



Roj: **SAP MA 1331/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:1331**

Id Cendoj: **29067370042017100493**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **28/07/2017**

Nº de Recurso: **18/2016**

Nº de Resolución: **509/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Vélez-Málaga, núm. 4, 01-10-2015,
SAP MA 1331/2017**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

SECCIÓN CUARTA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. ALEJANDRO MARTÍN DELGADO

D^a MARÍA ISABEL GÓMEZ BERMÚDEZ

PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 4 DE VÉLEZ-MÁLAGA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 304/2014

RECURSO DE APELACIÓN **18/2016**

SENTENCIA Nº 509/2017

En la ciudad de Málaga a veintiocho de julio de dos mil diecisiete.

Visto, por la sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el procedimiento de Juicio Ordinario 304/2014 procedente del juzgado de Primera Instancia número 4 de Vélez- Málaga, por la mercantil CAMAGÜEY RED, S.L. parte actora en la instancia, que comparece en esta alzada representada por el procurador Sr. Aranda Alarcón y asistida por el letrado Sr. Segado Céspedes. Es parte recurrida la mercantil ABONOS VÉLEZ, S.L., parte demandada en la instancia, que comparece en esta alzada representada por la procuradora Sra. Peláez Salido y defendida por el letrado Sr. Rincón Yuste.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vélez-Málaga dictó sentencia el día 1 de octubre de 2015 en el procedimiento de juicio ordinario 304/2014, cuyo fallo era del tenor literal siguiente:

"Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por elprocurador José Antonio Aranda Alarcón en nombre y representación de CAMAGUEY RED SL frente a ABONOS VELEZ SL DEBO DECLARAR Y DECLARO no haber lugar el derecho de retracto pretendido por la actora sobre la finca registral nº NUM000 Registro de la Propiedad nº 3 de Vélez Málaga, sita en el pago de Huertas Altas término municipal de Vélez Málaga. Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora".



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la parte actora y admitido a trámite, el juzgado realizó los preceptivos traslados y transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 17 de julio de 2017, quedando visto para sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales en vigor.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a MARÍA ISABEL GÓMEZ BERMÚDEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Interpone la representación procesal de la mercantil CAMAGÜEY RED, S.L. recurso de apelación frente a la sentencia dictada en la instancia que desestima la demanda entablada por dicha mercantil en ejercicio de la acción de retracto de colindantes con respecto a la finca registral n^o NUM000 del Registro de la Propiedad n^o 3 de Vélez-Málaga, propiedad de la mercantil ABONOS VÉLEZ, S.L. Alega la parte como motivo de apelación error en la valoración de la prueba por parte del Magistrado de Instancia que le lleva a considerar no acreditado el requisito de la explotación efectiva de la finca como agrícola.

La parte demandada-apelada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO .- El motivo de apelación invocado por la parte recurrente es el error en la valoración de la prueba por parte del Magistrado de Instancia.

Como viene estableciendo reiteradamente esta Sala, en nuestro ordenamiento rige el principio de la libre valoración de la prueba por el Tribunal, cuyos resultados, obtenidos a través de la valoración conjunta de toda la prueba, han de prevalecer por estar inspirados en criterios objetivos y desinteresados (SSTS 11 abril 1988 , 18 octubre 1989 , 8 julio 1991 , entre otras muchas). En este sentido, la jurisprudencia viene estableciendo, como doctrina constante y reiterada, que a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses (SSTS de 16 de junio de 1970 , 14 de mayo de 1981 , 22 de enero de 1986 , 18 de noviembre de 1987 , 30 de marzo de 1988 , 1 de marzo y 28 de octubre de 1994 , 3 y 20 de julio de 1995 , 23 de noviembre de 1996 , 29 de julio de 1998 , 24 de julio de 2001 , 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003).

No obstante la Sala, en cuanto órgano "ad quem", tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos ("quaestio facti") como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes ("quaestio iuris") para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y substantivas de aplicación al caso (SSTS. 21/abr/93 [RJ 1993, 3111], 18/feb/97 [RJ 1997, 1427], 5/may/97 [RJ 1997, 3669], 31/mar/98 [RJ 1998, 2038], y STC 15/ene/96 [RTC 1996, 3], puesto que la apelación constituye una nueva instancia, con plenitud de cognición para el Tribunal» (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 [RJ 1997\1427], entre otras muchas), pues se trata de un "novum iudicium", un recurso de plena jurisdicción que permite al Tribunal de apelación revisar todos los aspectos del asunto, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstos, tanto fácticos como jurídicos, con el único límite de la prohibición de la "reformatio in peius"» (Resoluciones del TS de 25 de marzo de 1997 [Auto] [RJ 1997 \5243] y 10 de mayo de 1998 [análoga a RJ 1995\10032], entre otras), y el de la inmodificabilidad de los aspectos consentidos o no impugnados (Sentencia TS de 30 de abril de 1998 [RJ 1998\2602]). Y un nuevo estudio de la prueba practicada y del visionado de la grabación de juicio lleva a la Sala a considerar que en ningún error ha incurrido el Magistrado de Instancia al valorar la prueba, debiendo confirmarse la sentencia dictada.

Como se ha expuesto, la acción ejercitada era la de retracto de colindantes. No se discute en esta alzada que la acción está ejercitada dentro de plazo ni que la finca de la actora y la de la demandada sean colindantes, extremos estos que sí fueron objeto de controversia en la instancia, resueltos por el Magistrado y que no han sido objeto de impugnación, por lo que devienen firmes. Es además acertada la jurisprudencia que se refiere en la sentencia de instancia acerca del retracto de colindantes y que se da por reproducida en esta alzada a fin de evitar reiteraciones. Lo que cabe analizar en esta alzada es si se cumple la finalidad del retracto ya que la parte apelante lo que recurre es la valoración de la prueba que hace el Magistrado de Instancia que le lleva a considerar que no resulta acreditada la efectiva explotación agrícola de la finca. La mercantil actora, hoy apelante, pretende retraer la finca registral NUM000 del RP n^o 3 de Vélez-Málaga, propiedad de la mercantil ABONOS VÉLEZ, S.L. alegando que ya es -la parte actora- propietaria de la finca registral NUM002 , que linda con la anterior y donde desarrolla "...una actividad agrícola, y potencialmente, ganadera o forestal de forma que la incorporación del predio retraído mejorará la producción y rentabilidad de mi representado consiguiendo el



fomento y racionalidad económica de la explotación agrícola...". Ahora bien; de la prueba practicada en modo alguno acredita la hoy recurrente que se cumpla la finalidad que debe llevar consigo el retracto.

Efectivamente, la jurisprudencia exige, al menos desde la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 2004, la concurrencia y acreditación de dicha finalidad. En este sentido es doctrina jurisprudencial la que determina que la finalidad del retracto de colindantes -rústico- 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 1523 del Código Civil y que, como todos los retractos legales, es una limitación de la propiedad a modo de carga de derecho público, pues, aunque pueda redundar en provecho de particulares, está motivado 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. La mercantil CAMAGÜEY RED, S.L., hoy apelante, tiene como objeto social "*La promoción, construcción y explotación en forma de venta o arriendo, de viviendas, locales, apartamentos, naves, edificios comerciales e industriales, incluso acogidas a la legislación de viviendas de protección oficial, y, en general, la realización de toda clase de obras de construcciones por cuenta propia o ajena*". Así consta en la Información general Mercantil que se aportó con la contestación a la demanda. La sola carencia de la dedicación a la agricultura como objeto social de la actora hoy apelante, ya bastaría por sí sola para hacer ineficaz la pretensión ejercitada. Y si en principio tal extremo en sí mismo no sería un obstáculo insuperable para que en realidad se dedique a una actividad de explotación agraria, lo cierto es que su verdadera y principal dedicación a la agricultura tendría que haber sido acreditada por la parte actora ante la oposición de la parte demandada y la contradicción de la misma con el resultado de la prueba. Y no resultan admisibles las alegaciones vertidas en esta alzada acerca de que la mercantil apelante cuando se constituyó indicó un objeto social "*...que con el tiempo ha ido cambiando o ampliándose, sin que se haya acudido al Notario y al registro Mercantil a modificarlo al no ser ello relevante para el efectivo desarrollo de la actividad*". Si el objeto social de la mercantil hoy apelante ha cambiado y se ha dedicado también a actividades agrícolas, correspondía a dicha parte acreditar tal extremo, lo que no consta en autos. Lo único que consta es que es propietaria de la finca NUM002 que proviene, al igual que la finca NUM000, de una finca matriz, la NUM001, que fuera propiedad de D^a Raquel. Ni siquiera acredita la explotación agrícola que se está desarrollando en la finca NUM002 ya que el informe pericial aportado como doc. n^o 5 de la demanda resulta totalmente inconcreto y tampoco su emisor aclaró aspectos relevantes en el acto de juicio. Así dicho perito lo que expone en su informe es el historial de transmisiones que se ha producido de la finca matriz, la NUM001, que fuera propiedad de D^a Raquel y que, al dividirla entre sus siete hijos, dio lugar a que cada suerte de tierra tuviera una superficie de 1916 m² inferior a la unidad mínima de cultivo vigente en la actualidad en la zona, para continuar en su informe refiriendo los cultivos en la finca, pero siempre refiriéndose a la finca matriz, sin concretar si en la finca propiedad de la actora existe cultivo alguno. Ni siquiera se acredita que el pozo del que manifiesta que se surte de agua toda la finca esté ubicado en la registral NUM002. No aporta la parte un informe en el que se concrete el cultivo o explotación que se está llevando a cabo en esa finca en concreto, ni dato alguno que haga indicar el aprovechamiento que está teniendo o el rendimiento que la finca le está reportando con la actividad agrícola que en la misma se realiza.

Por tanto, el resultado de la prueba practicada no sustenta la exigencia jurisprudencial a la que nos hemos referido y de ello se deduce de forma clara que en ningún caso se cumple el requisito de profesional de la agricultura en la mercantil actora, pero tampoco el de la explotación agrícola que se viene desarrollando en la finca propiedad de la misma. No puede afirmarse que con su acción de retracto pretenda "la unión de dos pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción", en el marco de la interpretación jurisprudencial del artículo 1.523 del CC, lo que en definitiva lleva a la íntegra confirmación de la sentencia dictada en la instancia, incluida la imposición de las costas.

TERCERO: En cuanto a las costas causadas en esta alzada, desestimado el recurso de apelación y por aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede su imposición a la parte recurrente.

De conformidad con el apartado 8 de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede dar al depósito constituido en su día para recurrir el destino legalmente previsto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Aranda Alarcón en nombre y representación de la mercantil CAMAGÜEY RED, S.L. frente a la sentencia dictada el 1 de octubre de 2015 en el procedimiento de juicio ordinario 304/2014 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia n^o 4 de



Vélez-Málaga , debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta alzada.

Dése al depósito constituido en su día para recurrir el destino legalmente previsto.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Fue leída la anterior sentencia, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, estando constituida en Audiencia Pública, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ