



Roj: **SAP MU 230/2019 - ECLI: ES:APMU:2019:230**

Id Cendoj: **30016370052019100026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **05/02/2019**

Nº de Recurso: **602/2018**

Nº de Resolución: **32/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JACINTO ARESTE SANCHO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00032/2019

Modelo: N10250

C/ ANGEL BRUNA, 21 -8ª PLANTA (CARTAGENA)

-

Teléfono: 968.32.62.92. **Fax:** 968.32.62.82.

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JFS

N.I.G. 30016 42 1 2016 0008884

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000602 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. 1A. INSTANCIA N. 2 de CARTAGENA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000921 /2016

Recurrente: Gabriel

Procurador: PEDRO DOMINGO HERNANDEZ SAURA

Abogado: JOSE CARLOS LINARES NAVARRO

Recurrido: Guillermo , Encarna

Procurador: MILAGROSA GONZALEZ CONESA, MILAGROSA GONZALEZ CONESA

Abogado: JUANA CARMEN SALINAS GARCIA, JUANA CARMEN SALINAS GARCIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO DE APELACION Nº 602/2018

JUICIO ORDINARIO Nº 921/2016

JUZGADO DE 1ª. INSTANCIA Nº 2 DE CARTAGENA

SENTENCIA NUM. 32

Il'tmos. Sres.

D. Jacinto Aresté Sancho



D. Matías Manuel Soria Fernández Mayoralas

D. Juan Ángel Pérez López

Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a cinco de febrero de dos mil diecinueve.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario número 921/2016 -Rollo **602/2018**-, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Cartagena, a instancia de D. Guillermo y D.^a Encarna, representados por la procuradora D.^a Milagros González Conesa y con la asistencia letrada de D.^a Juana Carmen Salinas García, contra D. Gabriel, representado por el Procurador Don Pedro Domingo Hernández Saura y dirigido por el Letrado Don José Carlos Linares Navarro. En esta alzada actúan como apelante el demandado y como apelado el demandante. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don Jacinto Aresté Sancho, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Cartagena en los referidos autos, tramitados con el número 921/2016, se dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 2018 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Estimando la demanda interpuesta por D. Guillermo y D.^a Encarna contra D. Gabriel : - Se declara el derecho de los demandantes de retraer las fincas rústicas de regadío números NUM000 y NUM001 del polígono NUM002 de Balsapintada (fincas registrales números NUM003 y NUM004 del RP número NUM005 de Cartagena), mediante el abono del precio de 18.500 euros (ya consignado) y demás gastos del artículo 1.518 del CC, hasta la completa indemnidad del adquirente. - Se condena al demandado a otorgar a favor de los demandantes, una vez satisfechos el precio y los referidos gastos, la escritura pública de compraventa en el plazo de un mes, en iguales condiciones a las que tenía la finca en el momento de adquisición por el demandado. - Se condena al demandado al pago de las costas. "

SEGUNDO. - Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, Sección Quinta, RECURSO DE APELACION por la parte demandada, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso de apelación se dio traslado a la parte demandante, emplazándola por diez días para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable, dentro de cuyo término presentó escrito de oposición al recurso, con expresa condena en costas a la contraparte. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número **602/2018**, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día de la fecha su votación y fallo.

TERCERO. - En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de primera instancia estima la demanda en que se ejercitaba una acción de retracto legal de colindantes. El demandado interpone recurso de apelación en que vuelve a plantear las mismas cuestiones que en la contestación a la demanda: falta de poder, falta del requisito de procedibilidad de consignación del precio, ejercicio de la acción fuera de plazo y ofrecimiento previo de la finca a los demandantes, no colindancia de las fincas, y falta de condición de agricultores en los demandantes. El demandado solicita la confirmación del recurso.

SEGUNDO. - El recurso no puede prosperar pues los argumentos que contiene no desvirtúan la sintética y clara fundamentación con la que el fundamento de derecho tercero da respuesta a todas esas cuestiones, que este Tribunal asume y da por reproducidos.

TERCERO. - En cuanto a la falta de poder, el procurador actuaba por haber sido designado de oficio por el Colegio de Procuradores, sin que la circunstancia de que no se concediera posteriormente la justicia gratuita desapoderara al profesional designado. En cualquier caso, en la diligencia de ordenación de 25 de abril de 2017, no recurrida, se hace constar que " *Según se determinó en la Audiencia Previa la cuantía se establece como indeterminada y las excepciones de carácter procesal quedaron subsanadas*"

CUARTO. - Respecto a la falta de consignación, que tuvo lugar el 21 de febrero de 2017, no es requisito de procedibilidad, sino de ejercicio del derecho. Como expone la Sentencia de la Sección 3^a de la Audiencia



Provincial de La Coruña de 10 de abril de 2017 (Roj: SAP C 687/2017) en un supuesto en que se planteaba exactamente la misma cuestión en un retracto de colindantes, " *La cuestión litigiosa planteada radica en la exigencia de consignación del precio de la venta como requisito de admisibilidad para el ejercicio de la acción de retracto ; y en su caso si no habiéndose consignado en plazo, la causa de inadmisibilidad se convierte en causa de desestimación de la demanda. El artículo 1518 del Código Civil , al que remite el artículo 1525 del mismo Código en cuanto a los retractos de comuneros y colindantes, condiciona el uso del derecho de retracto a que el retrayente reembolse al retraído el precio de la venta, así como los gastos del contrato, cualquier otro pago legítimo, y en su caso los gastos necesarios y útiles hechos. Pero no exige que ese importe se consigne de una forma determinada, o en un plazo concreto, sino que se abone para "hacer uso del derecho de retracto". La causa de inadmisibilidad se hallaba en el derogado artículo 1.618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , en cuanto establecía que para que pudiera "darse curso a las demandas de retracto " se requería que al presentarla "2º Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que los sea" , lo que unido a la exigencia del número 1º de presentarse dentro de los nueve días "contados desde el otorgamiento de la escritura de venta" (inicio de cómputo objeto de extensa modulación jurisprudencial) condujo a una interpretación exigente del cumplimiento de la obligación de consignar el precio dentro de ese plazo de nueve días. Pero este precepto se derogó por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil de 1/2000, de 7 de enero. Y el texto actual se halla en el artículo 266 , que bajo el título "Documentos exigidos en casos especiales", prevé que se habrán de acompañar a la demanda: "2º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere" . Normando el artículo 269.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266". El Tribunal Constitucional, en su sentencia 115/2015 , reiterando la doctrina establecida en sus sentencias 144/2004 y 127/2008 , considera que la exigencia de consignación del precio de venta como requisito de admisibilidad del ejercicio de la acción de retracto arrendaticio es una opción legítima de política legislativa, que considerada en sí misma no conculca el orden constitucional, siendo su finalidad garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el artículo 1518 del Código Civil , debiendo considerarse una limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial efectiva. Es por ello que, bajo la vigencia del artículo 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , el Tribunal Constitucional había limitado su amparo a supuestos de intervenciones excesivamente rigoristas, como cuando se rechazaban consignaciones realizadas a medio de cheque conformado (TC 12/1992), mediante fianza o aval bancario (TC 145/1998 y 189/2000) o fuera del estricto plazo de caducidad previsto en la referida norma cuando la extemporaneidad era exclusivamente achacable a una mala praxis del propio órgano judicial (TC 327/2005). Pero el artículo 266 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , actualmente en el número 2, supuso una innovación legislativa, pues la carga de consignar sólo podía servir de restricción legítima al acceso a los tribunales si seguía estando prevista en la legislación procesal en vigor o en el propio contrato. De no ser así, una decisión de inadmisión por falta de consignación, adoptada sin cobertura legal expresa por un órgano del Poder Judicial, por muy legítimos o ponderados que fueran los fines perseguidos por el mismo, debía reputarse lesiva del derecho de acceso al proceso reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española . Se razona que el tenor literal del nuevo artículo 266.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil presenta una diferencia sustancial frente a la norma precedente, pues pasaba a condicionar la consignación o la constitución de caución como requisito para la admisión a trámite de la demanda de retracto a que se exija por ley o contrato. De acuerdo con esta nueva redacción, si no consta en el contrato, o una norma procesal lo exige expresamente, se conculcaría el artículo 24 de la Constitución Española si se realiza una interpretación que inadmita la demanda (o sea causa posterior de desestimación) por la falta de consignación , porque esta no es un requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino un requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto , esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo". Por tanto, procede desestimar el motivo*

QUINTO. - La venta se hizo por, la circunstancia de que la diferencia entre el precio en que se ofreció la finca previamente al actor y aquel en que finalmente se vendió fuera escasa, no desvirtúa el hecho de que el primero fuera mayor que el segundo, por lo que el ofrecimiento era ineficaz y la acción se efectúa dentro de los 9 días de la inscripción en el Registro de la Propiedad a que se refiere el artículo 1524 del Código Civil

SEXTO. - En cuanto a la colindancia, es una cuestión de prueba. Ciertamente, el recurso de apelación tiene un carácter ordinario y, por ende, puede oponerse cualquier motivo de impugnación, incluida la errónea valoración probatoria con plenitud de cognición. Sin embargo el Tribunal de Apelación debe tener en cuenta en cuenta que la actividad valorativa del órgano Jurisdiccional "a quo" se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes y además las ventajas de la inmediatez por lo que en consecuencia debe limitarse fundamentalmente a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juzgador de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica,



o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso de manera. Sentado esto, consideramos correcta la valoración del juzgador cuando después de constatar la insuficiencia de las descripciones registrales concluye que " *No obstante lo anterior y la oposición formal de la parte demandada de la excepción de falta de colindancia, lo cierto es que la prueba practicada por dicha parte vino a confirmar la colindancia. De forma implícita, a través de los testimonios de D. Raúl y D. Romulo, que no cuestionaron dicha relación; y, asimismo, a través del previo ofrecimiento de venta de la finca que se hizo a los demandantes. De forma explícita, a través de las certificaciones catastrales incorporadas a la escritura de compraventa adjunta al escrito de contestación a la demanda* ".

SÉPTIMO. - El apelante insiste en que no se ha creditado la condición de agricultores en los demandantes, sin considerar que la sentencia considera suficiente que la fina tenga como destino la actividad agrícola, deduciendo correctamente que así sucede en el presente caso, al constar documentada las ventas de limones, lo que por otra parte queda corroborado en las fotografías aéreas del catastro. No hay ningún dato que apunte en el sentido de que con la acción de retracto pretenda otra cosa que la unión de dos pequeños predios rústicos a fin mejorar la producción, lo que en definitiva lleva a la íntegra confirmación de la sentencia dictada en la instancia, incluida la imposición de las costas.

OCTAVO. - De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al apelante apelantes las costas procesales de esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Pedro Domingo Hernández Saura en nombre y representación de Don Gabriel, contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018 dictada por el Juzgado Primera Instancia nº 2 de Cartagena, en los autos de Juicio Ordinario Número 921/2016 debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente dicha resolución con expresa imposición al apelante de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra la misma no cabe recurso alguno, salvo que la parte entienda y justifique que tiene interés casacional, en cuyo caso podrá interponer el de casación correspondiente y también el extraordinario por infracción procesal, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado; de cuyos recursos, llegado el caso, conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo y deberán interponerse ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia dentro de los veinte días a contar desde su notificación y previa constitución de un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Tribunal en la entidad BANCO DE SANTANDER; 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.