentencia en fecha 28/07/2017, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*" SE DESESTIMA la demanda presentada por la procuradora D.ª D.ª Pilar Molina Sollmann, en nombre y representación de D. Rosendo, frente a D. Jesús Luis y Dª. Olga absolviendo a estos últimos de todos los pedimentos de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora "*.

**SEGUNDO** : Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 27 de octubre de 2017 y formado rollo, por providencia de 10 de noviembre de 2017 se señaló para votación y fallo el día 15 de febrero de 2018, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.



Siendo Ponente la Iltra. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> ANGÉLICA AGUADO MAESTRO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Siendo la acción ejercitada en el presente proceso la de retracto de colindantes, debemos comenzar por recordar su concepto y función, siguiendo la jurisprudencia del TS recogida en la sentencia de 29 de mayo de 2009 (rec. 2539/2004), al decir que " *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.* Donde el carácter de agricultor del retrayente es irrelevante.

La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda al considerar que la acción de retracto estaría caducada tomando como " *dies a quo del plazo de caducidad el de inscripción en el Registro de la Propiedad, que se produjo el 29 de septiembre de 2016. Habiéndose presentado la demanda en ejercicio del derecho de retracto el día 18 de noviembre de 2016, la acción estaría caducada, pues el plazo legal de nueve días expiraba el 11 de octubre de 2016* "; argumento que no es acertado al ser un hecho no discutido por las partes y acreditado en el proceso, que la finca sobre la que se ejercita la acción de retracto no se encuentra inmatriculada y como al día de hoy no ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad, no es posible tomar como día inicial del cómputo para el ejercicio de la acción el que indica la sentencia.

**SEGUNDO:** Por tanto, en primer lugar debemos resolver si la acción de retracto estaba o no caducada a la fecha de interposición de la demanda y para ello debemos recordar que es constante la jurisprudencia que exige el conocimiento completo del acto transmitido que da lugar al retracto ( STS de 26 de febrero de 2010, rec. 808/2006 ), como *dies a quo* para el plazo de caducidad del artículo 1524 del Código Civil antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad y en este mismo sentido la sentencia del TS de 26 de febrero de 2009 (Recurso: 471/2003):

*" la relativa al cómputo del plazo de los nueve días exigido en el artículo 1.524 del Código, más concretamente, el correspondiente al día inicial del mismo, el que, desde un punto de vista material, está supeditado al conocimiento que de la venta hubiera tenido el retrayente, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo al del hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc., pues sólo únicamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción, y el conocimiento de la venta en los términos expuesto está reconocido y recogido en consolidada doctrina de la Sala, reflejada, entre otras, en las sentencias de 6 de Marzo de 1.942, 21 de Diciembre de 1.946, 20 de Octubre de 1.956, 22 de Abril de 1.958, 30 de Enero y 28 de Mayo de 1.963, 6 de Marzo de 1.973, 15 de Febrero de 1.974, 20 de Febrero de 1.975, 30 de Octubre de 1.978, 9 de Febrero de 1.984, 12 de Diciembre de 1.986, 28 de Abril de 1.988, cuyo conocimiento, por supuesto, puede tener lugar por el adquirido con el otorgamiento de la escritura o por el obtenido con anterioridad por cualquier otro medio, siempre y cuando que uno u otro comprenda el de la totalidad de extremos de la transmisión .*

*Cuya doctrina es reiterada por las sentencias de 20 de octubre de 2005 que exige la constancia de un conocimiento completo de la transmisión, que incluye todos los pactos y condiciones, en lo que insiste la de 25 de mayo 2007 : completo conocimiento de la transmisión, en un caso en que constaba que el retrayente había conocido las condiciones de venta por razón de la subasta practicada; la de 14 de diciembre de 2007 niega que el dies a quo sea el simple conocimiento de la celebración de la subasta, sino el completo conocimiento de la venta. En el presente caso, no consta -ni así se hace constar en la sentencia recurrida- que la demandante retrayente tuviera conocimiento de la transmisión producida en la subasta de la finca retraída "*

En el caso ahora analizado, si bien es cierto que el retrayente tuvo conocimiento de que la parcela catastral nº NUM001, colindante con la de su propiedad que es la nº NUM000, se había puesto a la venta, pues así se lo hizo saber un vecino de la zona a quien la propietaria le había ofrecido inicialmente la finca, nada más conocer la intención de vender, el actor se entrevistó con doña Ofelia y con su hermano Cayetano para negociar la transmisión, operación que no resultó posible ante la imprecisión y falta de acuerdo en el precio.



Lo que no ha resultado acreditado es que la Sra. Ofelia y su hermano le ofrecieran la finca al actor por el precio de 12.000 euros y que éste lo hubiera rechazado. Por el contrario, en el acto del juicio la Sra. Ofelia explicó que en la reunión que mantuvo con el Sr. Rosendo y su padre, le ofrecieron por la parcela la suma de 2 millones de pesetas pero que ella quería más y que si bien no estaba dispuesta a vender por esta suma, al final vendió la parcela por este precio, no al Sr. Rosendo sino a los demandados en este procedimiento (minutos: 27:00 y ss); insiste en que el Sr. Rosendo le daba 2 millones por la parcela (minuto 28:10), pero la cantidad que ella pedía y que no precisa, no la aceptó y más tarde vendió a don Jesús Luis y a su esposa por lo mismo que le daba el Sr. Rosendo al principio (minuto 29:50).

Cayetano hermano de Ofelia y que intervino en las negociaciones preliminares de venta con el Sr. Rosendo, en primer lugar evitó precisar qué cantidad de dinero pedían por la venta y qué cantidad ofrecía el Sr. Rosendo, para limitarse a explicar que éste ofrecía la mitad de lo que ellos pedían (minuto 43), para afirmar a continuación que ellos le pidieron 12.000 euros, en clara contradicción con lo manifestado por su hermana quien explicó que ésta fue la cantidad ofrecida por el Sr. Rosendo pero que ella quería más, aunque finalmente tuvo que vender la parcela por este precio a los ahora demandados; admitió que el Sr. Rosendo le llamó posteriormente por teléfono en varias ocasiones, insistiendo en la compra de la parcela, pero le explicó que ya no era posible porque la venta estaba ya negociada y tenían un dinero en depósito y los papeles en trámite, aunque, en realidad, no le explicó las condiciones concretas de la transmisión, sino que el Sr. Rosendo se enteró por segundas o terceras personas que no precisa (minuto 44), el Sr. Rosendo "se informó", no que le informara por su parte. Y sorprende que no recuerde qué dinero era el que pedía su hermana en la reunión que mantuvo en casa de sus padres con el actor (minuto 46).

De la prueba practicada en el procedimiento, resulta acreditado que el actor conoció que la finca colindante a la suya había sido vendida a un tercero, pero lo que no resulta acreditado es que a la fecha de la interposición de la demanda tuviera " *un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo al del hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc.* "; de hecho requirió por burofax al comprador y vendedor para que les informaran de las circunstancias de la venta sin obtener respuesta; conocimiento cabal que no puede deducirse por el hecho de que ofreciera 12.000 euros en el escrito de demanda, pues coincide con la cantidad que estuvo dispuesto a pagar desde el primer momento o porque conozca el DNI de la vendedora.

Por tanto, la acción de retracto no puede considerarse caducada en el momento en que se interpuso la demanda al no existir prueba de que el actor, para entonces, conociera todas las circunstancias de la venta en la que se pretendía subrogar.

**TERCERO** : Al no estar caducada la acción de retracto, debemos de analizar los demás motivos de oposición planteados por los demandados que, entendemos, no pueden prosperar, pues el actor acredita ser propietario de la parcela catastral nº NUM000, de hecho no se ha discutido dicha titularidad en el acto de la vista y los compradores, implícitamente, lo reconocen; no es necesario que el retrayente tenga la condición profesional de agricultor, pues ni la Ley ni la jurisprudencia así lo exigen, en este sentido la sentencia del TS de 29 de mayo de 2009, antes mencionada, en la que se llega a la conclusión que el carácter de agricultor del retrayente es irrelevante para el ejercicio de la acción; y finalmente, los demandados no han acreditado de forma real y efectiva que fueran colindantes de la parcela NUM001 a la fecha en que la compraron el 29 de septiembre de 2016, pues el contrato privado que se aporta con la demanda fechado el 14 de septiembre de 2016 y que tiene por objeto la parcela NUM002, colindante con la parcela objeto de este procedimiento, carece de valor probatorio de conformidad con el art. 1227 del CC que establece que "la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio", en este caso, debemos contar como fecha del documento de compra el día 10 de octubre de 2016, por tanto, a la fecha de la compra de la parcela NUM001 los demandados no eran titulares de otra finca colindante.

Por todo ello, el recurso de apelación debe prosperar al concurrir todos los presupuestos para que deba de ser acogida la acción ejercitada por el actor según vienen exigidos en el art. 1.523 del Código Civil en cuanto exige: A) que quien esgrime la acción sea titular, propietario de un fundo de naturaleza rústica, colindante con el que fue objeto de compraventa entre terceros; B) la realidad de tal situación de colindancia entre el fundo 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 no ha sido objeto de controversia; 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; D) que el fundo retraído sea también de naturaleza rústica; y que E) la superficie del fundo retraído no exceda de una hectárea.



**CUARTO:** Al estimar el recurso de apelación, procede la condena al pago de las costas de primera y segunda instancia conforme a lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los citados preceptos y demás de general y pertinente aplicación, EN NOMBRE DE S.M. EL REY,

## FALLO

**Estimamos** el recurso de apelación presentado por don Rosendo y revocamos la sentencia de 28 de julio de 2017, dictada en el juicio ordinario nº 219/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 y de Violencia sobre la Mujer de Órgiva y estimando la demanda:

1.- Declaramos haber lugar al derecho de retracto de colindantes del Sr. Rosendo sobre la finca rústica consistente en la parcela catastral nº NUM001 , del polígono 2, Prados de Villareal, del término municipal de Cástaras, declarando la obligación de don Jesús Luis y doña Olga a estar y pasar por dicha declaración.

2.- Condenamos a don Jesús Luis y doña Olga a transmitir a don Rosendo la indicada finca, otorgando al efecto escritura pública de venta a su favor y en las mismas condiciones en que la adquirió, declarando su derecho a ser reembolsado en el precio de compra que abonó en su día, así como de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho a consecuencia de la compra, así como de los gastos necesarios y útiles de la cosa vendida, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio.

3.- Condenamos a los demandados al pago de las costas ocasionadas en primera instancia, sin hacer condena por las costas del recurso y devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, a interponer ante este Tribunal en el plazo de **VEINTEDÍAS** , a contar desde el siguiente a su notificación, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo.

Firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos