



Roj: **STS 4264/2007 - ECLI:ES:TS:2007:4264**

Id Cendoj: **28079110012007100639**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2007**

Nº de Recurso: **2650/2000**

Nº de Resolución: **689/2007**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Granada, Sección 4ª, 17-03-2000,
STS 4264/2007**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por Don Jesus Miguel y Doña Flora , representados por el Procurador de los Tribunales Don José Castillo Ruiz, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 17 de marzo de 2.000 por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª) en el rollo número 899/1.999, dimanante del Juicio de Retracto número 81/1.999 seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de los de Motril. Es parte recurrida en el presente recurso Doña Almudena que actúa representada por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de los de Motril conoció el Juicio de Retracto seguido a instancia de Jesus Miguel y Flora contra Almudena .

Por Jesus Miguel y Flora se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimaron de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado que se dicte sentencia "dando lugar a la demanda promovida y en la que se declare el derecho de mis mandantes a retraer la finca a que se refiere esta demanda, condenando a la demandada a que en el breve término que se le señale, otorgue escritura de venta a favor de mis mandantes y en las mismas condiciones en que adquirió la mencionada finca, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio si no lo hiciera, todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada, por ser así de hacer en justicia que pido".

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de Almudena se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dicte sentencia en la "que se declare no dar lugar al retracto reclamado por el actor, con expresa condena del mismo al pago de las costas procesales y, subsidiariamente, reservar las acciones que asisten a mi poderdante en contra de la Caja General de Ahorros, por sus actuaciones en la transmisión del objeto litigioso".

Con fecha 14 de octubre de 1.999 el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice textualmente: "Que desestimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Aguado Hernández en nombre y representación de D. Jesus Miguel y Dª. Flora frente a Dª. Almudena , debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones contra la misma formuladas sin expresa imposición de las costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª), dictó sentencia en fecha 17 de marzo de 2.000 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debemos confirmar y confirmamos la sentencia



dictada en los autos que dimana este rollo, con imposición de las costas de este recurso a la parte apelante, y como demandante las de primera instancia".

TERCERO.- Por la representación procesal de Jesus Miguel y Flora , se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo con apoyo procesal en un único motivo:

Primero y Unico: Al amparo del artículo 1.692.4º de la LEC por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la Jurisprudencia "en cuanto que en la sentencia impugnada se vulnera lo dispuesto en el artículo 1.523 del Código Civil y la doctrina manifestada por esa Sala en relación con los requisitos y circunstancias precisos para la procedencia del derecho de retracto a que se contrae referido precepto".

CUARTO.- Por Auto de esta Sala de fecha de 8 de octubre de 2.003 se admitió a trámite el recurso, y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de Almudena se presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO.- Por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el día treinta y uno de mayo del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio del que trae causa el presente recurso de casación fue promovido por Jesus Miguel y Flora al plantear Juicio de Retracto de Colindantes contra Almudena , al sustentar, en síntesis, que los demandantes son propietarios de una finca rústica, sita en el término de Motril, que limita por su lindero oeste con otra suerte de tierra de labor o rústica, sin que las mismas estén separadas por ningún obstáculo físico o jurídico, teniendo la finca que se pretende retraer treinta y siete áreas, ochenta y tres centiáreas, cuarenta y ocho decímetros cuadrados, y setenta y dos centímetros cuadrados, estando inscrita en el Registro de la Propiedad Número Dos de los de Motril como finca número NUM000 , y que ha sido adquirida por Almudena por escritura pública de fecha 12 de marzo de 1.999.

Almudena contestó a la demanda, oponiéndose a la misma al sustentar que la finca del actor no linda con la finca de la demandada, existiendo una servidumbre entre ambas, pues se encuentran separadas por un terraplén de casi cuatro metros de altura, que sirve para ubicar los tubos que suministran las fincas de cuatro propietarios con agua procedente de un canal de riego; por otro lado, la finca del actor no está en explotación agrícola, ni los actores son labradores, ni ejercitan la agricultura, pues son vecinos de Cadaqués, donde se dedican a la hostelería.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimó la demanda, al considerar que de la prueba practicada, y muy especialmente del reconocimiento judicial, se evidencia que, si bien las fincas son colindantes, les sirve de separación un terraplén por el que transcurren una serie de tubos que lo recorren en toda su longitud, y que por lógica deben estar destinados a suministrar agua del canal de riego existente en la parte norte de ambas fincas a las fincas que se encuentran en la zona sur. A mayor abundamiento, señala, que al margen que los demandantes tengan su domicilio a más de mil kilómetros de distancia (Cadaqués), y se dediquen a la hostelería, la mayor parte de la finca se encuentra en la actualidad sin labrar, por lo que no se puede compatibilizar el caso concreto con el espíritu y finalidad de la ley, que persigue el interés público en evitar el minifundio o la excesiva división de la propiedad allí donde dicho exceso ofrece un obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza, pero en ningún caso los deseos de mejoramiento económico de los particulares, más o menos legítimos, señalando concretamente que, en el supuesto de autos en que la finca del actor tiene una superficie suficiente para ser convencionalmente cultivada, al igual que la finca de la demandada, si bien aquella se encuentra sin explotar en gran parte e infracultivada por causas ajenas a su extensión (STS 29-10-1985), porque en estos casos la supresión del obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza, al margen de no estar justificado, no puede ser el retracto de colindantes en cuanto supone una limitación al derecho de propiedad y a la libre enajenación de los predios.

La Audiencia Provincial, desestimó el recurso, considerando, textualmente que la sentencia apelada tuvo en cuenta para desestimar la pretensión, la existencia de una servidumbre constituida por las tuberías que partiendo del canal transcurre por entre ambas fincas para dar riego a fincas de terceros. De lo que consta en autos se desprende que ambas fincas tenían unos niveles diferentes, más alto el de la actora, aunque por las obras efectuadas para nivelar el terreno con vista a construir invernaderos la situación última era tanto se rebajó la del actor que ya resulta a nivel inferior que la de la demandada, y desde luego, según el informe pericial, contenía un sobresaliente en el terreno por donde discurren las tuberías, que marca una clara diferencia entre una y otra. Esto unido a que la finca del retrayente sólo está en explotación parcialmente y la doctrina del Tribunal Supremo a través de las sentencias que se citan en la sentencia apelada y otras más, incluso posteriores en la misma línea (Sent. 29-6-1.993, 31-X/1997), acerca de la función social de la propiedad privada



(art. 33.2 C.E.), y el propósito de la acción de reunir pequeños predios rústicos, para suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola, son concluyentes para la desestimación del recurso, en cuanto no se aprecian las circunstancias expuestas en el retracto pretendido.

SEGUNDO: El único motivo del recurso se articula al amparo del artículo 1.692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción acaecida, según opinión de la parte recurrente, en la sentencia recurrida del artículo 1.523 del Código Civil y la doctrina manifestada por esa Sala en relación con los requisitos y circunstancias precisos para la procedencia del derecho de retracto a que se contrae referido precepto.

El motivo debe ser desestimado.

Y así es, ya que del desarrollo del motivo se desprende que el planteamiento del mismo se basa en que el recurrente no está conforme con la conclusión sentada en la sentencia de la Audiencia Provincial por la que se equipara el terraplén y las tuberías existentes con los elementos del artículo 1.523 del Código Civil, pues no se puede considerar que la existencia de esas tuberías constituyan una servidumbre aparente el provecho de otras fincas, no pudiéndose hacer una interpretación extensiva del citado precepto del Código Civil, ya que no se puede hacer una equiparación de las tuberías a servidumbre de ninguna clase, y mucho menos aparente, pues esas tuberías se aprecian desde la carretera o el carril al que dan ambas fincas y "posteriormente ya no se observan entre las lindes", al igual que sucede con el desnivel existente entre una y otra finca, que no constituyen ni gramatical ni jurídicamente ninguno de los elementos que se señalan en el artículo 1.523, siendo algo coyuntural y temporal dimanante de los trabajos de preparación. Por último, el motivo entiende que, cuando la sentencia se refiere a una explotación parcial de la finca de los retrayentes, incurre en un error de consideración, ya que no responde a la realidad, pues parece evidente que la finca se encuentra perfectamente preparada y nivelada para su próxima explotación agrícola, estando la parte no cultivada dotada de agua, accesos y taludes, lo que difiere totalmente de su supuesta no explotación o infracultivo, pretendiendo, en suma, hacer más rentable la finca con el retracto pretendido.

Además la recurrente está incurriendo en el vicio procesal de "hacer supuesto de la cuestión", ya que obviando los hechos declarados probados por la sentencia de instancia se intenta una nueva valoración de la prueba practicada, lo que es contrario a la técnica casacional, en tanto que la misma exige razonar sobre la infracción legal, prescindiendo de los hechos, pudiendo únicamente invocar el error de derecho en la valoración probatoria, razonando sobre la concreta infracción de alguna de las normas legales al respecto, lo que no se ha efectuado en este caso. Es decir, la parte recurrente, con ello, trata de dar un nuevo enfoque al soporte fáctico tenido en cuenta en la Sentencia de la Audiencia Provincial que tuvo en cuenta, para determinar la existencia de una servidumbre de acueducto, la clara diferencia existente entre una y otra finca, formada por el sobresaliente por el que discurren las tuberías que, partiendo del canal, continúa por entre ambas fincas para dar riego a fincas de terceros, servidumbre de acueducto que, para los efectos legales, según el artículo 561 del Código Civil, tiene la consideración de continua y aparente, sin que estos extremos hayan sido combatidos por la referida vía del error de derecho en la valoración probatoria, de modo que la conclusión obtenida deviene intocable en casación, puesto que lo contrario, aparte de contrariar la naturaleza extraordinaria de dicho recurso, lo convertiría en una tercera instancia.

Por último hay que compartir los razonamientos de la Audiencia Provincial cuando, para desestimar el recurso, se basa en la función social de la propiedad del artículo 33.2 de la Constitución Española, puesto que el retrayente no está cultivando totalmente la finca de la que es propietario, ni consta que sea agricultor, sino que se dedica a la hostelería y tiene su domicilio en la provincia de Gerona, por lo que no se puede decir que su acción haya pretendido la unión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción, debiendo ser interpretado el precepto según la realidad social del tiempo en que es aplicado tal y como señala el artículo 3.1 del Código Civil (y ha recordado esta Sala reiteradamente, por todas la más reciente de 2 de febrero de 2.007, que cita a su vez las sentencias de 12 de febrero de 2.000 y 20 de julio de 2.004).

TERCERO.- En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que en el presente caso las mismas se impondrán a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º No haber lugar al recurso de casación interpuesto don Jesus Miguel y doña Flora frente a la sentencia dictada por Audiencia Provincial de Granada, de fecha 17 de marzo de 2.000.



2º Imponer las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente, con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ