



Roj: **SAP OU 643/2014 - ECLI: ES:APOU:2014:643**

Id Cendoj: **32054370012014100335**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **31/07/2014**

Nº de Recurso: **197/2013**

Nº de Resolución: **335/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00335/2014

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Señores, D. Fernando Alañón Olmedo, Presidente, D.^a Ángela Domínguez Viguera Fernández y D.^a Josefa Otero Seivane, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM. 335/2014

En la ciudad de Ourense a treinta y uno de julio de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Ourense, seguidos con el n.º 504/2012, Rollo de Apelación núm. **197/2013**, entre partes, como apelante, D. Bienvenido , representado por el procurador D. Andrés Tabarés Pérez-Piñeiro, bajo la dirección del letrado D. José Manuel Orbán Sousa, y, como apelado, D.^a Camino , representado por la procuradora D.^a Sonia Ogando Vázquez, bajo la dirección del abogado D. José Manuel García Sobrado.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a Ángela Domínguez Viguera Fernández.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 14 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** QUE DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Andrés Tabares Pérez Piñeiro, en nombre y representación de Bienvenido , contra Camino , ABSUELVO a estos de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora. Una vez firme la presente sentencia, procédase a devolver la cantidad consignada en autos. "

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de Bienvenido recurso de apelación en ambos efectos, al que se opuso la representación de Camino , y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se acepta la fundamentación jurídica de la Sentencia Apelada.



PRIMERO. - La sentencia apelada desestimó la acción de retracto de colindantes que se ejercitó en la demanda, con fundamento en lo dispuesto en el art. 1.523 CC , sobre la base de no adecuarse la pretensión actora a la finalidad perseguida por la institución, cual es, la de favorecer la agregación de parcelas de destino agrícola, para hacer más rentable el cultivo de los predios, respondiendo tal figura jurídica a un interés público, tendente a eliminar el minifundio y atendiendo a la función social de la propiedad. En efecto, toda la doctrina jurisprudencial que cita la sentencia apelada y que recoge ya doctrina sentada desde antiguo por el Tribunal Supremo, estima, como requisito primordial para que el retracto de colindantes pueda prosperar, que la finca objeto del litigio sea de carácter rústico con destino a explotación agrícola en el momento de perfección del contrato, cuya calificación no depende de los términos utilizados por los interesados en el negocio transmisivo, sino de las circunstancias fácticas del caso concreto, así como de su efectivo destino. En este sentido la STS de 14 de noviembre de 1991 , siguiendo doctrina reiterada, señala que el carácter o condición rústica es una cuestión de hecho. Siendo tal instituto jurídico de aplicación restrictiva, en tanto que supone una limitación a la facultad de libre disposición inherente al derecho de propiedad y al tráfico jurídico, que obstaculiza la seguridad y certidumbre de las transacciones libremente efectuadas. Debiendo entenderse excluidos del retracto de colindantes los terrenos situados dentro de poblado, no dedicados exclusivamente a explotaciones agrícolas, y "entre ellos, los jardines y huertos anexos a las casas, aunque para otros efectos legales pudieran merecer la condición de fincas rústicas" (en este sentido se pronuncia ya la STS del 1 de diciembre de 1997). Así, el entorno urbano o la condición de urbanizable de la parcela, junto con la existencia de edificación en la misma, suelen ser circunstancias que jurisprudencialmente, limitan el ejercicio de tal derecho, sobre todo cuando la tierra contigua a los edificios venga a constituir lo accesorio, siendo lo principal la edificación. La STS del 14 de noviembre de 1991 señala que: "El predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano: a) Por su situación o emplazamiento en el campo o en la población. B) Por el aprovechamiento o destino -explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio-. C) Por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por relación de dependencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro. (SS. 08-05-1994 (RJ 1994\664), 04-10-1947 , 10-06-1954 y 02-02-2007 , entre otras).

SEGUNDO .- La valoración probatoria efectuada por la Sentencia Apelada se estima plenamente acertada, al igual que sus consideraciones jurídicas, en una correcta aplicación de lo dispuesto en el art. 1523 Cc .

El demandante no ha justificado los hechos constitutivos de su pretensión cuya carga probatoria le incumbía. No ha probado que la finca estuviese destinada a explotación agrícola y que éste fuese el elemento preponderante, como exige la jurisprudencia. En ella se ubica su vivienda habitual, que semeja una construcción de cierta importancia, según las fotografías incorporadas a los Autos, aprovechando la huerta anexa, (la finca tiene en su totalidad una superficie de 2.500 m2, donde se ubica la construcción) que cultiva con finalidad de autoconsumo, como elemento accesorio o complementario.

Tampoco se probó que mediante la pretendida agregación se obtuviese una mejora de la producción agrícola (STS 29 de octubre de 1985 y 02 de febrero de 2007) siendo ésta la finalidad perseguida mediante tal precepto legal, ni se practicó prueba alguna sobre el beneficio que representaría la explotación conjunta de ambas fincas.

No ejerce el demandante actividad profesional agrícola, ni consta se dedique preferentemente a actividades agrarias, por sí, o utilizando terceros. Es lo cierto que tal requisito no se exige en el art. 1.523 CC , pero si constituye un elemento más corroborador del destino a explotación agrícola del predio, elemento si exigido en el precepto legal indicado. Como señala la sentencia AP de Pontevedra de 19 de abril de 2006 , el interés general o finalidad social tampoco se cumple, "cuando la actividad agrícola del retrayente en su finca representa una ocupación meramente accesorio o complementaria, cuando no marginal". En el caso, el demandante desempeñó la actividad profesional de cantero y actualmente se encuentra jubilado desde hace unos ocho años, como se acreditó mediante la prueba testifical practicada en el acto de juicio, de modo que, en la actualidad, el cultivo de la huerta anexa para finalidad de autoconsumo, es una actividad secundaria o en tanto no supone fuente principal de ingresos, o cuando menos no consta probado en forma alguna.

Por otra parte, como resulta de la prueba documental obrante en Autos, ambas fincas retrayente y retraída, tienen salida a la carretera que está situada a su frente, en una zona donde existen construidas otras viviendas unifamiliares. Una parte de ambos predios, tanto el de titularidad del retrayente, como el que se pretende retraer, está situada según el plan general de ordenación municipal de Toén, en "zona de expansión de Moreiras", lo que supone que serían susceptibles de ser edificadas. Afirmando el perito D. Luis , en el acto del juicio, que "en esa zona", el suelo es urbanizable.

La preponderancia del elemento rústico de la finca sobre el urbano tampoco se acreditó, no habiéndose valorado, ni la vivienda del actor, ni la finca sobre la que se ubica, ni es inferible a tenor de las circunstancias expuestas.



Tales consideraciones conducen a mantener la Sentencia Apelada, que en sus demás argumentos se tiene también por reproducida, pues como se argumentó, el destino de la finca del retrayente semeja más bien residencial, siendo el cultivo de la huerta accesorio o cuando menos no se probó que fuese el elemento principal, situadas en zona parcialmente urbanizable y en las inmediaciones de un vial asfaltado con más viviendas unifamiliares en la zona, el beneficio o mejora desde el punto de vista agrícola, que la anexión representa, tampoco consta, por lo que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

TERCERO .- Al desestimarse el recurso procede imponer las costas de la alzada a la parte apelante, en virtud de lo dispuesto en el art. 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que se aprecie cuestión dudosa, jurídica o fáctica.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bienvenido contra la sentencia, de fecha 14 de enero de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ourense en autos de Juicio Ordinario nº 504/2012 -rollo de Sala **197/2013**-, cuya resolución se confirma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.