

## **SAP de Bizkaia de 17 de junio de 2009**

En Bilbao, a diecisiete de junio de dos mil nueve

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 procedimiento ordinario nº 554/05, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Gernika-Lumo y seguidos entre partes: Como apelante-demandada D. Marcial y D.ª Maribel representados por la procuradora Sra. Mª Mercedes Arrese-Igor Lazkano y defendidos por el letrado Sr. Ricardo Amutio Aberasturi, y, como apelada-demandante que se opone al recurso de apelación, D.ª Ángela, representada por el procurador Sr. Alfonso José Bartau Rojas y defendida por la letrada Sra. Patricia Arzanegui Elguezabal; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 12 de junio de 2008.

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 12 de junio de 2008 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda principal formulada por la representación procesal de DÑA. Ángela y desestimando íntegramente la demanda reconvenicional formulada por la representación procesal de D/ÑA. Marcial Y Maribel contra la actora, DEBO ACORDAR Y ACUERDO que se practique el deslinde y amojonamiento entre las fincas: a) terreno que hace servicio de plazuela (con superficie de 23 metros y 62 decímetros según el título, perteneciente a la CASA000 a) radiante en el Bº DIRECCION000 de Busturia, y propiedad de la actora, y b) la tejavaba, horno, antuzanos y huerta de la CASA001 (con una superficie de 40 estados según el título) radicantes en el mismo barrio y anteiglesia, propiedad de los demandados en los términos de los informes elaborados por el Sr. David y Eladio, es decir acogiendo el deslinde de la actora por la línea que se aprecia en el terreno por la diferencia de calidad de la solera, tal y como se aprecia en las fotografías 1 y 2 de perito judicial (que coincide con las que refiere la actora integrantes del documento 8) de la demanda.

DEBO DECLARAR Y DECLARO que el fundo a que se refiere este pleito, "terreno que hace servicio de plazuela" es y debe reputarse libre de servidumbre de paso o de otra naturaleza a favor de los demandados, debiendo estar y pasar por estas declaraciones absteniéndose de hacer uso de paso por dicho terreno.

DEBO DECLARAR Y DECLARO que la pared que cierra la huerta contigua a la CASA000 no es medianera, sino de la propiedad exclusiva de la actora y que debe reputarse libre de servidumbre alguna, condenando a los demandados a retirar el

apoyo que tiene la cubierta de su tejavana sobre la pared que por el lado Norte cierra la huerta, debiendo estar y pasar por estas declaraciones.

Todo ello con expresa condena en costas tanto de la demanda principal como de la demanda reconvenzional a la demandada."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los demandados 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 698/08 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. Magistrado D.<sup>a</sup> REYES CASTRESANA GARCÍA.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Ángela, titular de la CASA000 del Barrio DIRECCION000 de Busturia que tiene como pertenecidos "por la parte Norte, terreno que hace servicio de plazuela y entrada para la misma casa" y "por la parte Oeste de la casa, huerta cerrada de paredes", contra D. Marcial y Dña. Maribel, dueños de la casería llamada Ibarchu con tejavana, horno, antuzanos y huerta. Por tanto: (1) se estima la acción de deslinde y amojonamiento entre las fincas de los litigantes: a) el terreno que hace servicio de plazuela de 23,62 metros cuadrados de la CASA000 y b) la tejavana, horno, antuzanos y huerta de la CASA001 de 40 estados, en los términos de los informes elaborados por Don. David y Eladio, es decir, acogiendo el deslinde de la actora por la línea que se aprecia en el terreno por la diferencia de calidad de la solera, tal y como se aprecia en las fotografías nº 1 y 2 del Perito Judicial; (2) se acoge la acción negatoria de servidumbre de paso, ya que "el terreno que hace servicio de plazuela" es y debe reputarse libre de servidumbre de paso; y (3) se aprecia la acción negatoria de servidumbre de apoyo y carga en la pared que cierra la huerta contigua a la CASA000, al no ser medianera, sino de propiedad exclusiva de la actora, condenando a los demandados a retirar el apoyo que tiene la cubierta de su tejavana sobre la pared que por el lado Norte cierra la huerta.

Y desestima la reconvección interpuesta por los demandados D. Marcial y Dña. Maribel contra la actora Dña. Ángela respecto a la delimitación y deslinde del terreno de 23,62 metros cuadrados que hace servicio de plazuela y entrada a la CASA000 en el sentido de lo reflejado en los planos que aporta, y, subsidiariamente, que sobre el mismo se tiene constituida una servidumbre de paso a su favor por haberla adquirido por

prescripción, defendiendo la condición de medianera de la pared de la huerta de la actora.

Contra la misma se ha interpuesto recurso de apelación por los demandados-reconvenientes, en los términos que a continuación serán examinados.

A).- DE LA ACCIÓN DE DESLINDE:

SEGUNDO.- La parte apelante denuncia que la demandante pretende obtener bajo la apariencia del ejercicio de una acción de deslinde, el resultado de una acción reivindicatoria, al apropiarse terreno perteneciente a los demandados: la acción de deslinde se halla prevista para solucionar problemas de límites pero no supone declaraciones de propiedad ni de posesión, por lo que únicamente se debe marcar o señalar los 23.62 metros de la propiedad de la actora.

Dicha alegación no prospera. Lo que es materia de controversia es el terreno que se halla entre la CASA000 de la actora y la CASA001 de los demandados, al discrepar las partes sobre cuál es la porción que corresponde a cada una de ellas, por lo que concurre el requisito necesario para que proceda el deslinde.

La distinción entre la acción de deslinde y la acción reivindicatoria ha sido reiteradamente resuelta por la jurisprudencia, siendo reflejo de ella las Sentencias de Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997 y 25 de junio de 2.007 : "la acción reivindicatoria tiene objetivos distintos de la de deslinde y sus diferencias las ha establecido la jurisprudencia (entre otras, sentencias de 11 de julio de 1988 y 27 de enero de 1995 ) siendo así que el deslinde excluye contienda sobre la propiedad; la misma sentencia razona en el sentido de que "...no desvirtúa la naturaleza de la acción de deslinde, el hecho de que su práctica y consiguiente amojonamiento de las fincas en confrontación, represente componer físicamente las mismas, al delimitarlas material y externamente mediante el trazado de línea perimetral divisoria, precisándose de esta forma los derechos que corresponden a los titulares interesados, sin que ello suponga el ejercicio de acción reivindicatoria alguna, pues no se pidió en el supuesto de autos la recuperación de un cuerpo cierto y perfectamente identificado, sino que la parte demandada dejara de poseer los terrenos de la propiedad del actor como consecuencia y resultado del deslinde postulado, lo que es inherente al acto delimitador de propiedad en cuanto fija su colindancia discrepante". En definitiva, cuando se solicita el deslinde se está interesando igualmente que, una vez delimitadas las fincas, lo que corresponda al actor en virtud de tal delimitación quede bajo su posesión y se le reconozca la propiedad sobre tal extensión de terreno, lo que ciertamente puede comportar un cambio posesorio, pero ello es consecuencia propia del deslinde y en forma alguna requiere una expresa reivindicación inicial que en todo caso sería inconcreta y supeditada al resultado de aquél"

TERCERO.- En segundo lugar, invoca la parte apelante una incorrecta valoración de la prueba practicada en autos por la Juzgadora a quo, al haber dado mayor prevalencia a los dictámenes periciales de Don. David y Eladio, sin argumentación alguna, frente al de la Sra. Enriqueta .

Es incuestionable que la ponderación probatoria corresponde de forma primera y primordial al Juzgador de instancia que sabido es, opera con las ventajas que confieren la inmediación, oralidad y contradicción, de manera que en esta alzada, y a pesar del

conocimiento pleno que de la cuestión tiene el Tribunal de apelación, éste se limita a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio, el Juez de origen se ha comportado de forma ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica. Y examinada la actividad probatoria desplegada, este Tribunal confirma la valoración que de las pruebas periciales se efectúa por la Juzgadora de instancia, explicando el por qué debe prevalecer el dictamen pericial del Perito designado judicialmente, que es coincidente con el aportado por la parte actora, y las razones de dicha prevalencia probatoria.

A este respecto, se ha acogido el criterio de delimitación contenido en los dictámenes periciales del Perito Judicial D. David <folios 437 y ss>, "la demarcación entre ambas parcelas está limitada imaginariamente por la diferencia de calidad, de la solera, según corresponde a una y otra parte, según se aprecia en las imágenes y en una línea que las separa" <folio 437 y ss>, que es coincidente con el emitido a instancias de la demandante por el Arquitecto Técnico D. Benito, que precisa que la superficie total de la plazuela es de 47,10 metros cuadrados, correspondiente 8,70 metros a la parte que está a la derecha entrando desde la carretera, que tiene el piso más oscuro, y 38,40 metros a la izquierda entrando desde la carretera, que tiene el piso de color más claro <folios 457 y ss de autos>. Frente a estos dictámenes, la Juzgadora a quo valora el informe pericial de la Topógrafa Dña. Enriqueta, emitido a instancia de los demandados-apelantes, que parte del dato de la existencia de un alegado mojón, el cual no ha resultado probado porque no existe señal física alguna, sin que sea suficiente la mera manifestación de los apelantes de que está soterrado, y en la alineación de la pared, para así ubicar los 23,62 metros cuadrados de superficie que tiene el título de los actores, elaborando dos planos con propuestas de demarcación distintas; y todo ello con abstracción de la superficie que tiene inscrita los demandados de 152 metros cuadrados según su títulos de "tejavana, horno, antuzanos y huerta" de la CASA001, y que según la medición real asciende junto con la parte de la plazuela situada junto a la CASA001 a 318,72 metros cuadrados, <folios 320 y ss de autos>

#### **B).- SOBRE LA SERVIDUMBRE DE PASO:**

**CUARTO.-** Alega la parte apelante, frente a la conclusión a la que llega la Juzgadora a quo, atendiendo al examen que efectúa de la prueba testifical, de que no considera acreditado el acceso solicitado por los apelantes ni que se haya adquirido por el uso de veinte años, una errónea y parcial valoración de la pruebas testificales practicadas en el acto del juicio.

Como ya hemos apuntado anteriormente, cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, sin que por lo demás resulte lícito sustituir el criterio independiente y objetivo del Juez de Instancia por el criterio personal e interesado de la parte recurrente, ya que el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los elementos probatorios, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediatez del juzgador sentenciador en la primera instancia.

Y, en el caso de autos, tras la audición de las declaraciones de los testigos propuestos por ambas partes en el juicio (los de la actora: Dña. Nieves, Dña. Belinda y de D. Emilio ; y los de los demandados: D. Narciso, D. Juan María y D. Claudio ) debe de considerar que la sentencia recurrida contiene un razonamiento lógico y ponderado que pone de relieve las contradicciones de las declaraciones prestadas por los testigos sobre la utilización del paso a través de la plazuela de la CASA000 para llegar a la huerta de la CASA001 de los demandados, unos lo niegan rotundamente añadiendo que era una zona impracticable de zarzas y alambre y otros admiten el paso de carro; sin que sea dable que se sustituya la conclusión a la que se llega por la Juzgadora a quo (falta de probanza del uso, cuya carga probatoria incumbe a quien lo alega según el *art. 217 de la LECn* ) atendiendo a los extractos parciales e interesados contenidos en el escrito de interposición del recurso de apelación de las declaraciones testificales prestadas.

En todo caso es destacable el hecho de que la CASA001 de los demandados estuvo deshabitada y en estado ruinoso, tras el fallecimiento de la abuela de los hermanos Emilio Narciso Marcial, siendo que el demandado D. Marcial compró la casa el 11 de agosto de 1.986, solicitando licencia para las obras de rehabilitación el 11 de noviembre de 1.986, momento en que abrió la puerta que da acceso a la plazuela objeto de litigio, ya que antes solo había una ventana, por lo que considerando el dies a quo del paso por la plazuela no ha transcurrido el plazo de veinte años hasta la interposición de la demanda (28 de noviembre de 2.005) que hubiera sido necesario para adquirir la servidumbre por prescripción atendiendo al *art. 128 de la Ley de Derecho Civil Foral* .

#### C) SOBRE LA SERVIDUMBRE DE APOYO O CARGA:

QUINTO.- Frente al Fundamento Derecho Tercero de la sentencia recurrida que atendiendo a las circunstancias concurrentes llega a la conclusión de que la pared divisoria es claramente privativa de la actora, atendiendo a los títulos de propiedad de la actora al describir "huerta cerrada por paredes por sus lados Norte y Oeste", siendo una única unidad, y que la tejavana de los demandados no está apoyada en la pared sino que simplemente está anclada o sujeta en uno o dos puntos a la misma, la parte apelante alega que no son convincentes los argumentos que contiene la sentencia recurrida, debiendo de aplicar la presunción de medianería el *art. 572.2 del Código Civil* o en su caso alguna de las *circunstancias contenidas en el art. 573 del Código Civil*.

Dicha impugnación genérica sin precisar la errónea valoración de la prueba y la indebida aplicación del signo favorable a la medianería, debe ser rechazado de plano. Es doctrina jurisprudencial la que hay que acudir al número y a la naturaleza de los signos favorables y opuestos a la medianería, así como a su significación en función de las circunstancias concurrentes, para determinar el carácter del muro. En este caso considera la Sala que únicamente se han señalado signos contrarios como el hecho de la construcción del mencionado muro en las paredes Norte y Oeste de la huerta de la actora, no sólo en la parte colindante con los apelantes, teniendo un mismo origen y unidad, por lo que se confirma el carácter privativo del muro.

#### D) COSTAS PROCESALES:

SEXTO.- La desestimación del presente recurso de apelación conlleva la imposición de las costas procesales causadas en esta alzada, a la parte apelante, de conformidad con el *art. 398.1º de la LECn*.

VISTOS los artículos citados y demás de legal 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 DON Marcial Y DOÑA Maribel, representados por la Procuradora Dña. Mercedes Arrese-Igor Lazkano, contra la sentencia dictada el 12 de junio de 2.008 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gernika-Lumo, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 554/05, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

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 leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 22 de junio de 2009, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.