



Roj: **STS 2037/1968** - ECLI: **ES:TS:1968:2037**

Id Cendoj: **28079110011968100046**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/1968**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FEDERICO RODRIGUEZ SOLANO Y ESPIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 275.-Sentencia de 4 de abril de 1968.

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: Don Juan María .

FALLO: Declarando no haber lugar al recurso interpuesto contra la Sentencia de 1 de octubre de 1966, pronunciada por la Sala

Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

DOCTRINA: Retracto de colindantes.

La simple excavación practicada por el dueño de una de las fincas limítrofes para recoger aguas sobrantes de riego no

constituye accidente topográfico capaz de destruir la colindancia.

En la villa de Madrid, a 4 de abril de 1968.

En los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de El Ferrol del Caudillo, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, por doña Claudia , soltera, labradora y vecina del Ayuntamiento de Narón, contra don Juan María , mecánico electricista y vecino de Las Forjas, sobre retracto de colindantes; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, representado por el Procurador don Cristóbal San Juan González y defendido por el Letrado don Alvaro Soto Burgos; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la demandante y recurrida, representada y defendida, respectivamente, por el Procurador don Rafael Reig Pascual y el Letrado don Carlos Díaz Guerra.

RESULTANDO

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 1964, el Procurador don Benito Rey Martínez, en nombre y representación de doña Claudia , dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de El Ferrol del Caudillo, demanda contra con Juan María , alegando sustancialmente como hechos: Primero. Que había llegado a conocimiento de la demandante de que por don Guillermo y sus hijos don Jose Ángel , doña Asunción y doña Estíbaliz , con fecha 27 de julio de 1964, y a medio de documento privado, habían vendido al demandado, las siguientes fincas: Ayuntamiento de Narón. Parroquia de San Julián de Narón. 1. Prado Allos, 3,82 áreas, equivalentes a tres cuartos de ferrado de terreno a prado y que limita al Norte con Claudia , al Sur con más de los vendedores, Levante con más de Claudia y Poniente la carretera. 2. Otro prado en Allos, confinante por el Norte con la anterior, Sur Ismael , Levante con Claudia y Poniente con la carretera; su cabida es 2,01 áreas, o sea, cinco novenos de ferrado de un terreno a prado; que el precio es el de 5.000 pesetas, habiendo satisfecho por Derechos Reales 446,22 pesetas.-Segundo. Que la actora es propietaria por herencia de sus padres de la siguiente finca rústica: Ayuntamiento de Narón. Parroquia de San Julián de Narón. Una finca dedicada a huerta, denominada DIRECCION000 , de una extensión de cuatro ferrados, equivalentes a



20,36 áreas, y que limita al Norte con más terreno dedicado a huerta, que se adjudica a su hermano Juan María, Sur con Mariano y Jose Ignacio, Levante Pedro Enrique y Poniente la carretera y la casa de la demandante doña Claudia. Tercero. Que la demandante es colindante con las dos fincas adquiridas por el expresado demandado, y de cuya adquisición la demandante no tuvo conocimiento hasta el día 17 de diciembre de 1964, ya que dicha compraventa no solamente no ha sido inscrita, sino que tampoco ha sido otorgada en documento público, ya que lo ha sido en documento privado.-Cuarto. Que la demandante consignaba en la mesa del Juzgado, con la presente demanda, la cantidad de 6.000 pesetas que corresponden al precio de la venta, o sea, 5.000 pesetas y 1.000 pesetas más para pagar gastos legítimos, ofreciendo pagar más cantidad en el supuesto de que los expresados gastos excedieran de tal cantidad; y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando que previa la tramitación legal oportuna, se dictara sentencia declarando que la demandante tenía derecho a retraer las dos fincas descritas en el hecho primero de la demanda, condenando en su consecuencia al demandado para que en término de tercer día otorgase a favor de la actora la correspondiente escritura de venta, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio, y todo ello con expresa imposición de costas.

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado don Juan María se personó en los autos representado por el Procurador don Jesús González Lorenzo, el cual por medio de escrito de fecha 29 de enero de 1965, contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos: Primero. Que negaba todos los que en la demanda se formulaban, en cuanto se opusieran a los que a continuación exponía.-Segundo. Que no era cierto que la demandante hubiese tenido conocimiento de la compraventa de las fincas en la fecha que se dice en la demanda, porque con anterioridad a la fecha del otorgamiento del contrato de compraventa de tales fincas, el demandado le hizo saber que iba a comprarlas, y asimismo el vendedor de las fincas citadas le manifestó su deseo de venderlas, haciéndole saber el precio y demás circunstancias que no fue aceptada, porque conociendo la demandante que el demandado era arrendatario de las mismas, desistió de comprar unas fincas en las que existía una preferencia adquisitiva para el demandado. Tercero. Que si bien en el concepto normal colindancia es similar a continuación, el concepto de colindante desde el punto de vista jurídico exigía, además de esa continuidad que no se rompiera la continuidad de la finca, de tal forma que si entre dos fincas contiguas existía una solución de continuidad, no podía decirse que fueran colindantes a efectos del ejercicio de la acción de retracto, que era lo que en el presente caso ocurría, por lo que en el presente caso concurría, por cuanto entre las fincas del demandante y demandado existía una servidumbre de acueducto, es decir, un caño de agua que pasando por encima de la finca del demandado conducía aguas que más arriba nacían a otros regadíos situados al otro lado de la carretera de Jubia a la Pena de Embade; que se trataba, pues, de un acueducto que al salir de la finca del demandado atravesaba, por medio de una alcantarilla, la citada carretera, regando fincas de terceros, quedando establecido que entre las fincas objeto de la litis existía este signo aparente de servidumbre.-Cuarto. Que para que el retracto de colindante pudiera prosperar, era preciso que las fincas de ambos litigantes tuvieran el carácter de rústicas, cuyo carácter viene determinado por tres elementos esenciales, su situación, su destino y su valor; que la finca del demandado, si bien se hallaba situada en un paraje en el que el destino de las tierras es indistintamente a cultivo y a edificación, no podía olvidarse que lindaba con la carretera, que en sus proximidades existían casas construidas e incluso industrias establecidas, y que su valor era superior a un duplo a las de su misma calidad y cultivo, que no tengan tal emplazamiento.-Quinto. Que la demandante ocultaba que el demandado, desde el año 1953, era arrendatario de la finca que se intentaba retraer, cuyo hecho era no sólo suficiente para enervar la acción de retracto, sino también causa determinante de la mala fe de la actora; y después de invocar los fundamentos legales que estimó de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia desestimando la demanda, absolviendo de la misma al demandado, con expresa imposición de costas a la actora.

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte demandante se practicó la de confesión judicial del demandado, documental, testifical y reconocimiento judicial, en cuya diligencia y entre otros particulares se hace constar que entre ambas fincas, de arriba a abajo, discurre un caño o cauce de agua, que llega a la cuneta bastante profunda, la cual las recoge y también aguas que desde más arriba, en la prolongación de dicha cuneta, igualmente discurren hacia abajo siguiendo la línea de la finca del demandado, una distancia aproximada de cinco metros hasta una especie de atarjea en que penetra por debajo de la carretera, la atraviesa y sale por las fincas sitas por la parte de abajo de dicha carretera, en plano más inferior y con desnivel, regándolas por unos canales en la dirección natural de la inclinación del terreno... y que ambas fincas son colindantes, hallándose la de la actora cerrada de seto vivo sobre sí y la del demandado abierta, y que entre la parte baja de este seto vivo y la finca del último, discurre un estrecho cauce de agua que viene de la parte alta del terreno; y a propuesta del demandado tuvieron lugar la pericial, emitiéndose dictamen por la Jefatura Agronómica de La Coruña, en la que entre otros extremos se hizo constar que las dos parcelas de terreno que se mencionan, con el nombre de DIRECCION001 y las superficies respectivas de 382 y 281 metros cuadrados, constituyen una sola finca o unidad física con la superficie global de 583 metros cuadrados, confinando Norte, finca separada por cierre de setos vivos y pequeño cauce para deslizamiento de agua



aprovechable para riego del terreno de que se trata, de doña Claudia ; Sur, finca de doña Ismael ; Este, en parte la citada finca con los mismos elementos de separación de la expresada doña Claudia ; habiéndose practicado a la misma instancia, prueba testifical y de confesión judicial de la demandante, la cual al ser preguntada sobre si era cierto que en la finca de la confesante nacía agua que era aprovechada por las fincas del demandado, manifestó ser cierto; asimismo al ser interrogada sobre si era cierto que otras aguas de la finca de la confesante eran conducidas por un caño existente entre la finca de ésta y las del demandado, manifestó que existía un caño que antes no había y las fincas regaban por sí solas, y preguntada sobre si era cierto que tales aguas conducidas por el caño expresado atravesaban la carretera por una atarjea y regaban las fincas de otros propietarios situadas al otro lado de la carretera, contestó que cuando había agua sí.

RESULTANDO que unidas las pruebas a sus autos, y seguido el juicio por sus trámites restantes, el Juez de Primera Instancia de El Ferrol del Caudillo dictó Sentencia con fecha 29 de abril de 1965 , por la que desestimando la demanda promovida por doña Claudia contra don Juan María , absolvió a éste de la misma, sin hacer especial imposición de costas.

RESULTANDO que contra la anterior sentencia, se interpuso por la representación de la demandante doña Claudia , recurso de apelación, que fue admitido libremente y en ambos efectos, y sustanciada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó Sentencia con fecha 31 de octubre de 1966 , por la que revocando la apelada y estimando la demanda formulada por doña Claudia , declaró que la misma tiene derecho a retraer las dos fincas que se describen en el hecho primero de la demanda, condenando en su consecuencia al demandado a que en el término de tercero día otorgue a favor de la actora la correspondiente escritura de venta, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio, todo ello sin hacer especial imposición de costas de ambas instancias.

RESULTANDO que el Procurador don Cristóbal San Juan González, en nombre y representación de don Juan María , ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, al amparo de los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por los siguientes motivos:

Primero. Se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la ley procesal civil , por infracción por aplicación indebida del artículo 1.523, párrafo primero, del Código Civil , en relación con el artículo 2.º del Decreto de 29 de abril de 1959, Reglamento para la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos, definidor del retracto legal de comuneros, puesto que al establecerse en dicho precepto sustantivo los requisitos cuya concurrencia es "condictio sine qua non" para que proceda su ejercicio, es evidente que cuando tales condiciones no concurren en las tierras o fincas colindantes -o al menos en una de ellas- no puede esgrimirse dicho retracto legal por ninguno de sus propietarios en caso de venta a un extraño por otro, y en el presente caso por la Sala sentenciadora se ha apreciado erróneamente la concurrencia de tales condiciones y declarado la procedencia del retracto legal de colindantes ejercitado por la actora, siendo así que falta en las fincas retraídas el requisito básico y fundamental, infringiéndose con ello por aquélla el aludido precepto sustantivo, así como la doctrina legal al respecto; que la sentencia recurrida, en su primer Considerando, no obstante aceptar y declarar acertada la tesis del juzgador de instancia, en orden a la distinción entre finca rústica y urbana, y al criterio diferenciador entre una y otra, estima que no la mantiene al conceptuar las fincas retraídas como urbanas; es decir, que la Sala sentenciadora revoca el fallo del Juzgado de instancia, por estimar pertinente el ejercicio del retracto legal de colindantes al concurrir los requisitos legales exigidos para ello, fundamentalmente el de ser rústicas tanto la finca del retrayente como las fincas por éste retraídas; que según se desprende del contenido del artículo 1.523, párrafo primero, del Código Civil , definidor del retracto legal de colindantes, el requisito fundamental y básico del mismo es el carácter rústico de las fincas colindantes -tanto retrayente como retraída-, y tanto la Sala sentenciadora como el juzgador de instancia, reconocen como fundamental y decisiva la naturaleza rústica de las fincas objeto de retracto; que, por tanto, se ha de examinar si las fincas objeto del retracto de la actora, de propiedad del recurrente y la finca perteneciente a aquélla, tienen o no la condición de rústicas, y bastaría con dar por enteramente reproducidas las manifestaciones del juzgador de instancia en sus seis primeros Considerandos para poner de relieve la procedencia de este primer motivo por absoluta inaplicabilidad del artículo 1.523, párrafo primero, del Código Civil , al caso que nos ocupa, y correlativa imposibilidad del ejercicio del retracto legal de colindantes ejercitado; que dejando a un lado el examen de lo que se entiende por finca, y partiendo de que el Código Civil, en sus artículos 1.575 a 1.583 , en materia de arrendamientos, diferencia la finca rústica de la urbana, exclusivamente en razón del destino -considerando rústica la finca agrícola y urbana la edificación de vivienda, comercio o industria-; examínese lo establecido en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, y más concretamente lo preceptuado en el Reglamento para su aplicación de 29 de abril de 1959, ya que al regularse en su articulado un régimen especial y genuino para el arrendamiento de los predios o fincas rústicas, precisa con mayor exactitud y rigor técnico jurídico el concepto de finca rústica -base inexcusable de aplicación de sus preceptos-; y determina con toda claridad lo que ostenta tal naturaleza, y aquello que pese a aparentarlo, no merece dicho concepto; que el artículo segundo de la Ley de Arrendamientos Rústicos declara las fincas que se entenderán como tales a los



efectos de dicha ley, y como precisaba el juzgador de instancia, el criterio que sigue dicha ley y su Reglamento para conceptuar una finca como rústica, y por ende, sometida al régimen especial de arrendamientos que establece, es el de su destino, concorde con el mantenido por el Código Civil y por la doctrina jurisprudencial en Sentencia de 18 de julio de 1903; en una palabra, se entenderá por finca rústica aquella que se destine a una explotación agrícola, pecuaria y forestal; que sin embargo, la legislación especial de arrendamientos rústicos, exceptúa de la misma, por no tener la consideración de rústicas, determinadas fincas, y así el Reglamento de 29 de abril de 1959, establece en su artículo segundo, número dos, apartado tercero, que no tendrán el carácter de finca rústica "las tierras, dentro o fuera de las zonas o planes de ensanche de las poblaciones, cuando por su proximidad a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puertos y playas, tengan un valor en venta que duplique, por lo menos, el precio normal que en el mercado inmobiliario corresponda a las de su misma calidad y cultivo"; que según se desprende de este precepto, dicha excepción se refiere a fincas que no obstante estar dedicadas a un cultivo, por reunir las circunstancias especiales que enumera de situación y valor comparativo, no tienen la consideración de fincas rústicas y sí, por el contrario, el de urbanas, y tal es el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de noviembre de 1947; que con ello se salía al paso de la declaración del Tribunal de apelación sobre el hecho de estar de acuerdo las partes en que son prados dedicados al cultivo de hierba, tanto la de la retrayente como las retraídas, pues ello, como se ha visto, según la doctrina jurisprudencial, al igual que el hecho de que los propietarios califiquen en escrituras -e incluso en inscripciones registrales-, Sentencias de 12 de marzo de 1902, 1 de diciembre de 1927 y 4 de octubre de 1947, de prados, tierras o predios sus fincas, no entorpece el que las mismas tengan el carácter de urbanas y como tales deban ser calificadas, ya que el hecho de estar destinadas actualmente o en determinado momento a un cierto cultivo, no desvirtúa su real condición legal de tales, máxime cuando resulta así de pruebas evidentes reveladoras de ello; que en los presentes autos, frente a la conceptualización de las fincas retrayente y retraídas como rústicas que efectúa la actora al plantear la demanda, y a la circunstancia irrelevante de denominárselas como tierras o terrenos a prados en las descripciones contenidas en las escrituras, nos encontramos con que se acredita debidamente que las fincas retraídas propiedad del señor Juan María, así como la de propiedad de la actora, no tienen el concepto legal de fincas rústicas, al no ser su destino o finalidad exclusiva la explotación agrícola, pecuaria o forestal, y ello pese a producir hierba y recogerse ésta por sus dueños; que bastará para evidenciar el carácter de urbanas de todas las fincas, con examinar el resultado de la diligencia de reconocimiento judicial solicitada por la retrayente y, sobre todo, el dictamen emitido a solicitud del recurrente por la Jefatura Agronómica Provincial de La Coruña, siendo este último dictamen el tomado por el juzgador de instancia como base de su criterio calificador de las fincas, y en el cual se funda para desestimar la demanda de la actora, por la imposibilidad de ejercitar el retracto legal de colindantes; y aparte de estas dos pruebas, la propia actora al aportar testimonio de particulares del procedimiento civil seguido por el recurrente contra su hermano don Joaquín, pone de relieve que la finca de su propiedad -retrayente- atribuida erróneamente por el señor Juan María a aquél, se halla instalada una fábrica de gaseosas explotada por su referido hermano -explotación industrial a todas luces- que elimina por sí sola la condición de rústica de la misma, por si fuera poco elocuente su situación y emplazamiento; que en resumen, de todo lo expuesto se desprende que las fincas, tanto retrayente como retraídas no son rústicas, sino urbanas, faltando el requisito básico exigido por los artículos 1.523, párrafo primero, del Código Civil, para que proceda el ejercicio del retracto legal de colindantes-Sentencias de 12 de marzo de 1902, 18 de julio de 1913 y 12 de junio de 1928, entre otras, y al haberse estimado la demanda y declarado procedente el retracto legal de colindantes ejercitado por la actora, en base a la aplicación del artículo 1.523, párrafo primero, del Código Civil, se había infringido por la Sala sentenciadora, por aplicación indebida, el aludido precepto sustantivo y la doctrina legal correspondiente.

Segundo. Se articula asimismo al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose la infracción, por interpretación errónea del mismo, en el párrafo segundo del artículo 1.523 del Código Civil -en relación con los artículos 530, 532, 557 a 561 del mismo Cuerpo legal y con los artículos 69, 77 y 86 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que establece una excepción al derecho que asiste a los propietarios de fincas rústicas colindantes., a ejercitar el retracto legal de colindantes, cuando la cabida de aquélla no exceda de una hectárea; que ello es debido a que, aun en el supuesto puramente hipotético -que se rechaza por la parte recurrente- de que se estimase que las fincas retraídas, así como la finca propiedad de la retrayente fueran de naturaleza rústica, sin embargo, tampoco cabría el ejercicio por doña Claudia del retracto legal de colindantes respecto de las fincas propiedad del recurrente, al estar separadas éstas de aquélla por un arroyo o acequia, o cuando menos por una servidumbre aparente y continua, cual es la del acueducto en beneficio de los predios inferiores; que en consecuencia, al haberse dado lugar al retracto solicitado, por la Sala sentenciadora, omitiendo la aplicación de la primera excepción establecida en el párrafo segundo del artículo 1.523 del Código Civil -en el supuesto hipotético de que se considerasen las fincas como rústicas-, se ha interpretado por aquélla en la sentencia recurrida erróneamente el aludido precepto, dando lugar a su infracción; que la propia Sala sentenciadora reconoce la existencia entre las fincas propiedad de la actora -retrayente- y aquellas propiedad del recurrente -retraídas-, de un cauce de agua que



las separa, si bien estima que dadas sus características, no puede incluirse dentro de los conceptos de arroyo o acequia a que se refiere el artículo 1.523, párrafo segundo; que el indicado precepto sustantivo establece como excepción al derecho de los propietarios de fincas rústicas colindantes, cuya cabida no exceda de una hectárea, a ejercitar el retracto legal de colindantes, la inaplicabilidad de éste "a las tierras colindantes que estuvieran separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas"; es decir, que el Código Civil enumera como posibles accidentes que rompen la colindancia entre las fincas contiguas e impiden el ejercicio del retracto legal de colindantes, entre otras: a) Los arroyos y las acequias, únicos accidentes a los que alude la sentencia recurrida, afirmando su inexistencia en este caso, y b) Otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas; que el artículo 530 del Código Civil define la servidumbre, precisando el 537 que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por prescripción de veinte años; que entre las servidumbres legales se hallan la de aguas y la de acueductos, y a su vez la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 enumera entre las servidumbres legales, la de acueducto; que por lo que respecta a la servidumbre de aguas, el Código Civil en su artículo 552, párrafo primero, y la Ley de Aguas en su artículo 69, coinciden en afirmar como tal la obligación que pesa sobre los predios inferiores a "recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre, fluyan de los superiores"; que a la luz de lo anteriormente expuesto, y del examen de los autos, resulta la existencia de una acequia o caño de agua que pasando sobre las fincas retraídas procedente de la finca de la retrayente, conduce aguas que nacen en la misma, a fincas y regadíos situados más abajo, al otro lado de la carretera que conduce de Jubia a La Pena de Embade, atravesando aquélla por medio de una alcantarilla, y siendo las citadas fincas o regadíos que se benefician de tales aguas, propiedad de terceros; que de la diligencia de reconocimiento judicial y del dictamen de la Jefatura Agronómica de La Coruña se desprende la existencia entre las fincas retraídas y la de propiedad de la retrayente, de un caño o cauce de agua que las separa y que conduce a través de ambas las aguas alumbradas más arriba hacia las fincas sitas al otro lado de la carretera -bajo la cual pasan por una alcantarilla- quienes se benefician de ellas -siendo las mismas propiedad de terceras personas-; que en la escritura privada de compraventa de las fincas retraídas celebrada por el recurrente con los señores Guillermo y Jose Ángel , propietarios desde 1963, se declara por los vendedores que se "transmite el derecho de que estas dos fincas venían utilizando el agua sobrante de la que nace en la finca de que está al Este y es hoy de los herederos de don Valentín , desde hace más de veinte años"; y por último, tanto la recurrida al confesar, como la casi totalidad de los testigos, reconocen al existencia del caño o cauce de agua que separa ambas fincas -retrayentes y retraídas-, que conduce los sobrantes de las aguas a las fincas inferiores del otro lado de la carretera, y que si se cerrase del todo quedarían sin agua dichas fincas; que a la vista de todo ello se había de concluir que todo ello constituye una verdadera y auténtica servidumbre aparente y continua de acueducto o, en el peor de los casos, una servidumbre de aguas, y aun suponiendo que es estimase que el aludido caño o cauce no reúne la cantidad suficiente para estimarlo como arroyo o acequia - en el sentido exigido por el Código Civil en su artículo 1.523, párrafo segundo -, la existencia de una evidente servidumbre aparente entre las fincas retraídas y aquella propiedad de la retrayente, constituye uno de los accidentes que enumera el aludido precepto legal , y que rompiendo la colindancia entre las fincas contiguas, impide el ejercicio del retracto legal de colindantes.

Tercero. Amparado también en el número primero del artículo 1.692 de la ley procesal civil , alegando que por la Sala sentenciadora se ha violado por inaplicación el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 y el artículo 16 de su Reglamento de 29 de abril de 1959 , toda vez que en los mismos se establece a favor del arrendatario de las fincas rústicas el derecho de retracto, el cual será preferente a todos los demás retractos legales, salvo el de comuneros en determinadas circunstancias; que en el presente caso, por haber sido el recurrente arrendatario de las fincas retraídas -las cuales posteriormente adquirió de sus arrendadores- gozaría en todo caso del derecho de retracto para la adquisición de las mismas, preferente al de cualquier colindante; que este motivo se articula para el caso hipotético -que se rechaza- de que estimadas las fincas retraídas como rústicas y que no existe entre ellas y la retrayente accidente alguno que rompa su colindancia, se admitiese la posibilidad legal de ejercitar el retracto de colindancia por la señora Claudia ; que pese a la declaración del segundo Considerando de la sentencia recurrida, en los autos había quedado suficientemente claro el carácter o condición de arrendatario de las fincas retraídas que tiene el recurrente, al comprárselas a sus anteriores propietarios los señores Guillermo y Jose Ángel , y, por consiguiente, su derecho a adquirirlas con preferencia a cualquier otro retrayente; que evidentemente el propósito del legislador al establecer en el artículo 16 de la ley arrendaticia rústica, y en el correlativo de su Reglamento el derecho de retracto a favor del arrendatario, no fue otro que el de permitir el acceso a la propiedad de las fincas., con preferencia a los extraños, a aquel que cultiva y trabaja, y en igual sentido se pronuncia únicamente la doctrina jurisprudencial; que la condición de arrendatario del recurrente respecto de las fincas retraídas, en el momento de serle vendidas por sus anteriores propietarios, se evidencia clámente de los autos por cuando: 1) El recibo aportado por el recurrente y suscrito por el anterior propietario de las fincas don Jose Ángel , justifica el pago de la renta de las mismas durante el año 1963; 2) el contrato privado de compra de las citadas fincas por el señor Juan María ; 3) el testimonio de particulares de las querella entablada contra el mismo y el señor



Guillermo , por el hermano de la recurrida, y 4) la prueba testifical de ambos litigantes acredita el concepto de arrendatario del recurrente respecto de las fincas retraídas; que todo ello conduce a la realidad del derecho preferente que sobre cualquier otro retrayente por razón de colindancia, tenía el recurrente para adquirir las fincas retraídas, las cuales llevaba trabajando en arriendo desde seis años antes, todo ello en base al retracto que le reconocen los artículos 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y el artículo 16 de su Reglamento.

Cuarto. Amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegando, que por la Sala sentenciadora se ha cometido error de hecho en la apreciación de las pruebas, que resulta de documentos o actos auténticos que demuestran la evidente equivocación de aquél, como son la diligencia de reconocimiento judicial, el dictamen pericial emitido por la Jefatura Provincial Agronómica de La Coruña, la escritura de compraventa de las fincas retraídas, y la confesión de la recurrida; que en este motivo se daban por reproducidas las argumentaciones de los tres anteriores motivos de casación, en las que se ha puesto de relieve el verdadero valor de las pruebas practicadas y obrantes en los autos y lo que cada una de ellas acredita, lo que viene a evidenciar la equivocación padecida por la Sala sentenciadora, por deducir de aquéllas el carácter rústico de las fincas, la inexistencia de accidente natural o legal que rompa la colindancia entre éstas y la retrayente y negar la condición de arrendatario del recurrente, no obstante deducirse de las pruebas todo lo contrario, equivocación que le lleva a declarar procedente el retracto de colindantes ejercitado por la actora al amparo del artículo 1.523 del Código Civil .

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano Espín.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que ninguno de los elementos de prueba en que pretende apoyarse el error de hecho atribuido al juzgador de instancia en el cuarto motivo del presente recurso, formulado al amparo del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es suficiente por sí mismo ni aun unido a los demás para conseguir la anulación de la sentencia recurrida, porque el contrato de compraventa de la finca retraída, por haber sido tenido en cuenta por el Tribunal "a quo" para emitir su fallo, no puede servir de base para fundamentar un vicio "in iudicando" de esta clase (Sentencias de 27 de febrero de 1954 y 6 de noviembre de 1962), y porque, como con reiteración ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, carecen de autenticidad para lograr dicho resultado y ni aun siquiera constituyen documentos, por no encajar en la Sección Primera del Título I, Libro IV, del Código Civil, las diligencias de reconocimiento judicial (Sentencias de 15 de noviembre de 1961 y 27 de octubre de 1962), los dictámenes periciales (Sentencias de 16 de diciembre de 1954 y 14 de abril de 1955), ni las manifestaciones que los litigantes hayan emitido al absolver las posiciones de su confesión judicial (Sentencias de 23 de octubre de 1964 y 21 de enero de 1965).

CONSIDERANDO que igualmente decae el primer motivo del recurso acogido al número primero del mencionado artículo 1.692, en el que se acusa al órgano jurisdiccional de haber aplicado indebidamente el párrafo primer del artículo 1.523 del Código Civil , en relación con el 2.º del Reglamento de 29 de abril de 1959 porque, aparte de la dificultad que ofrece extender las reglas de excepción contenidas en esta última norma a cuestiones extrañas a los arrendamientos rústicos, como lo son las relacionadas con el retracto de colindantes (Sentencia de 29 de noviembre de 1966), es lo cierto que para calificar de rústica o urbana una finca a efectos del primero de estos preceptos, cuando no esté emplazada dentro de la zona o plano de ensanche de alguna población, habrá de atenderse en primer término al aprovechamiento primordial a que se destine (Sentencias de 8 de mayo de 1944 , 6 de junio de 1947 y 15 de noviembre de 1961), aun cuando dentro de su perímetro existiera alguna edificación (Sentencia de 10 de junio de 1954), y como en el supuesto que aquí se contempla, la sentencia recurrida declara probado que los inmuebles objeto del debate son "prados dedicados a la producción de hierba" sin que conste se apliquen a cualquiera de los fines señalados en el párrafo segundo de la regla tres contenida en el artículo 2.º del Reglamento antes indicado, que desenvuelve el primer apartado C) del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 , y como, además, no se ha acreditado en las actuaciones que el valor en venta de la finca retraída señalado en 5.000 pesetas en el documento de transmisión, sea superior en un duplo al que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario a otras análogas, de ahí que no pueda estimarse en forma alguna la concurrencia de la referida excepción.

CONSIDERANDO que tampoco puede alcanzar el éxito deseado por el impugnante el segundo motivo del recurso, dirigido por la vía formal del anterior, porque ni una simple excavación practicada por el dueño de una de las heredades limítrofes para recoger las aguas sobrantes de riego, constituye, a efectos del párrafo segundo del artículo 1.523 del Código Civil accidente topográfico alguno capaz de destruir su colindancia y enervar el derecho de retracto emanado de dicha norma legal, cuando así lo haya apreciado el Tribunal sentenciador con relación a la respectiva situación de las fincas (Sentencias de 3 de julio de 1908), ni mucho menos supone la existencia de una servidumbre de acueducto establecida en favor de otros inmuebles, de no



acreditarse previamente el título de su constitución con arreglo a las prevenciones del artículo 537 en relación con el 561 del indicado Cuerpo legal, cosa que aquí no ha sucedido y que no puede inferirse de la redacción de los artículos 69, 77 y 86 de la Ley de 13 de junio de 1879, que lo único que permiten al dueño del predio sobre que viertan las aguas es la reclamación de daños y perjuicios, pero nunca el nacimiento, y mucho menos en su favor, de semejante gravamen.

CONSIDERANDO que la misma suerte debe correr el tercer motivo del recurso, también respaldado en el número primero del repetido artículo 1.692, tanto por apoyarse, al igual que los dos que le preceden, en supuestos de hecho contrarios a los afirmados por la Sala de instancia como porque los párrafos cinco, seis y penúltimo del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, tal y como quedaron redactados por la de 15 de julio de 1949 y sus coincidentes del Reglamento de 29 de abril de 1959, que se dicen violados por inaplicación, no conceden preferencia alguna al retracto establecido en dichos preceptos sobre el de colidantes, salvo cuando se ejercitare por un arrendamiento sometido al régimen regulado por el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942, y como ello no se ha demostrado ni pretendido demostrar por el recurrente en el presente caso, la misma no puede prevalecer frente a la acción ejercitada, según indica la Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1960, y el motivo al igual que el recurso debe ser desestimado.

FALLAMOS

que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de don Juan María contra la Sentencia que con fecha 31 de octubre de 1966 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña; condenamos a dicho recurrente al pago de las costas, y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos, rollo de Saín y apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Manuel Lojo Tato.-Federico Rodríguez Solano Espín.- Emilio Aguado.-Jacinto García Monge.-José Beltrán de Heredia.-Rubricados.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Federico Rodríguez Solano Espín, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de lo que como Secretario certifico.-José Sarabia.