

Roj: **SAP J 91/2004 - ECLI:ES:APJ:2004:91**Id Cendoj: **23050370022004100028**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Jaén**Sección: **2**Fecha: **26/01/2004**Nº de Recurso: **14/2004**Nº de Resolución: **10/2004**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE REQUENA PAREDES**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA Núm. 10**

Illtmos. Sres.:

Presidenta

D<sup>a</sup>. ELENA ARIAS SALGADO ROBSY

Magistrados

D. JOSE REQUENA PAREDES

D. JOSE ANTONIO CORDOBA GARCIA

En la ciudad de Jaén, a veintiséis de Enero de dos mil cuatro.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el núm. 325/02, por el Juzgado de Primera Instancia nº uno de Ubeda, rollo de apelación de esta Audiencia núm. 14/04, a instancia de D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup> Encarna , representados en esta alzada por la Procuradora Sra. Carazo Calatayud y defendidos por la Letrada Sra. Patón Gómez contra D. Domingo y D<sup>a</sup> Mercedes , representados en esta alzada por la Procuradora Sra. Salido Castañer y defendidos por el Letrado Sr. Aranda Quesada.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº uno de Ubeda con fecha veinticuatro de Junio de dos mil tres.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada se dictó Sentencia que contiene el siguiente FALLO: "QUE ESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por D. Simón Mulero García, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. Miguel Ángel y Dña. Encarna , asistida de la letrada Sra. Patón Gómez, contra D. Domingo y Dña. Mercedes , representados por el Procurador Sr. Sánchez Tello, asistidos por el letrado Sr. Aranda Quesada; reconociéndose el derecho de retracto a favor de D. Miguel Ángel y Dña Encarna , sobre la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad de Ubeda, inscrita al folio NUM001 , Tomo NUM002 , Libro NUM003 inscripción NUM004 , a nombre de los demandados, y su obligación de otorgar escritura pública a favor de los actores en las mismas condiciones y precio de su propia adquisición, apercibiéndoles de que si no lo hacen será otorgada la escritura de oficio. Con expresa imposición de costas a los demandados."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se tuvo por preparado primero y se interpuso después por los demandados, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº uno de Ubeda, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso interesando la revocación de la Sentencia por otra desestimatoria de la demanda.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación se presentó escrito de oposición por los actores solicitando la confirmación de la Sentencia; remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta



Audiencia, turnadas a esta Sección 2ª el pasado 14 de Enero, en la que se formó el rollo correspondiente, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna, previa su deliberación y votación.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Siendo Ponente el Magistrado lltmo. Sr. D. JOSE REQUENA PAREDES.

NO SE ACEPTAN los Fundamentos de Derecho de la resolución impugnada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, con estimación del recurso, revocar la Sentencia de instancia que al dar lugar a la acción de retracto legal de colindantes deducida por los actores, ahora apelados, al amparo del art. 27 de la Ley 19/1.995 de 4 de Julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias, la entendemos no ajustada a Derecho ni a la Doctrina legal ni científica que de forma invariable ha declarado la inviabilidad de la acción de retracto cuando el comprador de la finca que pretende retraer era ya previamente propietario colindante de la misma.

Esto es, este Derecho de retracto legal, que no convencional, como ya dijimos en nuestra Sentencia de 15 de Enero de 2.002 y reiteramos en la de 9 de Diciembre de 2.003 con cita en la de la Sección 1ª de esta misma Audiencia Provincial de Jaén de 22 de Octubre de 2.000, otorga por Ley al colindante de una finca rústica el derecho de subrogarse en la misma posición de quien sin ser colindante con la misma adquiere una finca por venta o dación en pago y en las mismas condiciones estipuladas en el contrato. Se concibe, pues, como una limitación al derecho de todo propietario a la libre disponibilidad de sus bienes cuyo voluntario ejercicio por el retrayente frente al comprador exige la concurrencia de requisitos de naturaleza sustantiva y procesal. A los primeros pertenece la exigencia de que se haya transmitido una finca por alguno de esos dos modos traslativos del dominio, que la finca además sea rústica y de determinada cabida, colindante con otra propiedad del actor y no separada por accidentes orográficos. De índole procesal se exige que dirija su acción contra el comprador no colindante, dentro del plazo previsto en la Ley, consignando al tiempo de presentar la demanda o dentro de ese plazo de caducidad el precio si fuera conocido o se ofrezca fianza en garantía de hacerlo cuando no lo sea. Por último, que antes de operar la retroventa se haga pago de los gastos a que se refiere el art. 1.518 del C.C..

SEGUNDO.- La exigencia, pues, de que el comprador retraído no sea a su vez colindante, único obligado pasivamente a soportar la acción de retracto, se ha proclamado por la Jurisprudencia de manera constante, aunque no muy numerosa, en palabras de la S.A.P. de Asturias de 20 de Mayo de 1.999, que vuelve a ratificar este criterio, desde la S.T.S. de 8 de Marzo de 1.901 y 1 de Diciembre de 1.902, mantenida entre otras más recientes, pero sin excepción, en las posteriores S.T.S. de 4 de Noviembre de 1.977, 13 de Febrero de 1.987 ó 22 de Enero de 1.991, declarando de modo uniforme aunque referido al art. 1.523 del C.C., pendiente aún de pronunciarse el Auto Tribunal sobre el retracto de la Ley 19/1.995, que la preferencia que el apartado tercero de ese art. 1.523 establece a favor del dueño de la finca de menor cabida es únicamente aplicable cuando dos o más colindantes ejercitan simultáneamente el derecho de retracto frente a un comprador que no tenga tal condición, pues cuando el adquirente sea también propietario de una finca rústica colindante, aunque fuera de cabida superior a la del retrayente, no tendrá lugar el derecho de subrogación, ni tendrá opción a competir y a procurar por derecho de retracto un dominio que ya le pertenece y en cuya adquisición se ha adelantado sin posibilidad de serle arrebatado por otro colindante, que es lo que en el caso de autos pretenden los actores.

Interpretación jurisprudencial de esta institución que, como manifestación de las llamadas limitaciones del dominio, no permite la interpretación extensiva ni distinta en tales supuestos que propugnaron los actores y acogió la Sentencia pues, en todo caso, la finalidad que persigue el retracto, que no es otra que el facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, ya se ha producido con el agrupamiento que supone la adquisición de otra finca colindante con otras tres que ya eran propiedad de los compradores apelantes, sin que aún careciendo éstos de la cualidad administrativa de titulares de explotaciones prioritarias, se haya cuestionado siquiera que el mantenimiento en su derecho adquirido sea contrario al interés general, que no es otro que el de la mejora de la riqueza y producción agrícola ( S.T.S. 29 de Octubre de 1.985, 31 de Octubre de 1.997, ó 12 de Febrero de 2.000) desde la llamada función social de la propiedad.

Excluir esta teoría general del retracto rústico de colindantes, al supuesto de derecho que introdujo la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias y considerar, como hace la Sentencia, que la condición de titular de una explotación colindante calificada de prioritaria se antepone al Derecho de cualquier adquirente, también colindante, simplemente por no tener reconocida esa cualidad carece de sentido, al menos en el caso de autos. Supone una interpretación extensiva contraria a la ya expuesta naturaleza limitativa de los Derechos, no contenida expresamente en la Ley en conflicto y carente de razón, sino solamente la finca retraída está en plena producción agrícola, el cultivo es idéntico al que destinan los retrayentes sus fincas, y, además, ha



sido mejorado considerablemente en aras al mayor y mejor rendimiento agrícola convirtiendo en regadío una finca de olivar hasta entonces de secano, sin aportarse la menor prueba -ni siquiera intentada- de que la finca en controversia fuera contraria a los objetivos y finalidad de esta Ley incentivadora de la modernización de la explotación agrícola.

El Tribunal Supremo analizando la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1.973, de que esta es precedente, ya declaró en Sentencia de 12 de Febrero de 2.000 la compatibilidad de sus preceptos con los del C.Civil y de manera expresa, declarando la sujeción y subordinación del retracto del art. 27 de la Ley de 1.995 a las reglas generales del C.C. salvo las excepciones específicamente previstas en aquel precepto, se pronuncia al analizar esta Ley la S.A.P. de Burgos (Sección 2ª de 20 de Febrero de 2.003) al indicar que en la misma "el legislador confiere el derecho de retracto de colindantes, que se regula con carácter general en el Código Civil, pero no sólo en los términos regulados en dicho Cuerpo... sino... con algunas peculiaridades y... singularidades... que justifica su regulación diferenciada.

Dentro de esas singularidades destaca que en la nueva Ley no rige el requisito de que la finca retraída tenga una extensión de menos de una hectárea... sino que... la finca debe medir menos del doble de la unidad mínima de cultivo.... Además... el plazo para ejercitar este derecho de retracto será el de un año contado desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo que antes se notifique fehacientemente a los propietarios de las fincas colindantes la venta de la finca, en cuyo caso el plazo será de sesenta días...; plazo claramente más amplio que el de los nueve días del artículo 1524 del Código Civil. Se trata, sin duda, de unas condiciones mucho más ventajosas para el titular de una explotación prioritaria que para cualquier otro colindante, pero es igualmente relevante que la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias no regula algo distinto del retracto de colindantes del Código Civil, sino que, más bien, lo que hace es modular el retracto de colindantes de dicho Código y tratar de favorecer al titular de una explotación prioritaria, sobre todo en los dos aspectos citados de no restringir tanto el derecho de retracto por la vía de la extensión de la finca retraída y ampliar, por otro lado, el plazo de ejercicio del derecho, pero, se insiste, no se crea un derecho real distinto del previamente diseñado por el legislador común para el resto de los propietarios de fincas rústicas colindantes, sino que lo que se hace es ampliar para un determinado tipo de colindantes los requisitos generales del ejercicio del derecho de retracto."

TERCERO.- Procede, pues, estimar este motivo del recurso, segundo en el orden expositivo en que el apelante articuló su recurso, que ya vacía de interés el resto de argumentos de discrepancia a una Sentencia que reconoció el derecho de los actores a retraer pese a las múltiples dudas que amparaban su derecho, especialmente el de la cabida de la finca objeto de retracto que situada en 4 Ha y 97 áreas, sin prueba fehaciente de su acierto en la extensión registralmente declarada en el expediente de inmatriculación está al límite legal y bien puede ser superior como se apunto por algunas partes, el del precio y el de la fecha real de venta cuyo rastro documental y ratificación testifical en juicio permitiría sin mayores dificultades situar el momento de la consumación contractual a fecha muy anterior a la de la escritura pública, esto es, a finales de 1.999 (F. 46 a 51) momento en el que los retrayentes apelados no tenían la cualificación o titularidad que exige el art. 27.1 de la Ley invocada y, por tanto, carecerían de legitimación para retraer años despues una finca abiertamente mejorada y cuya obligación de reembolsar (art. 1.518 y 1.523) a la vista de la impugnación al recurso no parecía predispuestos pese a la exigencia previa de hacerlo (vid por todas S.T.S. 20 de Marzo de 2.003 Fd. 5º) que la Sentencia de manera innecesaria difería a otro procedimiento así como otros muchos de los gastos y pagos realizados en consideración a la compra que por todo lo dicho debe escapar del derecho del retracto declarando no haber lugar al mismo.

CUARTO.- En orden a las costas de la primera instancia no obstante la desestimación del recurso, las dudas de Derecho que entraña la interpretación del art. 27 de la Ley invocada como causa petendi del derecho de los actores y la falta de criterios precedentes en la primera ocasión que esta Sala se pronuncia sobre el contenido determina como justo y adecuado pronunciamiento el de no hacer expresa imposición de las mismas a ninguna de las partes en aplicación del art. 394 de la L.E.C. y por aplicación del art. 398 el no hacer tampoco imposición de las de este recurso.

Y por lo que antecede

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº uno de Ubeda con fecha 24 de Junio de 2.003 en autos de Juicio Ordinario de Retracto seguidos en dicho Juzgado con el número 325/02 debemos revocar y revocamos la misma y en su lugar desestimando la demanda de retracto promovida en nombre de D. Miguel Ángel y Dª Encarna contra D. Domingo y Dª Mercedes declaramos no haber lugar al mismo absolviendo a los demandados de los pedimentos de la



demanda sin hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes. Firme esta resolución devuélvase a los actores la cantidad consignada como precio del retracto.

Comuníquese esta Sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha durante las horas de audiencia ordinaria; doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ