



Roj: **SAP BU 971/2018 - ECLI: ES:APBU:2018:971**

Id Cendoj: **09059370022018100234**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **04/12/2018**

Nº de Recurso: **162/2018**

Nº de Resolución: **397/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ARABELA CARMEN GARCIA ESPINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**BURGOS**

SENTENCIA: 00397/2018

Modelo: N10250

PALACIO DE JUSTICIA-PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

-

**Teléfono:** 947 25 99 30 **Fax:** 947 25 99 33

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: AMM

**N.I.G.** 09903 41 1 2016 0000085

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000162 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de VILLARCAYO MERINDAD CAST VIEJA

**Procedimiento de origen:** OR7 ORDINARIO RETRACTO-249.1.7 0000036 /2016

Recurrente: Lucía , Gonzalo , Gumersindo , Mariana

Procurador: ANTONIO INFANTE OTAMENDI, ANTONIO INFANTE OTAMENDI , ANTONIO INFANTE OTAMENDI , ANTONIO INFANTE OTAMENDI

Abogado: , OCTAVIO PORRES ORTEGA , ,

Recurrido: Inocencio

Procurador: MARGARITA MARIA ROBLES SANTOS

Abogado:

**S E N T E N C I A Nº 397**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

**ILMOS/AS SRES/AS:**

**PRESIDENTE:**

DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

**MAGISTRADOS/AS:**



DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

**SIENDO PONENTE:** ARABELA GARCIA ESPINA

**SOBRE:** RETRACTO DE COLINDANTES

**LUGAR:** BURGOS

**FECHA:** CUATRO DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO

En el Rollo de Apelación nº 162 de 2018, dimanante de Juicio Ordinario nº 36/2016, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Villarcayo, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 26 de febrero de 2018, siendo parte, demandados-apelantes DON Gonzalo, DOÑA Lucía, DON Gumersindo y DOÑA Mariana, representados ante este Tribunal por el Procurador Don Antonio Infante Otamendi y defendidos por el Letrado Don Octavio Porres Ortega; y por parte demandante-apelado DON Inocencio, representado ante este Tribunal por la Procuradora Doña Margarita Robles Santos y defendido por el Letrado D. Felipe Villanueva López.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: Se estima íntegramente la demanda presentada por la Procuradora D<sup>a</sup> Margarita María Robles Santos, en nombre y representación de D. Inocencio, contra D. Gonzalo y D<sup>a</sup> Lucía y D. Gumersindo y D<sup>a</sup> Mariana, representados por el Procurador D. Antonio Infante Otamendi y, en consecuencia se declara lo siguiente:

A) Que la donación efectuada por Don Gonzalo y Doña Lucía a favor de Don Gumersindo y Doña Mariana, respecto del inmueble descrito en el hecho segundo de esta demanda (Finca NUM000, inscrita al Tomo NUM001, Libro NUM002, Folio NUM003 del Registro de la Propiedad de Villarcayo) en virtud de la escritura de donación otorgada el día 15 de mayo de 2015 ante la Notario de Espinosa de los Monteros al número 119 de su protocolo e inscrita el día 26 de junio de 2015, encubre un contrato de dación en pago.

B) La existencia y plena vigencia del contrato de dación en pago perfeccionado entre Don Gonzalo y Doña Lucía a favor de D. Gumersindo y D<sup>a</sup> Mariana, por el precio reflejado en la escritura de 15 de mayo de 2015, es decir, por el precio de 4.000 euros.

C) Que D. Inocencio, como colindante que reúne los requisitos del artículo 27 de la LMEA, tiene derecho a subrogarse, respecto a dicha dación en pago en la posición de los adquirentes del inmueble en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, abonando la cantidad allí consignada 4.000 euros.

D) Se condena a los demandados a realizar cuantas actuaciones fueren precisas, con expresa obligación de suscribir y otorgar cuantos documentos privados y públicos fueren necesarios o convenientes, para cancelar la inscripción registral de donación y sustituirla por la de dación en pago en el correspondiente Registro de la Propiedad.

E) Se condena a los demandados Don Gumersindo y D<sup>a</sup> Mariana a que otorguen escritura de venta a favor del actor en el precio consignado en la escritura de donación de 15 de junio de 2015, es decir, 4.000 euros

Se imponen las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada D. Gonzalo, D<sup>a</sup> Lucía, D. Gumersindo y D<sup>a</sup> Mariana.

**SEGUNDO.**- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de la parte demandados-apelantes, se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

**TERCERO.**- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 5 de julio de 2018.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La Sentencia de Primera Instancia estimando la demanda formulada por D. Inocencio declara:

- Que la donación de la Finca Rustica, NUM004 parcela NUM005. Heredad en Santa Olalla de Espinosa de los Monteros, al sitio de DIRECCION000, de ochenta y seis áreas cuarenta centiáreas. Linda; Norte, Arturo; Sur, camino; Este, herederos de Inocencia; y Oeste, Belarmino. (Finca Registral nº NUM000 de Espinosa, del Registro de Propiedad de Villarcayo), efectuada por Don Gonzalo y Doña Lucía a favor de Don Gumersindo



y Doña Mariana , en escritura pública de 15 de Mayo de 2015 de la Notario de Espinosa de los Monteros, encubre un contrato de dación en pago.

- Que Don Inocencio , como colindante que reúne los requisitos del artículo 27 de la LMEA, tiene derecho a subrogarse, respecto a dicha dación en pago en la posición de los adquirentes del inmueble en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, abonando la cantidad allí consignada, 4.000 €.

Y condena:

- A los demandados D. Gonzalo , D<sup>a</sup>. Lucía , D. Gumersindo y D<sup>a</sup>. Mariana , a realizar cuantas actuaciones fueren precisas, con expresa obligación de suscribir y otorgar cuantos documentos privados y públicos fueren necesarios o convenientes, para cancelar la inscripción registral de donación y sustituirla por la de dación en pago, en el correspondiente Registro de la Propiedad.

- A los demandados D. Gumersindo y D<sup>a</sup>. Mariana a que otorguen escritura de venta a favor del actor en el precio consignado en la escritura de donación de 15 de junio de 2015, es decir, 4.000 €.

La parte demandada interpone recurso de apelación solicitando se revoque la resolución recurrida, desestimando la acción de retracto; y, subsidiariamente para el caso de que se diera al retracto se establezca que el precio de la finca objeto de retracto es el de 11.340,53 €, debiendo, además el actor hacer frente a todos los gastos que ha generado el contrato en el que se subroga y los que se deriven de su anulación.

Se alegan los siguientes motivos de apelación:

- Se niega el carácter rústico de la finca retrayente propiedad del actor y su dedicación a la actividad agrícola.
- Se impugna el precio fijado para la subrogación que supone al retracto y gastos del contrato.

**SEGUNDO.-** La Sentencia recurrida ha estimado la demanda reconociendo el derecho del actor a subrogarse en el lugar de D. Gumersindo y D<sup>a</sup>. Mariana , en la adquisición de la catastral NUM005 Polígono NUM004 de Espinosa de los Monteros (Finca Registral nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Villarcayo), materializada como donación de D. Gonzalo , D<sup>a</sup> Lucía , en la escritura pública de fecha 15 de Mayo de 2015, en realidad dación en pago, en ejercicio del derecho retracto de colindantes del artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de Julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias .

En nuestra legislación existen dos retractos de colindantes, el regulado en el artículo 1523 y ss del Código Civil y el establecido en el artículo 27 de la Ley 19/1995 .

Si bien su regulación no es exactamente igual, el primero se refiere a cualquier caso de propiedad de finca rústica, el segundo exige la existencia de una explotación agraria prioritaria; el retracto del Código Civil exige que la finca retraída no exceda de una hectárea, el segundo toma en consideración la unidad mínima de cultivo, exigiendo que la finca retraída no supere el doble de esa unidad. También difieren en cuanto al plazo del ejercicio.

La parte actora, que no cuestiona, en esta segunda instancia, que la transmisión de la finca retraída operada como donación, en realidad era una dación en pago, discute la condición de rústica de la finca retrayente del actor.

Alega :

1. Que la calificación rústica de la finca retrayente, solo lo es desde el punto de vista formal, ya que materialmente se puede calificar como urbana.
2. Que la finca retrayente no se explota como finca rústica, ya que en la misma se ejerce una actividad ganadera, para explotación lechera, de ganado estabulado.

El retracto legal, como reitera, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de Octubre de 2018 , recordando lo declarado por la STS de 4 de Febrero de 2008 " *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".*

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de Febrero de 2007, en relación al carácter agrícola de las fincas, recuerda la doctrina de la Sala 1 consignada en las Sentencias de 12 de Febrero de 2000 y de 20 de Julio de 2004 , diciendo que la primera de ellas señala 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 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 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 )*".

La jurisprudencia viene exigiendo una explotación efectiva de la finca que sea efectiva la explotación agrícola de la finca, siendo insuficiente la calificación de finca rústica que pueda tener en el catastro.

Así la STS de 26 de Febrero de 2010 , citando la Sentencia del mismo Tribunal de 14 de Noviembre de 1999 , declara que " *al no ser la finca rústica resulta imposible de admitir el retracto de colindantes*", señalando que " *el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano: a) Por su situación o emplazamiento en el campo o en la población. B) Por el aprovechamiento o destino -explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio-. c) Por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por relación de dependencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro ( SS, 8-5-1944 , 4-10-1947 , 10-6-1954 y 7-11-1957 )*".

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2007 se rechaza el retracto de colindantes porque no existe cultivo alguno en la finca retraída ni uso agrícola en la finca del retrayente, ni condición de agricultor el retrayente.

En la Sentencia de esta Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, que cita el recurrente de 1 de Diciembre de 2005 , también se rechaza el retracto al constar que la finca del retrayente no se cultivaba desde hacía años, y que no se le daba ningún destino agrícola, sólo servía de entrada y salida de las ovejas.

No guardan estos supuestos identidad de razón con el caso de autos, en el que si se cultiva la finca del retrayente, conforme resulta de la pericial judicial practicada, que, evidencia, también, que se cumple la finalidad de la institución del retracto de colindantes, que no es tanto el acabar con el minifundismo, como lograr un mejor aprovechamiento rústico de las fincas de forma que la unión de varias suponga una mejora del rendimiento o de la explotación.

**TERCERO** .- En el caso de autos, la finca del retrayente tiene la condición de rústica en el catastro; tres de sus cuatro linderos Norte, Sur y Este son fincas rústicas también, aunque el cuarto linderero el Oeste, lo constituya el casco Urbano, la localidad de Santa Olalla, que, conforme declara la perito judicial Ingeniero Agrónomo Dª. Sonia en el acto del juicio, es un pueblo eminentemente rural. La perito en el acto del juicio declara que la Finca del actor tiene una finalidad agropecuaria, ganadero-agraria.

Conforme se detalla en el Informe escrito de la perito judicial , la finca del actor la catastral NUM006 del polígono NUM004 , tiene una superficie catastral de 8505 m2, y está dividida en dos zonas. Una zona de 222,76 m2, el 2,62% de la superficie de la finca, destinada a vivienda unifamiliar, jardín, acceso hormigonado a la vivienda y leñera; y el resto, 8.282,24 m2, el 97,38 % de la parcela, destinada a la explotación ganadera, en la que se distinguen tres zonas separadas por el vallado o nave:

- Nave para alojamiento de ganado, con una superficie catastral de 645 m2.
- Superficie hormigonada de 436,90 m2, que da acceso a la nave de ganado vacuno de leche, a la pradera pastable y a las parcelas NUM007 , NUM008 y NUM009 del mismo polígono.
- Superficie pastable que asciende a 7.200,34 m2 (84,66% de la superficie de la parcela).



De lo expuesto resulta que el 84,66 % de la superficie de la finca NUM006 , está destinada a pradera pastable, que es aprovechada a siega y diente por el ganado bovino; esto es, si tiene un uso agrario con destino a la explotación ganadera.

La finca retraída NUM005 del mismo Polígono según el informe pericial es una pradera natural, en la que existen 14 pies de Manzano.

La actividad principal de Santa Olalla, de 38 habitantes, es la Agricultura y la Ganadería, siendo la producción agraria general "Prados".

El actor, en la fecha de la transmisión de la finca retraída, 15 de Mayo de 2015, es titular único de una explotación agraria, que tenía la consideración de Explotación Agraria Prioritaria por cumplir los requisitos del artículo 4 de la Ley 19/195 , según certificación de fecha 17 de Mayo de 2017 del Jefe del Servicio Territorial de Agricultura y Ganadería de Burgos de la Junta de Castilla y León. Además durante los años 2011 a 2015 ha percibido ayudas del FEAGA-FEADER por cultivos herbáceos, según certificado de 19 de Mayo de 2016 de la Junta de Castilla y León.

Con los datos expuestos, se ha de considerar acreditado que la finca de la parte actora, que tiene un aprovechamiento ganadero para la producción de leche, también tiene uso agrícola, cultivo herbáceo, prado pastable, que es el uso agrario natural de la zona, como lo es también el de la finca retraída, calificada por la perito judicial de "pradera natural", que le lleva a la perito a concluir que "con la otra finca y que se pretende unir se mejoraría la rentabilidad de la explotación de la finca cumpliría con la finalidad de terminar con el minifundio".

El retracto en el caso de autos cumpliría la finalidad de interés público, razón de ser de esta figura, aumentando la productividad y rentabilidad de las fincas.

**CUARTO.-** Subsidiariamente solicita la parte apelante, para el caso de que se de lugar al retracto, que se fije el precio en la cantidad de 11.340,53 €, por cuanto que el señalado en el contrato de donación, de 4.000 €, lo fue por exclusivas razones de carácter fiscal, que en absoluto se corresponde con el real.

No es cuestión discutida por las partes, sino expresamente admitida que en los casos dudosos y aún en los más estridentes relativos a la determinación del precio o cuando no hay constancia del precio o es escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de la finca vendida hay que estar por razón de justicia al precio real.

La propia parte apelante aportaba con su demanda un informe de valoración de la finca, emitido a su instancia por la mercantil "Sociedad de Tasación S.A", en el que se fijaba un valor de mercado de 9.925 €.

La perito judicial valora la finca en 11.340,53 €.

Es evidente, por tanto, que los 4.000 € fijados en la escritura de Donación (que encubría una dación en pago) no corresponde al valor real de la finca, ni de la trasmisión onerosa operada entre los demandados; cifra que si se puede calificar de escandalosamente inferior a su valor real, debiendo aceptarse como valor más acertado el del informe, ajeno a un interés de parte, emitido por la perito de designación judicial.

**QUINTO. -** Reembolso de gastos.

El artículo 1518 del Código dispone que " *El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además:*

*1º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.*

*2º los gastos necesarios y útiles hechos en las cosa vendida."*

La parte apelante solicita se le reintegren los gastos de escritura, registro e impuestos.

Se opone la parte actora alegando que en el caso de autos no ha habido buena fe, ni contrato de compraventa, toda vez que los demandados acudieron a la simulación de una donación precisamente para privar al actor de su derecho al retracto.

El artículo 1518 del Código Civil es taxativo y exige el reembolso de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

El actor debe reembolsar a los adquirentes del inmueble por dación en pago (conforme ha declarado la Sentencia recurrida en pronunciamiento no discutido), todos los gastos que han tenido para la transmisión del inmueble de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1518 del código civil

Si bien y dado que la trasmisión se materializó como donación, sólo serán repercutibles al retrayente los gastos de la escritura de donación, impuestos, el Registro en cuantía no superior a los que hubieren resultado procedentes de realizar la trasmisión como lo que realmente era una dación en pago por importe de 4.000 €.



Obviamente, los gastos de otorgamiento de la escritura de venta a favor del actor por el precio de 11.340,53 € serán de cuenta del retrayente, así como todos los necesarios para la posterior inscripción de la finca a su favor en el Registro.

**SEXTO.** - la estimación parcial de la demanda y también del recurso de apelación determina que no se haga imposición de las costas de ambas instancias ( artículos 394 y 398 LEC ).

### FALLO

Se estima parcialmente el recurso de apelación formulado por los demandados Don Gonzalo , Doña. Lucía , Don Gumersindo y Doña Mariana contra la Sentencia de fecha 26 de Febrero de 2018 dictada por la Sra Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Villarcayo , que se revoca parcialmente, únicamente en el sentido de fijar en 11.340,53 € el precio que debe reembolsar el actor Don Inocencio a los demandados Don Gumersindo y Doña Mariana por la venta a su favor de la finca objeto del retracto, debiendo reembolsar a estos los gastos que hayan tenido por razón de la transmisión de la finca, materializada como donación, con el límite de los que hubieran tenido de haberse realizado como dación en pago por igual importe al de la donación efectuada.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la Sentencia recurrida exceptuado el de costas

No se hace imposición de las costas de ambas instancias

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D<sup>a</sup>. ARABELA GARCIA ESPINA, estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.