

SAP de Bizkaia de 18 de abril de 1994

En Bilbao, a dieciocho de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados del margen los presentes autos de JUICIO DE COGNICION nº 23/93 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Bilbao y seguidos entre partes: Como APELANTE: D. JUAN Y D. JOSE y D. ALFONSO y Dña. ANA BEGOÑA, representado por la Procuradora SRA. RODRIGO Y VILLAR y dirigido por el Letrado SR. SAEZ DE CORTABARRIA, y como APELADA Dña. MARIA JOSE, representada por el Procurador SR. APALATEGUI CARASA y dirigido por el Letrado SR. ARROITA.

SE ACEPTAN y se dan 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 29 de Marzo de 1.993 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Rodrigo y Villar en nombre y representación de D. Juan, D. Jose, D. Alfonso y Dª. Ana Begoña, contra Dª. Mª Jose, debo absolver y absuelvo en la instancia a la segunda, condenando como condeno a los expresados demandantes al pago de las costas del juicio.

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de los Sres. APELANTES se interpuso en tiempo y en 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, compareciendo las partes por medio de sus procuradores ordenándose a la recepción de autos y personamientos efectuados la formación del presente Rollo al que correspondió el número 275/93 de Registro y que se sustanció con arreglo a las trámites de su clase.

Que a solicitud de la parte APELANTE se recibieron los autos a prueba en esta segunda instancia, declarándose la pertinencia de la pericial propuesta, que arrojó el resultado que obra en autos.

Que hecho el oportuno señalamiento y convocadas las partes para la vista del Recurso, se celebró este 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 estimen los pedimentos de la demanda.

La parte apelada solicitó del Tribunal una Sentencia en confirmación de la recurrida.

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

Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales (excepto en el plazo para dictar Sentencia por el número de asuntos que pende sobre la Sala).

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la 1ltma.Sra. Magistrado Da. ANA I. GUTIERREZ GEGUNDEZ.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Impugna la parte apelante la Sentencia recurrida considerando por los argumentos que explicitaba a) que no debía apreciarse la excepción de litis-consorcio pasivo necesario, b) en cuanto al procedimiento elegido, no ha sido precisado que la acción ejercitada exceda de los parámetros del Juicio de Cognición, y c) en cuanto al fondo y en razón de la prueba articulada que analizó, consideraba se debía acceder a la servidumbre por ser la única salida natural la planteada.

Solicitaba por los argumentos que esgrimía la parte apelada la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El examen de las actuaciones, y el análisis de las cuestiones jurídicas suscitadas llevan a la Sala a conclusiones absolutamente divergentes y distintas de las sostenidas por las partes, lo cual se pasa a fundamentar.

En primer lugar es necesario hacer referencia a la excepción de litis-consorcio pasivo necesario; se argumenta por la parte demandada Sra. M.^a Jose en que, Erandio, domicilio en el que residen desde siempre la Sra. M.^a Jose y su esposo el D. Ismael es Territorio Foral y sometido a la normativa de la Comunicación Foral y en tal sentido debió ser traído al procedimiento D. Ismael esposo de la Sra. M.^a Jose. Excepción que tras cumplida fundamentación, es aceptada por el Juzgador y combatida por la parte apelante, en el entendimiento, de que no está acreditado que en dicho matrimonio se rija el régimen patrimonial de comunicación y entre cónyuges D.^a M.^a Jose y D. Ismale y por otro lado en el entendimiento de que el régimen de Comunicación Foral formaría o tendría virtualidad, o en su caso, se consolida en el momento de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges con hijos o descendientes comunes.

Es necesario, si quiera, antes de comenzar a analizar la excepción, hacer unas referencias históricas necesarias para encuadrar los hechos en el ámbito a considerar. El día 28 de Enero de 1940 se produce en su parte fundamental los actos significativos de la anexión de Erandio a Bilbao, dicha anexión a Bilbao se hizo sin pérdida de la legislación foral, lo mismo que había sucedido con anterioridad, por ejemplo, cuando por Real Orden de 29 de Octubre de 1924 se agregaron a Bilbao una buena parte de la anteiglesia de Begoña y la anteiglesia de Deusto, que se hizo sin perjuicio de su legislación Civil, por lo que, conservaron la Ley Foral, y por ello con anterioridad a la compilación de Bizkaia del año 1959 la anteiglesia de Erandio conservó el Fuero. La compilación de Bizkaia de 1959, modificó el territorio foral en dos sentidos, y entre ellos, Erandio (además de Abando y Begoña) pierden su foralidad y por otro se amplía el Territorio Foral en cuanto a algunas villas, (Elorrio, Miravalles, Villaro adquieren tal condición). En este sentido interesa destacar (siguiendo al autor D. Adrián Celaya),

"Los vecinos de Erandio que contrajeron matrimonio antes de 1959, se rigen en cuanto al sistema de bienes por la Comunicación Foral..". Erandio perdió el Derecho Foral con la Compilación de 1959, por lo en ella dispuesto en el Art. 2 y la disposición transitoria 2", derecho Foral que no recuperó por su desanexión de Bilbao en 1983, en razón, de los citados preceptos, cosa que por contra sí sucedió con anteiglesias anexionadas posteriormente a la promulgación de la Compilación como Lujua, Sondica, Derio y ello por razón de lo dispuesto en el Art. 4" de la misma, en cuya virtud no se alteró el Derecho Civil aplicable en dichos territorios. Situación que puede estimarse modificada con la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco 13 de Julio de 1992.

Hecha la anterior salvedad histórica resulta probado que D. Ismael nació según la certificación de matrimonio en Bilbao el día 7 de Septiembre de 1947, datos que salvo en el día corrobora el Ayuntamiento de Erandio, Dña. Maria Josefa nació el día 21 de Noviembre de 1947 en Erandio, y ambos contrajeron matrimonio el día 16 de Octubre de 1976; Existe por tanto un doble motivo para estimar que el matrimonio se rige por el sistema establecido en el Derecho común, primero, porque al momento de contraerlo el esposo tenía vecindad de Derecho común (Bilbao) y además la esposa, era ciudadana y residente en Erandio, que a la fecha de contraer matrimonio era territorio sometido a Derecho común, si tenemos en cuenta, que los efectos del matrimonio se rigen por la Ley personal Común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, y por ello en principio sometido al régimen genérico de ganancialidad, persistente, entendemos, al no haberse modificado, estos efectos, ni sometido las partes mediante las oportunas capitulaciones a un régimen diverso.

Es por ello que entiende la Sala, en plena congruencia con el Registro de la Propiedad sólo aparece la D^a. M^a Jose como titular de la finca y al amparo de lo dispuesto en el Art. 1346/2 del Código Civil.

Todo lo expresado conduce al entendimiento de la Sala, desde luego sin prejuzgar, y a los Únicos y exclusivos efectos de resolver la excepción de litis-consorcio pasivo necesario planteada, de la condición de ganancialidad del Régimen patrimonial matrimonial concurrente en el matrimonio de M^a. Jose e Ismael, y en su relación y a tales efectos del carácter de bien privativo de la esposa de la finca , y por ende la innecesariedad de la llamada al pleito del D. Ismael, siendo la D^a. M^a Jose en su concurrencia suficiente a la valida conformación de la relación jurídico-procesal.

Por lo expuesto, procede en el ámbito expresado la desestimación de la excepción de litis-consorcio pasivo necesario expresado.

Ahora bien, la Sala, examinado el ámbito de la pretensión y las pruebas practicadas, no puede pasar por alto algo que especificó el Sr. Perito, y que a la vista de los planos cabe deducir y es que el camino que se pretende como salida a un camino público, en definitiva a la calle Mezo de Astrabudua, el mismo da un quiebro, que el camino de servidumbre pretendido determina en posterior anexión, con el que continua y atraviesa la finca de la demandada, vista la manifestación del perito 6^a aclaración , el informe del mismo en cuanto se refiere a las consideraciones respecto del estado del camino en el año 1.990, camino (que aun cuando en el Registro de la Propiedad se califica de carretil para uso de heredades), del cual no se ha conseguido una feheciencia y con seguridad probatoria debida en su consideración de público, y que a priori está claro pasa por una finca que pertenece a propietarios distintos de la aquí demandada , es por ello que en aras, de evitar indefensión posible, y teniendo en cuenta la necesidad de interpretar

restrictivamente la servidumbre forzosa de paso del Art. 564 del Código Civil, estima en conciencia esta Sala, que cuando menos cautelarmente, deben ser traídos y a los efectos del establecimiento de la servidumbre los propietarios de la finca contigua a la de la Sra. Aguirre por donde transcurre el resto del camino, a cuya salida pública, en última instancia calle Mezo, se pretende, dado que no ha quedado a juicio de la Sala, en conciencia y dentro de las humanas ciencias, que tal camino puede ser conceptuado mas allá de toda duda razonable como de salida o carácter público, y si indudablemente que dicho camino atraviesa finca distinta de la demandada, y dado que indudablemente en su conformación pudiera verse gravada, entendemos que a través del mecanismo del litis-consorcio y en este sentido estimado, ha de rechazarse la presente demanda.

TERCERO.- En cuanto a las costas habida cuenta de lo aquí precisado, teniendo en cuenta todos las circunstancias no procede hacer expresa condena en costas respecto de las de la alzada.

VISTOS los artículos 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 DESESTIMAMOS la apelación formulada por la representación de los Sres. APELANTES y contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 9 de Bilbao de fecha 29 de Marzo de 1.993 en Autos de Juicio de Cognición nº 23/93 y CONFIRMAMOS por lo aquí especificado dicha resolución todo ello sin expresa condena en costas a los apelantes.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia a la que se unirá certificación al Rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

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/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.