

SAP de Bizkaia de 11 de abril de 1995

En Bilbao a once de abril de mil novecientos noventa y cinco.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistrados del margen los presentes autos de juicio de Menor Cuantía no 598/92 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia no 4 de Bilbao y seguidos entre partes: como apelantes: D. JOSE y Dª FELISA representados por el Procurador Sr. Nuñez Irueta y dirigidos por el Letrado Sr. Nuñez Echarri y como apelados: D. LEANDRO y Dª Mª ROSA, representados por el Procurador Sr. Hernández Uribarri y dirigidos por el letrado Sr. Barturen García y D. IGNACIO GAUBECA LARRONDO e ITSASNE MENDIGUREN ZORROZUA en rebeldía procesal.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada, en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la referida sentencia de instancia de fecha 14 de Julio de 1.993 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda deducida por D. LEANDRO y por Dª MARIA ROSA, representados por el Procurador Sr. Hernández, contra D. JOSE y Dª FELISA, representados por el procurador Sr. Nuñez, y contra Dª ITSASNE MENDIGUREN ZORROZUA e IGNACIO GAUBECA LARRONDO, en situación procesal de rebeldía, y en consecuencia, declaro: 1) Que el paso o camino que va desde el caserío "A. G. a la finca Q. es propiedad de pleno derecho de D. LEANDRO y de su esposa, Dª MARIA ROSA; 2) Que no existe gravamen o servidumbre alguna sobre el mencionado paso o camino, debiendo los demandados abstenerse de hacer uso de él, quedando sin eficacia la acción interdictal interpuesta por los demandados ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Bilbao con el núm. de autos 715/85; y condeno a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a la restitución del camino y a abstenerse de cualquier hecho perturbador del libre ejercicio del derecho de propiedad de los actores. Así mismo desestimo la demanda reconvencional formulada por D. JOSE y Dª FELISA, de la que absuelvo a los actores. Impongo las costas causadas a los codemandados D. JOSE y Dª FELISA. Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de quinto día. Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de JOSE y FELISA se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido en ambos efectos, por el Juzgado de Instancia y emplazadas las partes para ante este Tribunal y subsiguiente remisión de los autos comparecieron las partes por medio de sus Procuradores; ordenándose a la recepción de los autos y personamientos efectuados la formación del presente rollo al que correspondió el número 675/93 de registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de su clase.

TERCERO.- Que hecho el oportuno señalamiento y convocadas las partes para la vista del Recurso, se celebró ante la Sala en cuyo acto, la parte apelante solicitó por medio de su letrado, la revocación de la sentencia impugnada y que, en su lugar, se dicte otra por la que se desestime totalmente la demanda interpuesta con imposición de las costas a la parte apelada. La parte apelada solicitó del Tribunal una Sentencia en íntegra confirmación de la recurrida con imposición de las costas a la parte apelada.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la mesa del Tribunal para deliberación y resolución.

CUARTO.- Que en la tramitación del recurso, se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos que pende sobre la Sala.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada DONA ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El apelante basa la impugnación de la sentencia recurrida en razón a los siguientes aspectos: 1) .- Mostraba su oposición a que el terreno de paso sea de los actores, y a estos efectos consideraba que no puede hablarse, como hace el Juzgador de prueba de presunciones; no se trata de prueba de presunciones sino que se trata de pruebas testificales, que son ratificadas por otras pruebas como son las generales documentales, planos, plano Sr. Berrojalbiz. En tal sentido analizaba los diversos aspectos que a su juicio reflejaba la documental; 2 . En segundo lugar solicitaba la estimación de la reconvencción en el entendimiento y, en este sentido, se estima existe sobre el terreno una servidumbre de paso por prescripción inmemorial, entendiendo que ya desde 1843 aparece como límite un camino vecinal (así según se describe la propia delimitación del A. G. Baserri) y ello tanto igualmente por la declaración de testigos, información interdicto 715/85; 3. Se invoca en este sentido la infracción del principio iura novit curia en cuanto que la Ley Civil Foral del País Vasco 3/92 en su Arto 128 se reconoce la prescripción y, en relación con la Disposición Transitoria 4, la cual debe llevar a la estimación parcial de la reconvencción; 4) . – Por último, respecto del pago de daños y perjuicios supone un Último motivo de oposición, y en cuanto nada ha dictaminado el juzgador de instancia oponiéndose a su concesión, por cuanto que sabido es que han de quedar acreditados los daños y perjuicios y, por ello, se pide la no condena en costas.

La parte apelada y tras amplias alegaciones terminaba solicitando la confirmación de la Resolución recurrida.

SEGUNDO.- Se ha de hacer referencia en primer lugar a la excepción de litis-consorcio pasivo necesario que fue en su momento alegado por la parte demandada, no habiéndose hecho en esta alzada especial incidencia de dicha excepción, no obstante dado el carácter específico de la misma exponer en cuanto pronunciamiento que su desestimación es procedente y ello por los propios argumentos de la resolución recurrida que se determinan en el fundamento II de la misma.

TERCERO.- En cuanto al fondo de la cuestión, cabe decir que la complejidad de la misma deviene del cúmulo de situaciones y actuaciones propiciadas por las partes, que sin duda excede con mucho del ámbito de lo razonable hubiera debido contener.

Pero es lo cierto que, vista la situación que entre partes se ha generado habiéndose llegado, por mor de ambas a situaciones de franca intolerancia que en el ser humano es inadmisibles, y ello como consecuencia de la cuestión que en este pleito se ventila; en este punto quisiera la Sala que la motivación de esta resolución, en cuanto de determinación en conciencia y derecho, con más o menos fortuna, se intentará desbrozar, en el arduo pleito sometido a nuestra consideración, sirva para, al menos, motivar la sensatez y reflexión entre las partes, aún cuando no sea compartida, sirviendo igualmente como desideratum, a la pacificación del conflicto a lo que sin duda alguna toda resolución se encamina y trata de conseguir, de ahí la máxima constitucional de fundamentación de las sentencias precisamente como valladar a la arbitrariedad, al puro voluntarismo y en tenor de residenciar el elemento pedagógico que en su caso que sirve al convencimiento de las consideraciones.

Expuesto lo que antecede, sin más preámbulo, se procede al examen de las causas de impugnación de la resolución recurrida. Así, tal y como se expresaba al principio, se impugnaba el dato de que no puede determinarse tal y como lo hace el juzgador la consideración de que la oposición formulada a la demanda y a la propiedad de los actores sobre el camino tan controvertido, se basa en presunciones y ello entendía no es cierto por cuanto que se habían producido pruebas testificales y éstas no son presunciones y, en definitiva, los asertos y premisas sobre las que su oposición se asentaba han quedado corroborados por tres testigos.

Cabe decir, ciertamente, que la contraria consideración y oposición a la demanda, a la propiedad de la actora de dicho camino, en su legitimación pasiva, cuestionable, en tanto sus particulares puntos de vista, así en su caso sería el citado camino de D^a ITSASNE y del SR. GAUBEKA, se basan en todo caso en algo más que meras presunciones, efectivamente el más que arduo complejo pleito que las partes han consignado tiene su base en largos medios de prueba, en que a su vez la parte demandada viene a intentar la suya (efectivamente sobre una base a estos efectos documental y testifical) .

Pero, aún cuando la Sala considera que es procedente hacer esta matización y no obstante ser cierta, la más que cuestionable legitimación pasiva, del demandado para controvertir una propiedad que por el se considera ajena al actor y propia de otros terceros, excediéndose con ello en lo que al mismo concierne (exclusivamente el derecho de paso sobre Camino de corto recorrido y espacio y que se identifica como el que va desde la finca A. G. a Q.), es lo cierto, que sustanciada la pretensión entre las partes que han sido llamadas al procedimiento, es necesario hacer pronunciamiento sobre tal cuestión y, es igualmente lo cierto, reexaminada que ha sido la prueba practicada ex novo por esta Sala, que los elementos probatorios profusamente analizados por el Juzgador, a saber: el plano presentado por los actores al ayuntamiento (folio 759) , el del Sr. A., las características expuestas por el propio Sr. B., lo que se expone de confusión de las fotografías (en cuanto confusión zona1 de caminos), lo analizado por el juzgador esencial en esta litis de la propia percepción in situ derivado de algo tan fundamental como es el reconocimiento judicial que por las características del pleito se observa realizado con una gran minuciosidad, y la valoración de la

testifical realizada igualmente, dentro de unos parámetros legales derivados del principio de la "sana crítica". Lleva todo ello a conclusiones similares de las explicitadas por el Juzgador.

Cabe exponer a mayor abundamiento que, y aún cuando ciertamente se pretende una acción reivindicatoria, es lo cierto que la rebeldía de los codemandados Sres. M.-G., no implica reconocimiento de hecho de la demanda, ni excusa al actor de probar si es significativo que los Sres. M.-G., tras lo que exponen en el acto de conciliación, de una forma no excesivamente clara, nada hayan expuesto aquí, siendo precisamente los demandados, Sres. E. quienes han hecho un mayor esfuerzo probatorio, para intentar acreditar la propiedad de estos últimos.

Pero, es igualmente cierto, que dentro del ámbito documental, existen datos, que permiten igualmente sostener la tesis de la actora, y ciertamente en un ámbito de confusionismo como el creado, ilustra en gran medida y entendemos, en conciencia, sirve a un serio intento de clarificar la presente cuestión. Así, en toda prácticamente unánime documental, que ha sido, de facto, minuciosamente examinada por la Sala, de los planos cartográficos de la Diputación y otros organismos locales, resulta la identificación neta, de fijación como coordenadas, así la norte, la que se determina como camino de Asua a Erletxes, este la que puede fijarse, con relación al cementerio y Capilla A. G., Sur el que puede fijarse como fincas Q y Sra. M. y Oeste la correspondiente los que pueden ser identificados como terrenos de Casería K. y pertenecidos y hoy al parecer de los Srs. E.. Tal orientación magnética, parece igualmente determinada mediante el empleo por la comisión judicial de brújula en la diligencia de reconocimiento judicial. Desde esta orientación la significación de los lindes que se fijan en la finca de los Srs. Z. U. resulta coherente con tales coordenadas magnéticas, así se establece " Terreno llamado Monte del Angel, en el Barrio de Berresonaga, del Ayuntamiento de Larrabezua, que tiene una superficie aprobada de diez y seis mil trescientos cuarenta y seis metros y doce centímetros cuadrados y linda al norte con carretera de Asua a Erletxes, al Sur con propiedades de herederos de Adan Yarza, al este con Ermita del Angel de la Guarda, y al oeste con D. Antonio y D. Manuel " .Estos linderos, expuestos en su mayor o menor literalidad, son los que se configura sin género de duda en la escritura de propiedad, como decimos, de los Srs. Z. U.. Ello creemos, si se examina, con los puntos delimitadores, en su propio sentido de la finca de los Srs. M. G., se coherente en gran medida perfectamente. Así, si la descripción de dicha finca se dice es "al norte, Segundo Andraca, Este Julia, hoy Srs. Z., Sur Z. M. y Segundo A., Oeste Camino Carretil " si indudablemente, tal y como se pretende conforme esta configuraron el norte viene dado por la finca Q (anterior Segundo A.), el Este es Srs. Z., y el Sur Sr. A. finca E., es lo cierto, que esta ponente, y trasladándolo sobre el papel se observa, en su juicio y en el de la Sala, que indudablemente no se da el camino, en la zona este configurada como la de los Srs. Z. conforme esta orientación, sino muy al contrario, al oeste resulta el camino carretil que a tal puede corresponder el denominado O., y ello como en definitiva, y pese a la en su caso cierta indefinición física del mismo (pero en todo caso de antecedentes históricos de existencia claros), puede ser determinado y como resultante en su virtualidad de la prueba de reconocimiento judicial que a estos efectos se determina como esencial. Debe ser destacado igualmente que las delimitaciones que respecto de la finca A. G. se determina sucintamente expresados, "casería A. G., confirma por el este con el camino vecinal y por el Sur, Oeste y Norte con pertenecido o heredad de la misma casa,.. pertenece a este caserío una heredada

llamada E., confina por Este, con el camino vecinal, por Sur con las heredades de A. G. B., con la del Cirujano y Bengoa, por el Oeste con la de Trastierra y Zubialdekoa, y Por Corte con la de Zubialdekoa y Etxezuria y Urtado es indudable que si en su linde este se determina colindancia con un camino, y puesto en relación con la orientación, cierta, magnética, cabe decir que dicha referencia lo esta con relación en su perpendicularidad norte- sur con la zona de camino que va de la carretera Asua-Erletxes, pero no con el tramo en la zona de quiebro que va de A. G. a Q., cuya orientación sin duda entiende la Sala es Norte, pero a mayor abundamiento, en los siempre deslizantes limites en los que nos movemos, sin género de duda, es lo cierto, que la colindancia con un camino, no quiere decir existencia en los términos pretendidos por la apelante.

Por último, señalar, que indudablemente la prueba testifical determina una serie de elementos, que si bien a priori abogarían por una interpretación determinante en torno a la existencia del camino que va de la finca A. G. a Q., en sus entrañas, creemos, si bien sin género de duda ello lo es en el tramo que va desde la carretera Asua-Erletxes al caserío A. G., no lo es tan definitivo, en los términos instados en oposición en el quiebro que con nitidez aparece de distintas características de la zona A. G. a Q..

Todo ello aboga, por en definitiva, confirmar la conclusión del juzgador en este aspecto de no poder dar por acreditado que el citado camino es propiedad de los Srs. M. G-, y por ende que el camino sea propiedad ajena a los actores.

CUARTO.- En último lugar, es necesario, analizar los siguientes motivos de impugnación de la resolución recurrida, a saber, estimación de la reconvencción en el sentido de que se estime que existe servidumbre de paso adquirida por prescripción inmemorial ya desde el año 1.843, y en su caso, se invocaba infracción del principio iura novit curia en cuanto que la Ley Foral Civil del País Vasco 3/92 en su art. 128 se reconoce la adquisición por prescripción de veinte años de la servidumbre de paso y en relación con la disposición transitoria 4ª de dicha ley.

Estima la Sala, dichos motivos no pueden prosperar y ello por los siguientes razonamientos: a) por cuanto que si nos remitimos al ámbito de la adquisición de la servidumbre por prescripción inmemorial , y ello al amparo del C. civil, partiendo del ámbito de la prueba practicada, y en su análisis, este no permite llegar a conclusiones divergentes de las explicitadas por el juzgador de instancia en su ponderado y correcto fundamento cuarto, en el sentido de que de la inspección o reconocimiento judicial pone de manifiesto, al igual insistimos que los planos cartográficos, y en punto a la orientación magnética que el trozo de camino debatido en este pleito no se halla al Este sino al Norte, y que a mayor abundamiento su colindancia no significa no determina su derecho de paso, y que por ultimo y a un mayor abundamiento la zona de camino que va de Asua a Erletxes hacia A. G. cuya situación perpendicular si permite determinarlo en zona Este tiene una configuración diferenciable físicamente del resto según se desprende de la prueba en cuanto que determina incluso un quiebro a situación Norte, por demás, es lo cierto que las testificales no permiten configurar una servidumbre de paso con visos de inmemorialidad, y ello en los términos explicitados, insistimos, por el juzgador. Por ello, entendemos, no cabe la estimación de la reconvencción en base al ámbito de prescripción inmemorial y al amparo del C.civil.

Pasando al análisis, de la adquisición de servidumbre de paso por prescripción de veinte años, al amparo de la Ley Foral del País Vasco art.128 y en relación con la disposición

transitoria IV de dicha ley, y ello entendiendo con infracción del principio iura novit curia, entiende la Sala debe ser desestimado dicho motivo de impugnación por cuanto que no se trata de articular una misma pretensión al amparo de una legislación inaplicada por el juzgador, que en función del citado principio debió de reconocer o al menos aplicar, sino que se trata de fundamentos distintos y al amparo de situaciones que determinan derechos sobre hechos y bases divergentes, así al amparo del C.civil se deben de dar los presupuestos base para la prescripción, en razón a que se trata por un lado de servidumbre de paso y ello en base al ámbito inmemorial en el tiempo, y por contra la legislación Civil Foral Vasca, parte de presupuestos divergentes y lo que es mas importante, a juicio de la Sala, de elementos facticos distintos que deben ser determinados. Por ello, entendemos, no existe infracción del principio iura novit curia, sino en esencia, elementos de hecho como causa de pedir divergentes. Pero además, y sin que sea dado prejuzgar, considera la Sala, no solo es necesario la determinación de la existencia del paso durante el lapso de tiempo, es necesario se cumplan los requisitos para el otorgamiento del derecho de paso, o servidumbre de paso, que como decimos, sin que sea dado en su caso prejuzgar, no se observan habida cuenta de la existencia de otros pasos y salida a los mismos, y en franca conexión con las fincas A. G. y Q..

En cuanto al ámbito de daños y perjuicios nada en este punto de forma concreta se ha precisado que sirva si quiera como base para su posterior cuantificación, en su caso en ejecución de sentencia, a mayor abundamiento el juzgador no ha verificado pronunciamiento, y con ello la parte apelada que en principio la articuló se ha aquietado no habiendo apelado la sentencia ni adherido al recurso. Todo ello lleva a que de conformidad con el principio de congruencia básico no pueda ser considerado y además por la razón de fondo expuesta al principio de este párrafo.

Todo lo analizado, lleva en conciencia y dentro de las humanas ciencias, a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución recurrida.

SEXTO.- En cuanto a las costas, teniendo en cuenta la complejidad jurídica y de determinación del pleito, así como lo controvertido de las posiciones, y teniendo en cuenta además todas las circunstancias que concurren, y haciendo una interpretación conjunta y ponderada de lo dispuesto en los arts, 710, 896 y en la doctrina que dimana del art 523 todos ellos de la L.E.C. cada parte deberá hacer frente a las costas generadas en esta alzada a su instancia. Por demás en cuanto a las de primera instancia la estimación de las pretensiones fundamentales de la actora hacen que no sea necesario un pronunciamiento divergente.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. JOSE Y FELISA, y contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 4 DE LOS DE BILBAO y de fecha 14 de julio de 1993 y en autos de

juicio de menor cuantía nº 598/92 y de que este rollo dimana y DEBEMOS DE CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución. Declaramos en cuanto a las costas de esta alzada, que cada parte deberá soportar las generada a su instancia.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al rollo de su razón la pronunciamos mandamos y firmamos.

Firme que sea la presente resolución devuélvanse los autos originales al JUZGADO del que proceden con certificación literal de esta resolución para su conocimiento y cumplimiento.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.