



Roj: **SAP IB 1832/2014 - ECLI: ES:APIB:2014:1832**

Id Cendoj: **07040370032014100286**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **07/10/2014**

Nº de Recurso: **322/2014**

Nº de Resolución: **288/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS GOMEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

#### **PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00288/2014

#### **SENTENCIA Nº 288**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Rosa Rigo Rosselló

Doña Catalina Moragues Vidal

En Palma de Mallorca a siete de octubre de 2014.

**VISTOS** por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Inca, bajo el número 157/13 , **Rollo de Sala número 322/14**, entre partes, de una como demandante y apelante por vía principal, don Obdulio , representado en esta alzada por la procuradora de los tribunales doña María Costa Ribas, dirigido por el letrado don Miguel Canals Mir, y, de otra, como demandada y apelante por vía de impugnación, la entidad Gestiones e Inversiones Mallorca, S.L., representada en este segundo grado jurisdiccional por la procuradora de los tribunales doña María del Carmen Serra Llull, dirigida por el letrado don Manuel Montis Suau.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente don Carlos Gómez Martínez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Inca, se dictó sentencia en fecha 29 de noviembre de 2013 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Se desestima la demanda formulada por la procuradora doña María Costa Seguí, actuando en nombre y representación de don Obdulio , y en consecuencia, se declara no haber lugar al retracto de colindantes sobre la finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Inca número dos al Tomo NUM000 , Libro NUM001 , Folio NUM002 , Finca NUM003 de Selva, que constituye la parcela NUM004 del polígono NUM005 de Selva. Se absuelve a la entidad mercantil Gestiones e Inversiones Mallorca S.L. de las pretensiones formuladas en su contra. Se imponen las costas procesales a la parte actora".

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandante, se interpuso apelación por vía principal y por la demanda se interpuso apelación por vía sucesiva, recursos que fueron admitidos y seguidos por sus trámites se señaló para votación y fallo el 2 de octubre de 2014.



**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

**PRIMERO.-** La sentencia de primera instancia, desestima la acción de retracto ejercitada por don Obdulio , propietario de la parcela número NUM006 del polígono NUM005 de Selva, sobre la colindante número NUM004 transmitida a la entidad Gestiones e Inversiones Mallorca, S.L.

En efecto, la jueza de primera instancia, tras constatar que el demandante dedica su finca a la explotación agropecuaria y que ésta no se encuentra abandonada, y después de concluir que no se ha probado que el actor pretenda unir ambas fincas con el exclusivo fin de conseguir la edificabilidad de la parcela resultante, desestima, sin embargo, la demanda por entender que la finca número NUM004 colinda con otras que son propiedad de la familia Justino Felipe , las NUM007 , NUM008 , NUM009 (hoy agrupadas), NUM010 y NUM011 , y que la demandada Gestiones e Inversiones Mallorca, S.L., está integrada por los hermanos don Felipe y don Justino , por lo que la finca de autos se habría transmitido, en realidad, a colindantes, lo que excluye el derecho de adquisición preferente del actor.

Dicha resolución constituye el objeto de la presente apelación al haber sido recurrida, por vía principal, por el demandante y por vía de impugnación por la demandada.

La dirección letrada de la parte actora, en su escrito de interposición del recurso, invoca como motivos en los que funda éste, en síntesis, los siguientes:

a) El objeto social de la demandada no es la explotación agrícola de las tierras, sino la actividad inmobiliaria y la asesoría jurídica, fiscal y contable, lo que excluye que pueda operar a su favor el derecho de retracto concebido en el artículo 1523 del Código Civil para favorecer las actividades agrícolas y la eliminación del minifundio. Ello evidencia que la sentencia de primera instancia yerra cuando concluye que la finalidad perseguida por el retracto se ha conseguido por vía voluntaria al tratarse de un conjunto de fincas unidas por la misma explotación por cuanto, insiste la apelante, ninguna de las fincas de la familia Justino Felipe o de la entidad demandada se dedican a la agricultura, por lo que debe prevalecer el interés del actor que sí es agricultor, según declara probado la resolución recurrida.

b) La parcela NUM004 , objeto de retracto, no colinda con las NUM007 y NUM010 porque entre ambas existe un camino. La resolución recurrida se refiere a dicho camino como existente en la realidad física -tal como se desprendería de la pericial de don Teodoro -, aunque no en las escrituras, ni en el Registro de la Propiedad ni en el Catastro, y considera que es un camino de establecedores cuando, para el apelante, se trata de un camino público.

Por su parte, la dirección letrada de la demandada funda su recurso, interpuesto por vía sucesiva, en los siguientes motivos:

a) Infracción de normas procesales por haber presentado la actora documentos y pericial en la audiencia previa que debieron ser acompañados con la demanda, lo que supone contravención de lo establecido en los artículos 265 y 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

b) En cuanto al fondo, aduce el apelante por vía de impugnación que contrariamente a lo que se establece en la sentencia de primera instancia, en la finca del retrayente no existe una explotación agropecuaria, el actor no tiene la condición de agricultor y su finca está abandonada.

**SEGUNDO.-** Por razones de orden lógico deberá examinarse, en primer lugar, el motivo de impugnación de naturaleza procesal, en este caso, articulado por la parte demandada y apelante por vía sucesiva, es decir, el relativo a la extemporánea aportación de documentos y dictamen pericial por parte de la demandante, en el acto de la audiencia previa.

El artículo 265.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la incorporación al litigio en el momento en que tuvo lugar en el caso de autos (audiencia previa), de los llamados "documentos de refutación". Merece la consideración de tal el documento por medio del cual se tratan de desvirtuar alegaciones contenidas en la contestación a la demanda.

Los únicos documentos que no podrían tener entrada en la litis por esa vía serían aquellos que, de conformidad con el apartado primero de dicho precepto, necesariamente habrían de acompañarse a la demanda, a saber, aquellos en los que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden.



La razón de dicha limitación de aportación documental ha de encontrarse en la necesidad de que las partes tengan desde el principio noticia exacta del fundamento en que se asientan las alegaciones de la contraria con el fin de hacer iguales las condiciones del debate. Lo que se trata de evitar es que una de las partes presente los documentos fundamentales en que apoya su pretensión de oposición en un momento procesal en que la otra no pueda articular prueba en contra.

El carácter fundamental del documento como supuesto normativo de la regla de preclusión, ha de entenderse en relación a aquellos documentos que generen la "causa petendi" invocada, o sirven de base a la acción o la reclamación que se deduzca y correlativamente respecto a los que se asientan las contraprestaciones o alegaciones introducidas en la contestación, quedando al margen de tal exigencia de aportación "in limine litis" los documentos que careciendo de dicha finalidad inmediata "se dirigen a desvirtuar la oposición del adversario" ( SS del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1985 y 7 de Julio de 1995 ). En esta dirección, es unánime y añeja la doctrina de que con la demanda solo es preciso acompañar los documentos que sean bastantes para acreditar en principio los supuestos de hecho en que aquella se basa, siendo permisible presentar en el período de prueba aquellos instrumentos probatorios que complementen los primeros o tengan por finalidad contrarrestar las afirmaciones, alegatos o excepciones de la contraparte ( sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1989 y 2 de junio de 1990 y 30 de diciembre de 1992 , entre otras muchas).

Pues bien, la prueba documental aportada por la demandante va esencialmente destinada a refutar la alegación de la demandada, formulada en su contestación, de que la finca del retrayente no es una explotación agraria y, por tanto, tales documentos se hallan incluidos dentro de las excepciones que el artículo 265.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé para la aplicación del principio de preclusión en la aportación de prueba documental.

Lo mismo ocurre respecto a los dictámenes. El artículo 338.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la aportación de dictámenes periciales más allá de la presentación de los escritos de alegaciones cuando su necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda o por lo alegado en la audiencia y esto es, exactamente, lo sucedido en el supuesto enjuiciado en el que el demandante aportó el dictamen pericial de don Teodoro en la audiencia previa con la finalidad de rebatir las tesis contenidas en la contestación a la demanda, de que el Sr. Obdulio no era agricultor y para intentar acreditar la explotación agrícola del predio, así como la existencia de un camino entre la finca objeto de retracto y las que son propiedad de miembros de la familia Justino Felipe que excluiría la colindancia de dichas predios entre sí, ya que al contestar, el demandado había alegado que la finca objeto de retracto no se había vendido a un extraño sino a otro colindante.

**TERCERO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.523 del Código Civil , tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea, no siendo aplicable dicho derecho a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

Interpretando este artículo la jurisprudencia ha entendido, que para que proceda el retracto de colindantes se precisan los siguientes requisitos: a) Que ambas fincas sean de naturaleza rústica; b) Que las fincas sean colindantes y no estén separadas por los accidentes que cita el Código; c) Que la finca que se enajene no exceda de una hectárea, cualquiera que fuera la extensión superficial de la retrayente; d) Y finalmente, que la venta se haga a un extraño, y no a otro propietario colindante que tenga el mismo interés.

Pues bien, este último es el requisito que no concurre en el caso de autos al haber sido vendida la finca a una sociedad patrimonial cuyos socios son propietarios de fincas que colindan con la que es objeto de la acción de retracto.

El actor apelante considera que las referidas fincas no tienen un destino agrícola, pero tal hecho, en caso de haberse probado, carecería de relevancia para la resolución del presente litigio puesto que lo que el artículo 1523 del Código Civil exige es que ambas fincas, retrayente y retraída, tengan un destino agrícola. Las fincas cuya naturaleza agrícola niega la apelante no son ni la retraída ni la retrayente sino otras pertenecientes a los socios integrantes de la entidad demandada, colindantes con la retraída. La exclusión del derecho de retracto se produce porque la venta no se ha hecho a un extraño sino a un colindante, lo que descarta que nos hallemos ante el supuesto de hecho del artículo 1.523 del Código Civil , sin necesidad de ulteriores indagaciones concernientes al destino que hubieran podido tener fincas que no se hallan en liza, que no son ni la retrayente ni la retraída.

**CUARTO .-** Las pruebas testifical y pericial demuestran que entre la parcela NUM004 , objeto de retracto, y las NUM007 y NUM010 , propiedad de don Benigno y Doña Agustina , padres de don Felipe y don Justino , socios de la entidad demandada Gestiones e Inversiones de Mallorca, S.L. hay, efectivamente, un camino, aunque éste no figura ni en las escrituras ni en la cartografía catastral.



Pero, según las fotografías aéreas aportadas como anejos al informe de don Teodoro , se trata de un camino situado entre ambas fincas, un camino de establecedores respecto del cual resulta imposible determinar si pertenece a una u otra finca pero que, en todo caso, muere al finalizar el linde Este de la finca NUM004 y que, por tanto, una vez unida ésta con las NUM007 y NUM010 deja de tener sentido puesto que ya no quedan fincas enclavadas a las que el camino pueda dar salida. Recordemos que el artículo 1523 del Código Civil establece como salvedad al retracto la existencia de servidumbres "en provecho de otras fincas", es decir, de fincas terceras, lo que no ocurre en el caso de autos.

En consecuencia, dicho camino no puede ser legalmente considerado como un obstáculo para la colindancia pues no impedirá la relación de continuidad entre los predios situados a uno y otro lado de la referida senda.

**QUINTO.-** La desestimación del recurso de apelación interpuesto por el demandante hace superfluo el examen de los motivos de apelación articulados por la demandada como fundamento de su recurso interpuesto por vía adhesiva.

Dado lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante principal las costas causadas en esta alzada por su recurso, y de la parte demandada las ocasionadas por su recurso interpuesto por vía de impugnación.

En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por el número diecinueve del artículo primero de 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, se acuerda la pérdida del depósito consignado para recurrir.

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Maria Costa Ribas, en nombre y representación de don Obdulio , contra la sentencia dictada el día 29 de noviembre de 2013 por la Lima. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Inca , en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

Se desestima el recurso interpuesto contra la misma resolución por la procuradora de los tribunales doña Carmen Serra Llull, en nombre y representación de Gestiones e Inversiones Mallorca, S.L..

En consecuencia, se confirma en todos sus extremos dicha resolución, con imposición a los apelantes de las costas causadas en esta alzada por sus respectivos recursos, y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.