



Roj: STS 3559/2009 - ECLI: ES:TS:2009:3559

Id Cendoj: 28079110012009100406

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 29/05/2009

Nº de Recurso: 2539/2004

Nº de Resolución: 418/2009

Procedimiento: Casación

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Mayo de dos mil nueve

. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio de **retracto**, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Novelda, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó el Procurador D. Santos Gandarilla Carmona en nombre y representación de Dª Adolfina ; siendo partes recurrida el Procurador Ignacio Cuadrado Ruescas, en nombre y representación de D. Javier y Dª Eulalia .

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- El Procurador D. Antonio Pérez Palomares, en nombre y representación de D. Javier interpuso demanda de juicio de **retracto** contra Dª Adolfina y D. Segundo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se reconozca el derecho de **retracto** a favor de Javier sobre la finca NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad de Novelda y declare la obligación de Dª Adolfina y D. Segundo de otorgar escritura pública a su favor con las mismas condiciones y precio de su propia adquisición, apercibiéndole de que si no lo hacen será otorgada la escritura de oficio y condenando expresamente al demandado Adolfina y D. Segundo al pago de las costas procesales.

2.- La Procuradora Dª María Sirera Devesa, en nombre y representación de Dª Adolfina , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la acción de **retracto** legal planteada de contrario sobre la finca nº NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Novelda, en base a los fundamentos de hecho y de derecho alegados en el presente escrito de contestación y se impongan a la parte actora el pago de las costas causadas y que se causen en la tramitación del procedimiento.

3.- Por Providencia de fecha 7 de noviembre de 2002, se declaró en rebeldía al codemandado D. Segundo por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El lltre. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Novelda, dictó sentencia con fecha 24 de marzo de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que, desestimando como desestimo en su totalidad la demanda formulada por la representación procesal de D. Javier contra Dª Adolfina y D. Segundo , debo absolver y absuelvo a dichos demandados de todos y cada uno de los pedimentos contra ellos ejercitados en el suplico de la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones. Y todo ello con expresa condena en costas a la actora.

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Javier , la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Javier contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Novelda con fecha 24 de marzo de



2003 revocamos dicha resolución y estimando la inicial demanda de **retracto** promovida por el apelante frente a D<sup>a</sup> Adolfina y D. Segundo declaramos haber lugar al **retracto de colindantes** en dicha demanda formulado por el actor con relación a la finca registral n<sup>o</sup> NUM001 inscrita en el Registro de la Propiedad de Novelda condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que transmitan la indicada finca al demandante por el mismo precio y en las mismas condiciones en que ellos la adquirieron a su anterior titular, otorgando a tal fin la oportuna escritura pública, en cuyo acto serán resarcidos por el actor con las sumas y en los términos que previene el artículo 1518 del Código civil. Condenamos a los demandados al pago de las costas procesales de primera instancia.

**TERCERO** .- 1.- La Procuradora Virginia Saura Estruch, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Adolfina , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO** .- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por inaplicación de la pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo, al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y fundado en el artículo 477.2.3<sup>o</sup> en relación con el 477.3 .

2 .- Por Auto de fecha 16 de octubre de 2007 , se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador Ignacio Cuadrado Ruescas, en nombre y representación de D. Javier y D<sup>a</sup> Eulalia , presentó escrito de impugnación al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de mayo de 2009 en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Siendo la acción ejercitada en el presente proceso la de **retracto de colindantes**, no es baldío recordar su concepto y función. Se trata de un **retracto** legal que el artículo 1521 del Código civil define como subrogación, pero que realmente es el poder para adquirir una cosa una vez transmitida a tercero, con las mismas condiciones que éste; lo que constituye un límite a la propiedad en interés privado, en cuanto queda restringido el derecho de propiedad del adquirente a mantenerlo. La finalidad del **retracto de colindantes**, como dice la sentencia de 18 de abril de 1997 reiterada en la del 20 de julio de 2004 , es facilitar remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica, siendo justificación del mismo, como añaden las sentencias de 12 de febrero de 2000 y 18 de octubre de 2007 , el interés público a fin de evitar la excesiva división de la propiedad prevaleciendo el interés de la agricultura.

El artículo 1523 contempla el **retracto** legal de **colindantes** a favor del propietario, primero de finca rústica, segundo , que sea **colindante**, tercero, de la finca que se transmite a título oneroso a un tercero, cuarto, cuya cabida no exceda de una hectárea.

La Audiencia Provincial, Sección 6<sup>a</sup>, de Alicante, revocando la sentencia dictada en primera instancia, dio lugar al **retracto** por concurrir todos los presupuestos. Dice así:

*"Debe pues concluirse que concurren todos los presupuestos para que deba de ser acogida la acción ejercitada por el actor según vienen exigidos en el indicado precepto del Código Civil en cuanto exige A) que quien esgrime la acción sea titular, propietario de un fundo de naturaleza rústica, **colindante** con el que fue objeto de compraventa entre terceros, B) la realidad de tal situación de colindancia entre el fundo del retrayente y el que es objeto de la acción de **retracto**, esto es que las fincas en cuestión no estén separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos u otras servidumbres aparentes, colindancia que quedó acreditada sin controversia en el acto del procedimiento judicial C) que a su vez el fundo retraído no sea **colindante** con otro propiedad de quien lo adquirió, el sujeto pasivo de la acción de **retracto**, lo que también quedó aclarado y acreditado en el mismo acto del reconocimiento D) que el fundo retraído sea también de naturaleza rústica, la cual en este caso no ha sido objeto de controversia entre las partes y que E) la superficie del fundo retraído no exceda de una hectárea."*

**SEGUNDO** .- La parte codemandada (la otra ha permanecido en rebeldía), personada en autos, ha formulado el presente recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interés casacional conforme al mismo artículo 477.3 al tratarse de proceso tramitado por juicio ordinario, no por cuantía, de acuerdo con el artículo 249 .7<sup>o</sup> . De lo que debe partirse para resolver el recurso, es que la función de la casación no es la revisión de la *quaestio facti*, sino la apreciación de si se ha aplicado correctamente la normativa legal al caso concreto, es decir, la *quaestio iuris* y el presente supuesto se ha resuelto por la sentencia recurrida, aplicando la norma del **retracto** a la situación fáctica que ha declarado probada y que permanece incólume en casación.



En el resumen de antecedentes que se halla en el escrito de recurso de casación, se incurre claramente en tres errores. El primero, poner en discusión la *quaestio facti*, lo que no cabe en casación; el segundo, insistir en que el retrayente no es agricultor, lo que no interesa en la aplicación del **retracto**; el tercero, hacer constante referencia a la sentencia, que le fue favorable, dictada en primera instancia, lo que no es objeto de la casación que viene referida exclusivamente a la dictada por la Audiencia Provincial.

Como motivo de casación se alega la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso por inaplicación de la jurisprudencia. En el desarrollo del motivo, aparte de la constante referencia a la sentencia de primera instancia, que en nada interesa, se alega la justificación y finalidad social que reconoce la jurisprudencia al **retracto de colindantes**, lo que no se discute, antes bien lo reconoce la sentencia recurrida y, a continuación, hace ya referencia a los hechos, cuestión fáctica declarada en la instancia y que no es objeto de la casación: insiste en datos que, según la parte recurrente, abonan el hecho de que no sea rústica la finca, pero es inútil insistir en que se trata de un hecho y ello no es revisable en casación.

Por tanto, no aparece que se haya quebrantado la doctrina jurisprudencial, sino que se ha seguido el criterio de aquella sobre el **retracto de colindantes** y ahora se sigue el criterio de que la función de la casación no alcanza a la cuestión fáctica declarada en la instancia; ni aparece tampoco infracción alguna de la normativa del Código civil sobre el **retracto de colindantes**, que se ha aplicado correctamente.

En definitiva, no se considera fundado el recurso de casación interpuesto, que debe rechazarse y confirmar la sentencia recurrida (art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la condena en costas a la parte recurrente (artículo 398 .1 de la misma Ley).

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

## FALLAMOS

**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por el representante procesal de D<sup>a</sup> Adolfina , contra la sentencia dictada por la Sección 6<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha 22 de julio de 2004 que se CONFIRMA.

**Segundo** .- En cuanto a las costas, deben imponerse a la parte recurrente.

**Tercero**. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Jose Almagro Nosete.-Rubricados**.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.