



Roj: **SAP J 1524/2018 - ECLI:ES:APJ:2018:1524**

Id Cendoj: **23050370012018101097**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jaén**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **1799/2017**

Nº de Resolución: **927/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **SATURNINO REGIDOR MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN**

### **SECCIÓN PRIMERA**

#### **SENTENCIA Nº 927**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Rafael Morales Ortega

MAGISTRADOS

D. Saturnino Regidor Martínez

D. Luis Shaw Morcillo

En la ciudad de Jaén, a veintiocho de Septiembre de dos mil dieciocho.

VISTOS en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el nº 307 del año 2016 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Úbeda, **Rollo de Sala nº 1799/2017**, interviniendo como apelante **D. Humberto Y Dª Ariadna**, representados por el Procurador D. Juan Simón Mulero García y asistidos por el Letrado D. Cristóbal Molina Toharias, y como apelada **Dª Eva María**, representada por el Procurador D. Antonio Ángel Martínez López y asistida por la Letrada Dª María Isabel González Fernández.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, de fecha 30 de Junio de 2017

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada se dictó Sentencia que contiene el siguiente Fallo: "Que desestimo la demanda interpuesta por D. Humberto y Dña. Ariadna frente a Dña. Eva María, sin expresa imposición de costas".

**SEGUNDO** .- Contra dicha Sentencia se interpuso en tiempo y forma por la parte actora Recurso de Apelación, solicitando en el mismo la revocación de la resolución recurrida dictándose otra por la que se estime la demanda íntegramente.

**TERCERO** .- Dado traslado a las demás partes del escrito de Apelación, se presentó escrito impugnatorio por la parte demandada, solicitándose la ratificación de la resolución recurrida, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, en la que se formó el rollo correspondiente, y al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista se declararon concluidas las actuaciones para dictar la Resolución procedente, tras la deliberación y votación que ha tenido lugar el día 26 de Septiembre de 2018.

**CUARTO** .- En la tramitación de este Recurso se han observado las formalidades legales, redactándose la presente por el Magistrado Ponente lltmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez, que expresa el parecer de la Sala.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- En la demanda planteada se ejercitaba una acción de retracto de colindantes en la que los actores, como titulares de una finca colindante (finca rústica NUM000 del RP de Úbeda), solicitaban quedar subrogados en la posición del comprador en la venta de la finca colindante (la registral NUM001 del RP de Úbeda) que se llevó a cabo en la escritura pública de 25 de Abril de 2016.

En la resolución recurrida la juez a quo desestima la acción ejercitada al considerar acreditado que, con posterioridad a la presentación de la demanda y del emplazamiento de la parte demandada, ésta y el primitivo vendedor suscribieron un contrato privado de fecha 11 de Julio de 2016 en donde acordaban dar por resuelta la primitiva compraventa, por lo que se considera en la resolución recurrida que al no existir venta no puede haber ejercicio del derecho de retracto.

Frente a dicha resolución la parte actora articula recurso de apelación al entender que este segundo contrato de anulación del anterior no es más que una maniobra fraudulenta tendente a hacer inoperativo el derecho de retracto ejercitado.

Para resolver las cuestiones planteadas en esta alzada debemos de recordar que es doctrina reiterada la que afirma que la finalidad del retracto legal de colindantes, regulado en el art. 1523 del CC es, como señala la propia Exposición de Motivos del Código sustantivo, facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece un obstáculo insuperable al desarrollo de riqueza, uniendo así pequeños predios rústicos con el designio de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola, de manera que esta finalidad, en interés general de la agricultura, y no la de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico particular, más o menos legítimas, debe presidir la interpretación del citado art. 1523 del CC , regulador de esta clase de retracto, que, como todos los retractos legales, constituye una limitación a la facultad de disponer libremente sobre la propiedad privada, a modo de carga de derecho público, pues, aunque pueda redundar en provecho de particulares, está motivada por el interés general ( SS TS 17 diciembre 1955 , 12 febrero 1972 , 19 octubre 1981 , 29 octubre 1985 , 22 de enero de 1991 , 31 octubre 1997 , 12 febrero 2000 , 20 julio 2004 , 18 octubre 2007 y 29 mayo 2009 ), denegándose la acción de retracto cuando, pese a concurrir los requisitos legales, su ejercicio contradice dicha finalidad y la función social que, en este aspecto, debe cumplir la propiedad privada, como ocurre en el caso de que se trata de retraer fincas que, aún siendo rústicas, no están cultivadas totalmente ( SS TS 31 octubre 1997 y 14 junio 2007 ) o se destinan a vivienda ( S TS 26 febrero 2010).

El ejercicio del retracto legal de colindantes que autoriza el artículo 1.523 del Código Civil , exige para su viabilidad de los siguientes requisitos: 1º) Ser propietario de las tierras colindantes. 2º) Que se trate de la venta de una finca rústica. 3º) Que ésta no exceda de una hectárea y 4º) Que las fincas en cuestión no estén separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos, y otras servidumbres aparentes ( SS. del T.S. de 10-12-91 ). Ahora bien, indudablemente la concurrencia de estos presupuestos requiere como premisa inicial que la venta se haga a un extraño y no a otro propietario colindante.

En el caso de autos no se discute en la contestación a la demanda la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente para que concurra el derecho de retracto ejercitado en la demanda, ni tampoco que dicho ejercicio no se haya materializado en el plazo legal establecido en el art 1524 del CC , ni que se haya incumplido la finalidad prevista legalmente para esta institución y que se recoge en la Exposición de Motivos.

El objeto de controversia se centra exclusivamente en los efectos que para este derecho de retracto puede tener el contrato suscrito entre comprador y vendedor en relación a dejar sin efecto la primitiva venta, contrato que se celebró con posterioridad al emplazamiento de la parte demandada para contestar a la demanda presentada.

Debemos de partir de la premisa de que en el caso de autos la compraventa primitiva se llevó a cabo mediante contrato privado de 10 de Marzo de 2016 (documento nº 1 de la contestación) en el cual se incluían un total de 5 fincas, entre las que se encontraba la que es objeto de la presente litis. Con fecha 25 de Abril de 2016 se otorgó escritura pública de compraventa con referencia a 4 de las 5 fincas, incluyendo igualmente la que es objeto de la litis (escritura que ha sido aportada a los autos por la Notaría en donde se otorgó).

En definitiva nos encontramos con una compraventa plenamente consumada, no solo por la tradición simbólica realizada en el otorgamiento de la escritura, sino por la efectiva entrega posesoria que ha quedado plenamente acreditada en autos y que fue reconocida por el propio esposo de la compradora en su declaración como testigo en el acto del juicio.

En este sentido, como señalábamos en la sentencia de esta AP de Jaén de 30 de Junio de 2014 , "la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde antiguo, viene requiriendo no sólo la perfección sino la consumación del contrato de compraventa, para que nazca la acción de retracto, en sus diversas manifestaciones o clases. La perfección puede dar lugar, cuando lo reconoce la Ley, al derecho de tanteo, pero



no al retracto, que por su carácter real no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiera retraer entre en la posesión de la misma por tradición real o simbólica, pues hasta ese momento en que se consuma el contrato de compraventa no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor" ( SSTS de 20 de mayo de 1.943 , 8 de julio y 21 de diciembre de 1.946 , de febrero de 1.952, 25 de marzo de 1.957 ). Es necesario pues, que el comprador haya entrado en posesión de la cosa por tradición real o simbólica, no siendo suficiente la simple promesa de venta ( STS de 26 de abril de 1.946 ), quedando consumada la compraventa con precio aplazado cuando se entregó el disfrute de la finca ( STS de 12 de junio de 1.945 ) y en el caso de subasta pública no basta el remate sino que es preciso el otorgamiento de la correspondiente escritura ( STS de 29 de febrero y 29 de abril de 1.960 ).

Esta línea doctrinal y jurisprudencial está plenamente vigente en la actualidad, como lo revelan los más modernos pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, diciendo la Sentencia de 28 de octubre de 1.999 que "hoy por hoy, es consolidada la doctrina jurisprudencial que establece que el retracto de colindantes solo puede tener lugar cuando el contrato de compraventa está consumado, no valiendo para el cómputo la simple perfección de dicho contrato, cosa lógica pues la acción de retracto de eminente naturaleza real, no nace hasta que el adquirente de la cosa entra en su posesión". En el mismo sentido la STS de 14 de noviembre del 2.002 , hasta el punto de declarar que si se ejercita la acción de retracto con la simple perfección no seguida de consumación de la venta "no se está ante un supuesto de ejercicio o no de la acción de retracto dentro del plazo legal, sino ante un supuesto de ejercicio de una acción todavía no nacida, y por tanto de inexistencia de la misma, al no haberse consumado el contrato de compraventa" lo que se "traduce en una falta de legitimación en el demandante que, como dice la s. de 30 de junio de 1999 , con cita de las de 13 de noviembre de 1985 , 6 de mayo de 1997 y 24 de enero de 1998 , "es cuestión que puede ser examinada de oficio por los mismos órganos jurisdiccionales".

**SEGUNDO** .- Como hemos expuesto hasta ahora el derecho de retracto ejercitado por la parte actora reunía todos los requisitos legales y procesales para prosperar en el momento de la presentación de la demanda y la consignación del precio.

Se sostiene en la resolución recurrida que, sin discutir el razonamiento anterior, ese derecho de retracto habría quedado sin efecto por un hecho posterior al ejercicio de la acción, cual fue el contrato suscrito entre el primitivo comprador y vendedor en donde supuestamente anulaban y dejaban sin efecto la compraventa anterior.

Dicho planteamiento no puede ser compartido por esta Sala y ello por dos motivos:

1º.- Porque conforme dispone el art 411 de la LEC la litispendencia se produce desde el momento de interposición de la demanda si ésta es admitida, y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo del 9-5-2013, nº 241/2013, rec. 485/2012 "en nuestro sistema, la litispendencia provoca la perpetuatio facti (perpetuación del hecho o estado de las cosas), la perpetuatio iurisdictionis (perpetuación de la jurisdicción), la perpetuatio legitimationis (perpetuación de la legitimación), la perpetuatio obiectus (perpetuación del objeto), la perpetuatio valoris (perpetuación del valor) y la perpetuatio iuris (perpetuación del derecho), de tal forma que, como regla, la decisión del tribunal debe referirse a la situación de hecho y de derecho existente en el momento de interposición de la demanda, en el supuesto de que la misma fuese admitida".

Por tanto si en el momento de presentación de la demanda, que fue admitida, ya existía el derecho de retracto que se ejercitaba en la misma, éste derecho era inmune a los sucesivos actos dispositivos realizados por la parte demandada, debiéndose de recordar además que en el presente caso nos encontramos ante una acción de contenido real que es oponible a tercero sin necesidad de anotación registral (art 37.3 L Hipotecaria).

2º.- Concretamente en relación a los retractos legales la jurisprudencia ha señalado que la sentencia que estime la demanda de retracto no tiene un carácter constitutivo sino meramente declarativo, pues el derecho de retracto queda plenamente consolidado con la presentación de la demanda acompañada de la correspondiente consignación.

En este sentido debemos de traer a colación la Sts de 14 de Enero de 2015 la cual, pese a referirse al derecho de retracto de arrendatario, es perfectamente aplicable a cualquier derecho de retracto legal. Señala el TS en la sentencia referida que "El fenómeno adquisitivo que se deriva del derecho de adquisición preferente que la ley otorga al arrendatario queda configurado, de forma sustantiva, por los presupuestos que el Código Civil contempla al respecto en la correlación de los artículos 1518 y 1521 . De la interpretación sistemática de los mismos se desprende que, si bien el efecto adquisitivo no se produce de un modo directo y pleno por obra de la norma, no obstante, su producción queda modalizada, a diferencia de los supuestos anteriores, por el propio efecto subrogatorio que contempla el artículo 1521 ("derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago") y por el cumplimiento por el arrendatario del referente obligacional de dicho pago, extremo que lleva a cabo



con la correspondiente consignación al vendedor del precio de la venta y demás elementos previstos en el artículo 1518 del Código Civil . Se comprende, de este modo, la innecesariedad de la realización de un acto posterior de específica transmisión del dominio, pues el esquema básico transmisivo que impone nuestro sistema y, con él, el efecto adquisitivo, queda embebido en la propia consumación y función traslativa que se infiere del originario contrato de compraventa realizado por el arrendador, en cuya estructura y eficacia, también la traslativa, se subroga el arrendatario que ejercita su derecho y consuma la relación negocial con la correspondiente consignación o pago realizada a favor del arrendador y propietario del inmueble.... Conforme a lo anterior, debe señalarse que el reconocimiento judicial, que acompaña a esta figura en aquellos casos en donde su ejercicio resulta discutido, tampoco escapa a la configuración sustantiva que delimita el curso adquisitivo que se deriva del ejercicio de este derecho, de forma que incide, necesariamente, en la naturaleza y alcance del reconocimiento judicial que se produzca al respecto. En efecto, determinado de este modo el efecto jurídico adquisitivo se comprende que el alcance del reconocimiento judicial que recaiga al respecto se limite a declarar la transmisión dominical que, conforme a la interpretación sistemática de los artículos 1518 y 1521 del Código Civil analizada, ya se ha producido materialmente con la consumación del contrato de compraventa y la correspondiente consignación realizada por el arrendatario, sin que, por tanto, presente un alcance constitutivo, ya respecto de la sentencia firme, o bien desde la firmeza de la sentencia, con relación a situación jurídico-real previamente creada; todo ello con fundamento a la modalización del curso adquisitivo analizado."

**TERCERO** .- Lo anteriormente expuesto sería suficiente para la íntegra estimación de la demanda, pero es que además si analizamos el denominado "contrato de nulidad" suscrito por la demandada y el primitivo comprador en Julio de 2016, cuando ya se encontraba en trámite la presente litis, podemos llegar a la conclusión de que el mismo no es más que una apariencia de contrato creado instrumentalmente para dejar sin efecto el retracto ejercitado, pero que no respondía a una realidad constatada.

Se recoge expresamente en la estipulación 4º que el primitivo comprador se compromete a la devolución del precio percibido por la totalidad de las fincas, sin embargo, pese al tiempo transcurrido desde su celebración, no existe atisbo alguno de que dicha devolución se haya llevado a cabo o que la compradora (hoy demandada) haya realizado reclamación alguna por ese concepto.

No se alude en el aludido contrato a la devolución se la posesión de las fincas que efectivamente había sido transferida a la entonces compradora, posesión que además ésta sigue manteniendo tal y como declaró su esposo en el acto del juicio señalando que era su yerno quien las explotaba, pues el testigo decía que él ya estaba jubilado, aludiendo además a un presunto pacto con el anterior propietario de que siguiera explotando las fincas y "luego ya se apañarían".

En definitiva todas estas consideraciones nos llevan a la necesidad de revocar la resolución recurrida, estimando en su integridad la demanda presentada y reconociendo el derecho de los actores a subrogarse en la posición del demandado en la escritura de venta de 25 de Abril de 2016 con las siguientes precisiones:

1º.- Esa subrogación va referida exclusivamente a la finca objeto de la litis, quedando inalterada la venta realizada con respecto a las otras tres fincas. ( STS 9/12/1954 ).

2º.- La subrogación se llevará a efecto con el abono al hoy demandado de la cantidad de 12.000 € objeto de consignación, pues si bien es cierto que el valor otorgado en escritura a la finca litigiosa fue de 6.000 €, y que en el contrato privado se pactó un precio conjunto de todas las fincas vendidas (5 fincas) de 45.000 € no individualizándose la parte de precio que correspondía a cada una, la propia parte actora estima que el precio real de mercado es de 12.000 €, cantidad que no ha sido discutida por la parte demandada. En este sentido debemos de recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada que "el retracto ha de realizarse por el precio real y verdadero en que fue vendida la finca y no por el simulado e inferior que se hizo constar en la escritura pública ( STS 16/5/56 , 25/5/73 , 20/5/81 , 13/3/85 , 19/6/86 y 20/9/88 , entre otras)."

**CUARTO** .- La íntegra estimación de la demanda conlleva, por imperativo del art 394 de la LEC , la necesidad de imponer las costas de primera instancia a la parte demandada.

En relación a las costas de esta alzada, por imperativo del Art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se realiza imposición de las mismas a ninguna de las partes debiendo cada una de ellas satisfacer las causadas a su instancia.

**QUINTO** .- Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8 de la L. O. P. J ., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la estimación del recurso, procédase a la **devolución** a la parte apelante de la totalidad del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,



## FALLAMOS

Que **ESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Úbeda con fecha 30 de Junio de 2017 en Autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 307 del año 2016, debemos de **REVOCAR Y REVOCAMOS** la referida Sentencia, acordando en su lugar la íntegra estimación de la demanda reconociendo el derecho de retracto de los demandantes en la venta de la finca registral NUM001 del RP de Úbeda, llevada a cabo mediante escritura pública de 25 de Abril de 2016, quedando subrogados los actores en la posición de la demandada en la aludida venta y procediendo la parte actora a la entrega a la parte demandada de la cantidad de 12.000 € consignados como precio real de la finca referida, imponiendo a la parte demandada las costas causadas en primera instancia.

Sin imposición de costas causadas en esta alzada y declarándose la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso por infracción Procesal siempre que la cuantía exceda de 600.000 euros y si no excediere o el procedimiento se hubiese seguido por razón de la materia cuando la resolución del recurso presente interés casacional, tal como determina el artículo 477 de la L. E. Civil, en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16 del repetido cuerpo legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 1799 17

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012, modificada por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de Febrero, siempre que se trate de personas jurídicas.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Úbeda, 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.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.