

SAP de Bizkaia de 14 de noviembre de 2008

En Bilbao, a catorce de noviembre de dos mil ocho

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados, los presentes autos de juicio verbal nº 9/07, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao y seguidos entre partes: Como apelante-demandada MAGABIT, S.L. representada por el Procurador Sr. Alfonso José Bartau Rojas y defendida por el Letrado Sr. Juan Ignacio Sasiain Urra, y como apelada-demandante que se opone al recurso de apelación Dª Nuria presentada por el Procurador Sr. Alberto Arenaza Artabe y defendida por el Letrado Sr. Gabriel Redondo Egibar; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 24 de septiembre de 2007.

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.- La Sentencia de instancia de fecha 24 de septiembre de 2007 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimo la demanda presentada por Nuria frente a Magabit, SL; por tanto, acuerdo la suspensión de la obra nueva desarrollada por ésta en los terrenos propiedad de la demandante.

Se imponen al demandado las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 67/08 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada D.ª REYES CASTRESANA GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estima la acción interdictal interpuesta por Dña. Nuria, propietaria del Caserío Larrakoetxe y de varios pertenecidos, sitios en el Barrio Garaioltza de Larrabetxu, de la localidad de Lezama, entre ellos, el terreno por donde discurre el camino particular a DIRECCION000, que está señalado de color amarillo en el plano datado de mayo de 1.980, con la letra B mayúscula, <folio 160 de autos, que es el original del aportado como documento nº 5 de la demanda>, contra la demandada Magabit S.L., propietaria del terreno colindante identificado como Caseríos DIRECCION000, donde se está llevando a cabo la construcción de una nueva edificación, porque desde septiembre de 2.006 está abriendo una zanja para el soterramiento de canalizaciones y la ampliación de la anchura de este camino, a costa de reducir y privar la superficie restante de la parcela. Se considera por el Magistrado a quo que se han cumplido todos los requisitos que deben concurrir para que prospere la acción, estos son, la realización de la obra, que ésta perjudique al actor y que la obra no esté terminada.

Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por la demandada Magabit S.L., volviendo a reproducir los dos motivos de oposición alegados en la primera instancia, que no prosperaron, es decir, la falta de legitimación activa de la actora por no ser la titular de la franja de terreno sobre la que discurre el camino sobre la que se está ejecutando la obra, y el hecho de que la obra estaba terminada al presentarse la demanda.

SEGUNDO.- Ahora bien, con carácter previo debemos pronunciarnos sobre las alegaciones vertidas por la parte apelante de que la parte actora pretendía en su demanda la paralización de las obras referentes, no sólo a la canalización y anchura del camino, sino a la construcción de las viviendas adosadas en terreno de su propiedad, siendo que a lo largo del procedimiento va limitando su acción al trozo del camino que manifiesta la demandante ser propietaria. Sostiene que este hecho por sí sólo, efectuando un totum revolutum para perjudicar a la apelante con la paralización de las viviendas que está construyendo en su terreno, no podría generar la estimación íntegra de la demanda.

Este Tribunal no acepta dichas puntualizaciones.

En la demanda, tras describir en los hechos, que la demandada está realizando en el terreno por el que discurre el camino que dice es de su propiedad, concretamente el soterramiento de canalización y el ensanchamiento de la zona destinada a camino, se termina suplicando "la paralización súbita e inmediata de la obra que se encuentra ejecutando la contraparte, en la medida en que, en su desarrollo, se está desoyendo y ultrajando injustificadamente el legítimo y exclusivo derecho de propiedad de mi representada".

Luego ni de la demanda ni de la prueba ni de las conclusiones cabe inferir que la parte demandante haya pedido la paralización de las obras de la edificación que está desarrollando la mercantil Magabit S.L. En todo caso, esta cuestión del alcance de la suspensión de la obra, quedó determinada en los Autos de 27 de febrero y de 23 de abril de 2.007 <folios 195 y 263 de autos>, en el sentido de que se acordó el alzamiento de la suspensión de las obras en la parte que no afecta a los derechos de la actora, es decir, a

la nueva edificación, pero no así en el terreno y sus adyacentes por los que discurre el camino. Teniendo en consideración que un caso es el paso consentido y otra el cavar zanjas, introducir tuberías y anchar el camino original, sin la autorización pertinente.

TERCERO.- El primer motivo de impugnación, que reproduce la falta de legitimación activa, negando a la actora Sra. Nuria la condición de legítima propiedad del camino controvertido, en cuanto que el mismo, dice, reviste la condición jurídica de camino vecinal de uso público propiedad del municipio de Lezama, debe ser desestimado.

Atendida la prueba practicada en autos entendemos, como entiende la sentencia recurrida, debe rechazarse la tesis de la parte apelante, atendiendo a la prueba documental de certificación del Ayuntamiento de Lezama, que niega dicha alegación en el sentido de que el camino de acceso a los caseríos de DIRECCION000 situados en el Barrio de Garaioltza no se encuentra recogido en el inventario de caminos rurales, ni está recogido como camino de uso y dominio público por el Ayuntamiento, por lo que entiende que su uso es de carácter privado <doc. nº 3 de la demanda, al folio 26 de autos> La parte hoy apelante no ha desvirtuado dicha afirmación de camino particular, ni tampoco ha defendido la propiedad particular de un tercero del terreno controvertido.

Es cuestión ajena a este procedimiento sumario de suspensión de obra nueva, lo relativo a qué calificación jurídica tiene el "camino", si es de carácter público, o, lo que es contradictorio con esta afirmación porque reconoce la propiedad privada de la Sra. Nuria, si opera o no la prescripción de servidumbre de paso atendiendo a los *arts. 128 a 130 de la Ley 3/1992 de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco*, sin que, en ningún caso, estos preceptos legales autorizan al predio dominante para realizar obras de apertura de zanjas, soterramiento de canalización y ampliación de la anchura del camino.

En todo caso, la tesis de la apelante no puede ser aceptada y ello sin necesidad de hacer una declaración de derechos, que no es objeto de este procedimiento interdictal, y atendiendo a las escrituras públicas aportadas por la parte actora, como documento nº 4 de la demanda <folios 28 y ss>, con especial consideración a la de fecha 4 de diciembre de 1.978, que se describen la superficie y linderos de los terrenos de la casería y la segregación de un terreno lindado al Norte con el camino objeto de autos, así como al plano aportado a autos <folios 160 de autos>. De ellos se constata la existencia de, al menos, una apariencia de derecho, en concreto, la existencia de un camino en terreno privativo de la actora. Esta apariencia de derecho es suficiente para otorgar la protección posesoria que reclama por vía de este interdicto, sin necesidad de efectuar pronunciamientos declarativos referentes al carácter público o privativo y a la existencia o no del derecho real de servidumbre, como ya se ha dicho.

CUARTO.- Tampoco se acoge el último motivo de apelación alegado, basado en la afirmación de que las obras estaban finalizadas. Se sostiene que en acta notarial del 19 de septiembre de 2.006 se señala que la obra está acabada y la demanda se interpone el 3 de enero de 2.007

Nada más lejos de la realidad, porque en la mencionada acta se dice que se está realizando una zanja en el camino y el para qué, para introducir la tubería de la acometida de agua, como se observan en las fotografías acompañadas a la misma. Es cierto que la demanda se interpone unos cuatro meses después, pero, en el acta de comparecencia del representante de Magabit S.L. se omite cualquier referencia a la

conclusión de las obras descritas en la demanda, y de las fotografías acompañadas en el acto del juicio, se comprueba que se ha echado por encima gravilla en los bordes del camino, ampliando el mismo, para la facilitación del acceso a la nueva construcción.

Además, es bien sabido que el concepto interdictal de obra terminada no coincide con el constructivo.

Así, a efectos interdictales se entiende por obra terminada cuando la cesión o el atentado posesorio está perfectamente definido y no puede perjudicar al actor, ni llegar a tener mayor entidad, aunque constructivamente no esté acabada la obra en su totalidad (S.A.P. de Ávila de 15 de noviembre de 1995; A.P. de Málaga, Sección 6ª de 12 de junio de 1996 y A.P. de Palencia de 24 de septiembre de 1998). La obra, se considera que no estaba concluida, porque aunque pudiera identificarse la perturbación, no puede concretarse su alcance de haberse continuado la alteración del camino para facilitar la nueva construcción que la apelante está llevando a cabo en sus terrenos.

En consecuencia, estimamos que la prueba ha sido debidamente valorada por el Magistrado de instancia y que de ella se desprende la concurrencia de todos los requisitos necesarios para que prosperase la acción, por lo que la sentencia debe ser confirmada.

QUINTO.- También se ratifica la imposición de las costas procesales de la primera instancia, porque ha operado la estimación íntegra de la tutela sumaria pretendida, que es la suspensión de las obras realizadas en el camino discutido, al amparo del *art. 250-7º de la LECn.*, sin que afectara al levantamiento de la edificación, y todo ello en relación con el *art. 394-1º de la LECn.*

SEXTO.- La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de costas de la alzada a la parte apelante, según *arts. 398.1 LECn.*

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por MAGABIT S.L., representado por el Procurador D. Alfonso José Bartau Rojas, contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2.007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Bilbao, en los autos de Juicio Verbal de Suspensión Sumaria de Obra Nueva nº 9/07, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la misma, con imposición de costas de la alzada a la parte apelante.

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