

SAP de Bizkaia de 1 de marzo de 2000

En Bilbao, a uno de marzo de dos mil.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía nº 91/97, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Guernica-Luno y del que son partes como demandante DON Luis Pablo, representado por el Procurador Sr. Luengo (primera instancia) y Sr. Ors Simón (segunda instancia) y dirigido por el Letrado Sr. Oleaga Castellet y como demandados DOÑA Constanza Y DON Carlos Daniel, representados por el Procurador Sr. Muniategui (primera instancia y Sra. Canivell Chirapozu (segunda instancia) y dirigidos por el Letrado Sr. Barayazarra Inchausti, y DOÑA María Antonieta, DON Casimiro Y DON Luis, representados por el Procurador Sr. Muniategui Landa y dirigidos por el Letrado Sr. Barayazarra (en primera instancia) en situación procesal de rebeldía en esta instancia, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrado Doña MARIA DEL MAR GARCÍA GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.-Por el Juzgador de primera instancia se dictó con fecha 20 de febrero de 1.998 sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente : "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía interpuesta por el procurador Sr. Luengo Arrizabalaga en nombre y representación de Luis Pablo contra María Antonieta, Casimiro, Luis, Constanza, y Carlos Daniel, debo declarar y declaro que respecto a María Antonieta, Casimiro y Luis la parcela de terreno destinada a heredades conocida con el nombre de DIRECCION000, DIRECCION001, DIRECCION002, Y DIRECCION003, y monte denominado DIRECCION004, propiedad de dichos demandados (finca NUM000, tomo NUM001 de Forua, libro NUM002, folio NUM003, inscripción 4ª) se encuentra gravado por una servidumbre voluntaria de paso en favor de las heredades DIRECCION005, DIRECCION006, DIRECCION007, y DIRECCION008, propiedad del actor, así mismo declaro que la anchura de la citada servidumbre de paso es de tres metros en toda su extensión, y debo condenar y condeno a los citados demandados a estar y pasar por las consecuencias de los anteriores pronunciamientos y a no perturbar al propietario del predio dominante en la quieta y pacífica posesión, yso y disfrute de la referida servidumbre y a que en periodo de ejecución de sentencia se ordene la expedición del oportuno mandamiento dirigido al registro de la propiedad de Gernika para la debida constancia de inscripción de la servidumbre que se ha declarado en los citados predios, especificando su anchura de tres metros, y se proceda a la colocación de hitos o mojones, que impidan ningún acto de modificación en el futuro, y a que en periodo de ejecución de sentencia se determine el importe de los daños y perjuicios padecidos por el actor con ocasión de

haber sido privado del uso de la servidumbre de paso objeto de este pleito; y que debo absolver y absuelvo a Constanza y a Carlos Daniel de los pedimentos contenidos en la demanda, sin hacer expresa condena en costas.-."

SEGUNDO.-Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelacion por la representación de Doña Constanza y Don Carlos Daniel y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previo emplazamiento de las partes. Personado en tiempo y forma el apelante se formó el rollo y personada también la parte apelada, habiendose adherido al recurso la representación de Don Luis Pablo, se siguió este recurso por sus trámites.

TERCERO.-En el acto de la vista por la parte apelante se solicitó la estimación del recurso y se anule la sentencia de instancia con el único sentido de que se haga expresa imposición de costas al actor de las causadas a sus representados Doña Constanza y Don Carlos Daniel.

La parte recurrida-adherida interesó la revocación de la sentencia de instancia en su pronunciamiento relativo a la no consideración e la existencia de una servidumbre de paso solicitando la estimación íntegra de la demanda con imposición de las costas a la apelante; y subsidiariamente, que se mantenga la sentencia de instancia en lo relativo a las costas. Recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.-En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-Solicita la parte apelante en esta alzada la revocación de la sentencia de instancia únicamente en el extremo relativo a las costas alegando que la resolución recurrida no hace expresa condena en costas, siendo así que conforme al artículo 523 de la L.E. Civil han de imponerse al actor las causadas al Sr. Carlos Daniel y la Sra. Constanza, que fueron absueltos de los pedimentos contenidos en la demanda.

La parte apelada-adherida se alza contra la sentencia de instancia interesando su revocación y que en su lugar se dicte otra que estime la demanda en su día interpuesta. Alega la recurrente sustancialmente error en la valoración de la prueba testifical practicada, entendiendo que de la misma resulta acreditado el uso de las fincas de los demandados como paso por parte de la familia del actor y por éste mismo durante más de 50 años, no acreditando la demandada-apelante, como le corresponde, sus alegaciones respecto a que dicho uso fuera meramente tolerado o consentido; siendo así que, en todo caso, de conformidad a lo prevenido en la Ley de Derecho Foral del País Vasco se ha adquirido la servidumbre de paso por prescripción. Manifiesta así mismo la recurrente que la resolución recurrida llega a conclusiones absurdas y no coherentes toda vez que se declara la servidumbre de paso sólo hasta cierto punto del camino.

SEGUNDO.-Procede examinar en primer lugar la adhesión formulada toda vez que de prosperar la misma daría lugar a la estimación de la demanda con la consiguiente incidencia en el pronunciamiento sobre las costas de la instancia.

Vistas las alegaciones de la parte apelada-adherida hay que partir para la resolución de las cuestiones planteadas del hecho de que los artículos 33 C.E. y 348 C. Civil sustentan la idea de que la propiedad se presume libre, por lo que corresponderá al que pretenda la limitación del dominio ajeno la carga de la prueba. Por lo tanto, la parte demandante ha de probar cumplidamente la realidad del gravamen que invoca para que la acción pueda prosperar, y en este sentido Ss. T.S. 24 de marzo de 1.961 y 21 de octubre de 1.987.

Sentado lo anterior y partiendo en orden a la prueba testifical de la consideración de los artículos 1248 del C. Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como preceptos de índole administrativa y no preceptiva, que autorizan al Juzgador y Tribunal de instancia para apreciar libre y discrecionalmente las declaraciones de los testigos, conforme a las reglas de la sana crítica que, como es sabido, no se hallan escritas, sino insitas en el normal raciocinio humano (Ss T.S. 14 de julio de 1.987, 18 de julio y 14 de octubre de 1.991), esta Sala tras una valoración y ponderación de la prueba practicada, no puede alcanzar conclusiones divergentes de las explicitadas por el Juzgador de instancia, sin que sea de observar en el ámbito de la valoración de la misma aspectos contrarios a la lógica, ponderación y sana crítica. En este sentido, si bien es cierto que de la testifical practicada resulta acreditado el uso de las fincas de los demandados como paso por la familia del actor y por éste mismo, no se ha acreditado suficientemente que dicho paso fuera libre, sino que ha de estarse que el mismo requería el permiso de la familia de los demandados, y ello por cuanto preguntados sobre la cuestión, el testigo Sr. Ismael manifestó que la familia del actor tenía que pedir permiso a la de los codemandados - tal y como éstos alegan - para pasar por sus propiedades, desconociendo los testigos Sres. Juan María y Diego si era preciso o no permiso para pasar, mientras el testigo Sr. Santiago manifestó que sí hay que pedir permiso para pasar con camión.

Atendido lo expuesto, si bien conforme al art. 128 de la Ley Civil Vasca cabe la adquisición de la servidumbre de paso por prescripción de veinte años, derogando así lo dispuesto en el art. 539 C.Civil según el cual "las servidumbres discontinuas sólo podrán adquirirse en virtud de título", la doctrina general de las servidumbre de paso establecida en el C. Civil continúa vigente en Vizcaya después de la Ley Foral pues pese al epígrafe del título VI - "De las servidumbre de paso" - no se regula propiamente la servidumbre en cuanto a su contenido sino únicamente la posibilidad de su adquisición por usucapión.

Y para que tenga lugar la usucapión se exigen dos requisitos, la posesión y el tiempo; debiendo reunir la posesión las condiciones propias para toda usucapión, ha de ser en concepto de dueño (de titular de la servidumbre), pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 C.Civil) y hay que tener también en cuenta que los actos meramente tolerados no aprovechan la posesión (art. 444 C. Civil), por lo que obviamente, y de conformidad con lo anteriormente expuesto, no cabe entenderse en el supuesto de autos que se ha producido la adquisición por prescripción.

Finalmente, y en cuanto a la incoherencia que se denuncia, toda vez que la resolución recurrida declara la servidumbre de paso sólo hasta cierto punto del camino, hay que señalar que dicha conclusión es una consecuencia que se deriva del hecho del allanamiento de los Sres. Casimiro Luis María Antonieta a los pedimentos contenidos en la demanda, siendo así que de lo actuado en este procedimiento, y conforme anteriormente se ha expuesto, no cabe sino resolver en el sentido de absolver a los codemandados Sra. Constanza y Sr. Carlos Daniel de los pedimentos de la actora.

Lo expuesto conlleva la desestimación de la adhesión formulada.

En lo que respecta al recurso de apelación el mismo ha de ser estimado toda vez que en lo que se refiere a los demandados-apelantes Sra. Constanza y Sr. Carlos Daniel las pretensiones del actor fueron totalmente rechazadas por lo que habrán de imponerse a éste las costas causadas a aquellos, sin que se aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, (Art. 523 L.E.Civil).

TERCERO.-Sin expresa imposición de las costas de la apelación y con imposición de las de la adhesión a la parte apelada-adherida.

VISTOS, los artículos citados en la resolución recurrida y en esta y demás preceptos legales.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Constanza y Don Carlos Daniel y desestimando la adhesión formulada por la representación de Don Luis Pablo debemos revocar y revocamos dicha resolución y dictar otra acordando imponer al actor las costas causadas a los demandados absueltos, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida, con imposición de las costas de la adhesión a la parte apelada-adherida y sin expresa imposición de las costas de la apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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