



Roj: **SAP O 1485/2019 - ECLI: ES:APO:2019:1485**

Id Cendoj: **33044370052019100167**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **07/05/2019**

Nº de Recurso: **151/2019**

Nº de Resolución: **174/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.PROVINCIAL SECCION QUINTA**

### **OVIEDO**

#### **SENTENCIA: 00174/2019**

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 151/19

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a siete de mayo de dos mil diecinueve.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 77/18, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lena, Rollo de Apelación nº **151/19**, entre partes, como apelante y demandante **DON Maximo**, representado por la Procuradora Doña Purificación Marcos Gegunde y bajo la dirección del Letrado Don Esteban Menéndez Rodríguez, y como apelante demandado **DON Nicolas**, representado por la Procuradora Doña Alejandrina Martínez Fernández y bajo la dirección del Letrado Don Leandro García Segovia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lena dictó sentencia en los autos referidos con fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por Don Maximo representado por la Procuradora Sra. Marcos Gegunde frente a Don Nicolas representado por la Procuradora Sra. Martínez Fernández y debo declarar y declaro que Don Maximo tiene derecho a retraer la finca que se identifica con la referencia catastral NUM000 (Pol. NUM001, Parcela NUM002), por el precio de 2.090 euros, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y, a que en el plazo de dos meses, otorgue a favor del actor escritura de venta, con el apercibimiento de otorgamiento de oficio caso de no hacerlo.

Sin empresa imposición de costas".

**TERCERO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpusieron sendos recursos de apelación por Don Maximo y por Don Nicolas, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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



VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Ambas partes en liza muestran desacuerdo con la sentencia de primera instancia, insistiendo en sus respectivos planteamientos plasmados en los escritos de demanda y contestación, expuestos con toda claridad y precisión en el primero de los fundamentos de dicha resolución por la Sra. Juez de primera instancia, y que se dan aquí por reproducidos.

El demandado Don Nicolas , adquirente de las fincas sobre las que se ha ejercitado el retracto de colindantes, discrepa de la sentencia que acogió parcialmente la demanda aceptando el derecho de retracto sobre una de las fincas postuladas, concretamente la denominada Vega Med, insistiendo en la falta de legitimación del demandante Don Maximo al entender que no ha acreditado el dominio de la finca FINCA000 , en cuya propiedad basa el derecho que solicita. Por otro lado, dicho apelante señala que la acción de retracto ejercitada se encontraba caducada al haber transcurrido el plazo de nueve días legalmente previsto ( art. 1.524 del CC ). Finalmente, reiteró su objeción referente a la necesidad de que el retrayente habría de ser profesional de la agricultura, lo que no había justificado.

Por su parte, el actor Don Maximo mostró desacuerdo con lo resuelto en dos aspectos: de un lado, por cuanto en la sentencia se le denegó el retracto de una de las fincas (la llamada " DIRECCION000 "), al entender la Sra. Juez que no ostentaba la cualidad de colindante; y de otro lado, discrepó con la consideración de ser el precio de la venta, y por ende a abonar por el retrayente, el fijado no en la escritura pública, sino en el contrato privado, anterior a aquél.

**SEGUNDO.-** Comenzando por el recurso formulado por el demandado, y en orden al primero de los extremos, comparte la Sala la conclusión favorable a la legitimación a la que llegó la Juzgadora, ello habida cuenta, de un lado, que en los testamentos otorgados por sus progenitores, precisamente el mismo día y con idéntico contenido, ambos le otorgaron el legado de la FINCA000 , siendo así que al haber fallecido ya ambos en el momento del inicio de la litis, y por tanto extinto el usufructo que recíprocamente se habían otorgado en caso de fallecimiento, dicho óbito daba derecho al legatario a la adquisición ipso iure de la cosa legada, como se señala en el art. 881 del CC ; a mayor abundamiento, quedó claro en las actuaciones el reconocimiento de dicho legado por los demás herederos.

Cuestión más problemática se antoja el siguiente motivo. En efecto, el art. 1.524 fija un plazo de caducidad para la acción de retracto de nueve días desde la inscripción registral o desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta, obviamente si fuere anterior.

En el presente caso, y como se afirmó en la sentencia, no cabe soslayar que la venta se llevó a cabo en escritura pública de 23-6-2017, aunque, previamente, el 23-5-2017 ya se había llevado a efecto en documento privado. Tampoco cabe soslayar que el padre del demandante, y por tanto causante, tuvo posteriormente conocimiento de dicha venta a través de un hijo, aunque no está justificado que conociera todos los pormenores de la misma, siendo posteriormente cuando recibió el 14-3-2018 por la Notaría la copia de la escritura en cuestión cuando tuvo noticia de todas las circunstancias de la venta, básicamente del precio consignado en dicho contrato, siendo así que la demanda se interpuso el 22-3-2018.

Es cierto, y así lo señala la jurisprudencia, que el "dies a quo" está supeditado al conocimiento cabal y completo que abarque la noticia de todos los extremos de la transmisión, como el precio, formas de pago o resto de condiciones. Esto sucedió, como se dijo, el 14-3-2018, mas queda la duda de, conocida la venta, el motivo por el que Don Carlos José no recabó de inmediato los datos pertinentes, dejando transcurrir algunos meses, pues es obvio que el inicio del cómputo no podría dejarse al arbitrio de quien ostenta el derecho en cuestión. De ser así, esto es, advertirse desidia por su parte en recabar la información pertinente, habría de plantearse si debería entenderse caducada la acción, al no poder entender como fecha a tener en cuenta la del 14-3-2018; mas por otro lado no cabe desconocer la alegación que se hace de contrario de haber transcurrido tal espacio de tiempo debido a intensas gestiones que hubo de realizar para averiguar en qué Notaría se había firmado la venta.

Ponderando lo expuesto, ha de concluirse que la acción no puede entenderse caducada.

Ya en cuanto a no ostentar el retrayente la condición de cultivador o profesional de la agricultura, y por ello faltar el interés social protegible justificativo de tal derecho, ha de indicarse que la primordial finalidad del retracto, que ha de partir de tratarse de una finca rústica con destino agrícola, es paliar el minifundio de modo que se favorezca un posible mejor aprovechamiento del terreno.



Cierto es que, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 4-12-2018 , que Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de febrero de 2.007, en relación al carácter agrícola de las fincas, recuerda la doctrina de la Sala 1ª consignada en las sentencias de 12 de febrero de 2.000 y de 20 de julio de 2.004 , diciendo 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 1.523, 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 1.991 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"*.

Ahora bien, ello no impide a que puede tenerse en cuenta que si bien su propietario no la explote personalmente, sí puede hacerlo a través de tercero, y en el caso presente la finca pertenece a una explotación agraria del hijo del demandante.

**TERCERO.-** Abordando ahora la postura del demandante, ciertamente el precio de la venta resultó superior en la realidad al consignado en la escritura notarial, como se infiere del documento privado aportado a las actuaciones. El recurrente alude a la falta de liquidación del impuesto de dicho documento privado y a la ineficacia de dicho documento privado respecto de terceros, con referencia a los art. 1.218 , 1.227 y 1.230 del CC .

Ahora bien, el hecho de la falta de liquidación del impuesto pertinente de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, es una cuestión fiscal ajena a esta litis. Por otro lado, la presunción del art. 1.218 del CC , respecto a hacer prueba los documentos públicos del hecho de su otorgamiento y fecha frente a terceros, puede ser desvirtuada, y tampoco resulta relevante el art. 1.230 de dicho cuerpo legal , por cuanto la fecha del documento privado ha sido anterior, y tampoco afecta a la cuestión lo dispuesto en el art. 1.227. Ciertamente, el precio real es el que a la postre ha sido abonado y, por tanto, al mismo debe estarse. Por ello, se ratifican los certeros argumentos al respecto plasmados por la Sra. Juez.

Igual suerte debe darse a la invocación de la colindancia de la finca " DIRECCION000 " con la denominada "La Fuente", propiedad como sabemos del demandante Don Maximo , teniendo en cuenta, como se señala en la recurrida, el informe pericial, que no ha sido contradicho, y que señala que en ningún caso se da tal colindancia y que, además, lo avala la descripción de la FINCA000 en el contrato de 17-10-1982, en virtud del que los causantes adquirieron aquélla, ya que en su linde sur alude a "más del comprador" y en modo alguno a la finca que coincidiría con " DIRECCION000 " .

Es cierto que en la escritura de 23-6-2017 por la que Don Nicolas adquirió las fincas objeto ahora de retracto al describir " DIRECCION000 " (nº 312) se señaló en su descripción un linde en el vértice oeste con la parcela NUM003 , correspondiente con la FINCA000 , mas ello deriva del plano catastral en el que se observa un punto de encuentro entre ambas, circunstancia que el Sr. Perito explicó claramente no corresponder a la realidad, sin perjuicio de que la coincidencia en un único punto no podría entenderse por colindancia, que se refiere a dos fincas contiguas entre sí y no meramente chocantes en un punto.

**CUARTO.-** El rechazo de ambos recursos ha de conllevar la imposición a cada parte apelante de las costas correspondientes a su apelación ( art. 398 LEC ).

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

## FALLO

Desestimar tanto el recurso de apelación interpuesto por Don Nicolas como el interpuesto por Don Maximo contra la sentencia dictada en fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho, por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Lena , en los autos de los que el presente rollo dimana, se **CONFIRMA**.

Se imponen a cada parte las costas correspondientes a su recurso de apelación.



Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, a los que se les dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ