



Roj: **SAP MU 1681/2018 - ECLI: ES:APMU:2018:1681**

Id Cendoj: **30030370042018100485**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **401/2018**

Nº de Resolución: **486/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARLOS MORENO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00486/2018**

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Tfno.: 968 229119 Fax: 968 229278

Equipo/usuario: 002

**N.I.G.** 30039 41 1 2016 0001112

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000401 /2018**

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

**Procedimiento de origen:** OR7 ORDINARIO RETRACTO-249.1.7 0000257 /2016

Recurrente: Urbano

Procurador: JOSEFA GARCIA SANCHEZ

Abogado: NOELIA JOSE GONZALEZ GARCIA

Recurrido: Jose Luis

Procurador: JUANA MARIA BASTIDA RODRIGUEZ

Abogado: PEDRO HERNANDEZ BRAVO

**Rollo Apelación Civil nº: 401/18**

**Ilmos. Sres.**

Do n Carlos Moreno Millán.

**Presidente**

Do n Juan Martínez Pérez

Do n Francisco José Carrillo Vinader

Magistrados

**SENTENCIA Nº 486**

En la ciudad de Murcia, a diecinueve de julio de dos mil dieciocho.



Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de Procedimiento Ordinario que con el número 257/16 se han tramitado en el Juzgado Civil nº 2 de Totana entre las partes como actora y apelada Don Jose Luis representado por la Procuradora Sra. Bastida Rodríguez y dirigida por el Letrado Sr. Hernández Bravo; y como parte demandada y apelante Don Urbano, representado por la Procuradora Sra. García Sánchez y dirigido por la Letrada Sra. González García. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Moreno Millán que expresa la convicción del Tribunal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Civil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 22 de noviembre de 2017 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: **FALLO:** *"Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Bastida Rodríguez en nombre y representación de D. Jose Luis, contra D. Urbano, debo declarar y declaro el derecho del actor a retraer la finca descrita en el hecho tercero de la demanda (registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Totana, parcela NUM001), y debo condenar y condeno al referido demandado a otorgar escritura de venta a favor del actor, en las mismas condiciones en que adquirió la referida finca, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio si no lo hiciese, debiendo satisfacer el actor al demandado el precio de la venta, consistente en 8.000 euros, así como los gastos del contrato, cualquier otro pago efectuado y los gastos necesarios y útiles hechos en la finca, a determinar en ejecución de sentencia; con condena al pago de las costas a la parte demandada."*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada que lo basó en error en la valoración de la prueba y solicitaba el recibimiento a prueba. Se dio traslado a la otra parte que se opuso al recurso y a la prueba.

**TERCERO.-** Previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 401/18. Por auto de fecha 7 de junio 2018 se desestimó la prueba y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 18 julio 2018.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada en la instancia estima en su integridad la acción de retracto ejercitada por la parte actora Don Jose Luis, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1523 Código Civil, contra el demandado Don Urbano, tendente a que se declare, dada su condición de propietario de la finca rústica registral nº NUM002, sita en el término municipal de Totana, su derecho a retraer la finca rústica colindante registral nº NUM000 propiedad del demandado y que se le condene a otorgar la correspondiente escritura pública de venta en favor del actor en las mismas condiciones en las que la adquirió, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio en caso contrario, satisfaciendo el demandante la cantidad de 8.000 € como precio de venta, así como los gastos útiles y necesarios hechos en dicha finca, a determinar en fase de ejecución de sentencia.

La sentencia de instancia estima la demanda en su integridad. Por un lado declara la naturaleza rústica de la finca del retrayente dada la preponderancia de su destino agrícola frente al de recreo u ocio, así como su ubicación en el campo. Así mismo declara, a tenor de los informes periciales aportados, que la unión de ambas fincas aumentaría la rentabilidad de la plantación de almendros generando una unidad de cultivo que abarataría costes. La sentencia, por otro lado, declara la colindancia de ambas fincas, el ejercicio de la acción de retracto en el plazo legal previsto en el artículo 1524 Código Civil y el pago por el actor de la cantidad de 8.000 €, que constituye el precio real de venta que consta en la correspondiente escritura pública, así como los gastos del contrato y cualquier otro pago efectuado.

La mencionada parte demandada muestra su disconformidad con el referido pronunciamiento judicial e interesa su revocación y el dictado de una sentencia que desestime la demanda.

Se alegan los siguientes motivos de apelación: i) falta de legitimación activa; ii) infracción del artículo 1523 Cc y de la jurisprudencia que lo interpreta con respecto a la inexistencia de finalidad agrícola en el planteamiento de la acción de retracto; iii) la ausencia de naturaleza rústica de la finca del retrayente y la inexistencia de prueba sobre el rendimiento conjunto de ambas fincas; iv) la no concurrencia de los requisitos de dicha acción. Con carácter subsidiario se discrepa del pronunciamiento condenatorio en costas.

**SEGUNDO.-** Concretadas en los indicados términos las distintas cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que en efecto asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea referente a la no concurrencia de los requisitos



necesarios para el éxito de la acción de retracto de colindantes objeto de los presentes autos, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la revocación de la sentencia apelada.

En primer lugar debemos desestimar el inicial motivo de apelación planteado relativo a la ausencia de legitimación activa "ad causam" del actor para el ejercicio de la comentada acción de retracto. La parte demandada recurrente fundamenta dicha pretensión en que la finca en la que el actor sustenta su derecho a retraer no es privativa del mismo sino que pertenece a su sociedad de gananciales, sin que conste, ni se mencione en la demanda la naturaleza ganancial del inmueble, ni el consentimiento de la esposa al respecto. Se alega que la parte actora estaría ejercitando la cuestionada acción en provecho y beneficio propio.

Sin embargo tal pretensión debe desestimarse.

Y ello con reiteración de los argumentos contenidos en la sentencia de instancia y en concreto por aplicación del artículo 1.385.2 Código Civil que autoriza a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción, como en efecto acontece en este caso. En este sentido se pronuncia la STS de 5 mayo 2000 afirmando que tal facultad de demandar se atribuye por la ley con plenitud de consecuencias y sin perjuicio de la responsabilidad del cónyuge demandante frente al otro prevista en el artículo 1390 Cc. Por tanto el actor Sr. Jose Luis goza de legitimación activa "ad causam" para el planteamiento y ejercicio de la comentada acción de retracto.

Procede la desestimación de este primer motivo de apelación.

**TERCERO.-** Distinta suerte debemos atribuir por el contrario, como así hemos manifestado con anterioridad, a los siguientes motivos de recurso referidos de modo genérico a la no concurrencia de los requisitos necesarios para la viabilidad de la referida acción.

Hemos de tener en cuenta, como señala la jurisprudencia en sentencias de 12 febrero 2000, 20 julio 2004 y 2 febrero 2007 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 ( STS 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 1523, 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 la segunda, con cita de la Sentencia de 18 de abril de 1991, se expresa en los siguientes términos: "es doctrina jurisprudencial 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 1523 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 )."

De conformidad con lo expuesto entendemos, trayendo a colación lo ya manifestado por este Tribunal en su sentencia de 16 marzo 2017 que..." *insistiendo en la interpretación teleológica de la norma hay que señalar que lo definitivo para que pueda limitarse el derecho de libre disposición de un bien propio y de la libertad de pactos, sacrificando el del comprador al de un tercero es tener en cuenta que el retrayente ha de tener necesidad de esa finca para que con su extensión añadida pueda tener recursos suficientes para hacer rentable la propia.*"

Téngase en cuenta que en este caso no consta debidamente acreditado que la referida finca del retrayente esté dedicada a la explotación agrícola. No basta para ello con el hecho de que la finca tenga u ostente la naturaleza de rústica, ya que la finalidad de la institución del retracto, en los términos jurisprudenciales antes señalados y el carácter restrictivo que preside su interpretación, requiere necesariamente ese presupuesto de explotación agrícola que mencionamos. Obsérvese que conforme al informe pericial aportado por la parte demandada la citada finca no está dedicada en toda su extensión a un claro destino agrícola. La mayor parte, en concreto 3.380 m<sup>2</sup> está dedicada a actividades de ocio y recreo. Así cabe deducirlo de la ubicación en ese lugar de una piscina y pista de tenis, así como de una zona con estructura tipo porche, y un número de olivos 11 en total que cumplen una función decorativa o de ornamento. De igual manera el suelo de toda esa superficie tampoco está preparado para el cultivo, sino acondicionado a la concreta finalidad y destino de esa zona. Por otro lado el resto de la superficie (2.166 m<sup>2</sup>) de la finca se encuentra ocupada por almendros, en un número aproximado de 72. En este sentido ratificamos por sus razonamientos técnicos el contenido del informe pericial aportado por el demandado, cuando refiere la plantación de ese número de árboles con fundamento en el denominado marco de plantación (5x6), es decir un almendro cada 30 metros cuadrados. Además la citada descripción de la finca que se contiene en dicho informe no ha quedado en modo alguno contradicha, ni desvirtuada de contrario. El informe pericial traído a los autos por el actor no contiene tan



detallada y pormenorizada descripción de los elementos antes citados, al tiempo que tampoco lo contradice. En definitiva cabe afirmar, contrariamente a lo expuesto en la sentencia de instancia, que no cabría deducir de la descripción y elementos de la finca la preponderancia de un aprovechamiento o destino de explotación agrícola de la misma que permita fundamentar la procedencia de la acción de retracto.

**CUARTO.**- Por otro lado concurren en los autos otros datos y elementos probatorios que corroboran y refuerzan en mayor medida la comentada inviabilidad de la acción ejercitada.

Nos referimos a que el actor Sr. Jose Luis no tiene la condición de agricultor; y si bien es cierto, como señala la jurisprudencia, que ello no constituye impedimento definitivo al respecto, es también cierto que otros datos debidamente justificados cuestionan esa alegada dedicación o destino a la explotación agrícola. No consta que el actor, policía local de profesión, se dedique a dicha actividad de manera personal o mediante la intervención de terceros. Así mismo tampoco se ha acreditado, ni se han aportado documentos que justifiquen la existencia de ingresos o gastos derivados del ejercicio de dicha explotación agraria, ni la incorporación al IRPF anual de los rendimientos obtenidos. Únicamente se aporta una factura de fecha 10/11/2016 expedida por la Almazara de Florian a favor del actor correspondiente a la molturación de la aceituna de su finca; también gastos de agua por importes reducidos, y finalmente factura emitida por la mercantil "Nurfruits" en fecha 19 junio 2015 relativa a la compra por el actor de 200 unidades de almendros, destinados a las parcelas NUM003 y NUM004. Nótese que la parcela objeto de retracto es únicamente la NUM004 y además se desconoce, porque no consta probado, qué número de esos árboles fueron destinados a dicha parcela.

Entendemos, en consecuencia, que tales documentos se revelan insuficientes para justificar debidamente ese destino de explotación agrícola de la finca de referencia, máxime cuando se desconocen los rendimientos derivados de la misma. En la comentada sentencia dictada por éste Tribunal de fecha 16 marzo 2017 se desestimaba la acción de retracto ejercitada porque *"... la falta de rentabilidad de su explotación no es imputable a su menguada extensión, sino a sus propios actos, pues mantiene infraexplotadas o abandonadas sus propias fincas, que realmente las destina a una actividad agrícola que puede calificarse de recreo por sus escasísimos rendimientos"*. En este caso, como hemos mencionado, los rendimientos ni siquiera serían muy escasos, serían inexistentes al concurrir ese vacío probatorio que comentamos.

Pero es que además ese déficit de prueba también resultaría aplicable con respecto a la obligación que incumbe al actor tendente a justificar la entidad del beneficio o provecho derivado de la explotación conjunta de su finca junto con la que pretende retraer en estos autos, que además habría de mejorar la de cada una de ellas por separado. Sobre ellas tampoco consta rendimiento alguno.

Es evidente que la mera referencia genérica contenida en el informe pericial de la parte retrayente se revela totalmente ineficaz al respecto. Obsérvese que sólo se menciona que esa explotación conjunta de las fincas, aumentaría la rentabilidad de la plantación de almendros, buscando una unidad de cultivo mayor que abarate los costes. Como decimos esa única manifestación de carácter general, ausente de cualquier dato específico sobre el concreto rendimiento de esa pretendida explotación conjunta de las fincas impide también el éxito de la acción de retracto ejercitada. Y sobre todo porque precisamente tan cuestionada mejora, no justificada en este caso, vendría a fundamentar la viabilidad del retracto, por cuanto, como señala la doctrina jurisprudencial que citábamos en el precedente Fundamento de Derecho, de lo que se trata es de facilitar... *"algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica-minifundio- allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza"*.

En consecuencia procede la estimación del presente recurso y por tanto la desestimación de la acción ejercitada.

**QUINTO.**- Dicha estimación del recurso conlleva que no se efectúe declaración sobre las costas de esta alzada ( art. 398 LEC), al tiempo que se imponen a la parte actora las costas causadas en la instancia por aplicación del principio objetivo del vencimiento ( art. 394 LEC), dada la desestimación de la demanda.

Vistas las normas de aplicación

## FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. García Sánchez en representación de la parte demandada Don Urbano contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 2 de Totana en el Procedimiento Ordinario nº 257/16 debemos **REVOCAR íntegramente** la misma que queda sin efecto, declarando en su lugar la desestimación de la demanda de retracto de colindantes interpuesta por el actor Don Jose Luis contra el demandante Don Urbano al que absolvemos de los pronunciamientos formulados en su contra, con imposición a la parte actora de las costas de la instancia y sin efectuar declaración sobre las devengadas en ésta apelación.



Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir al ser estimado el recurso.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artº. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra ésta cabe interponer los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en los términos del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artº. 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala (BANESTO, en la cuenta de este expediente 3107), debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1, 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO