

SAP de Bizkaia de 2 de junio de 2014

En Bilbao (BIZKAIA), a dos de junio de dos mil catorce.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 934/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Bilbao, a instancia de **D^a Eloisa** apelante - demandante, representada por el Procurador Sr. FCO. DE BORJA FERNÁNDEZ LECUONA y defendida por el Letrado Sr. JUAN MARIA MENDIZABAL GOIRIGOLZARRI, contra **D. Victoriano y D^a Mariana** apelados - demandados, representados por el Procurador Sr. GERMAN APALATEGUI CARASA y defendidos por la Letrada Sra. ZORIONE APERRIBAI IBARROLA y **Sacramento** allanada a la demanda; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 26 de julio de 2013.

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 26 de julio de 2013 es del tenor literal siguiente:

"FALLO:

Estimando parcialmente la demandante presentada por el Procurador Sr. Fernández Lecuona en nombre y representación de Dña. Eloisa contra Dña. Sacramento, Dña. Mariana y D. Victoriano:

1) Declaro a Dña. Eloisa como legítima propietaria de la superficie de terreno de 164,18 m2 que se halla dentro de los linderos marcados en los planos gráficos del informe pericial que se acompaña a la demanda, de medición actualizada de su finca sita en el BARRIO000 nº NUM000 de la anteiglesia de Derio, y que excede de la superficie expresada en la inscripción de dicha finca en el Registro de la Propiedad nº 10 de Bilbao, finca NUM001, folio NUM002 del libro NUM003 de Derio, tomo NUM004, inscripción 1ª, declarando que la superficie total de dicha finca es de 1.200,18 m2.

2) Condono a Dña. Sacramento a estar y pasar por la anterior declaración.

3) Absuelvo a Dña. Mariana y a D. Victoriano de todos los pedimentos contenidos en la demanda.

4) Condeno a la demandante, Dña. Eloisa, al pago de las costas causadas a la Sra. Mariana y al Sr. Victoriano, sin pronunciamiento en cuanto al resto."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la **demandante**, 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 657/14 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 la 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 **Dª REYES CASTRESANA GARCÍA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO: Para resolver la presente alzada debemos de tener en consideración lo siguiente:

I.- La actora Dña. Eloisa es titular de la finca registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad de Bilbao, (tras traslado de la nº NUM005 del Registro de la Propiedad de Gernika), descrita como trozo de terreno en la jurisdicción de Derio, que mide una superficie de 1.036 metros cuadrados, y, linda al Norte, camino que le separa de la propiedad del señor Joaquín, por Sur, con la Don. Joaquín, por Este, con la del indicado Don Joaquín y en parte con camino que le separa de dicha propiedad, y, por el Oeste, con camino o sendero a Luaga/erdico, que le separa de la propiedad de D. Severiano. Sobre parte del mismo existe una casa conocida con el nombre de " DIRECCION000 ", en el BARRIO001, de Derio, que mide una superficie de 135 metros cuadrados y linda por todos sus lados con terreno propio. Es dueña en virtud de título de herencia de 29 de diciembre de 1988 <doc. nº 3 de la demanda a los folios 107 y ss de autos> Hoy constituye la casa nº NUM000 del BARRIO000 de Derio.

Además la actora Dña. Eloisa adquirió de Dña. Sacramento, por escritura pública de 19 de julio de 1990 de segregación y compraventa a arrendatario de finca rústica en acceso de la propiedad, las parcelas de terreno descritas en los apartados A) (finca registral nº NUM006), B), C), G) y H) del plano emitido en Galdakao en octubre de 1988, aportado junto con la escritura pública en el que se observa la delimitación de la "Parcela propiedad del Sr. Fidel " (el esposo de la actora) que mide 1.212,89 metros cuadrados, y

la de la "Parcela propiedad del Sr. Severiano " que también tiene 1.212,89 metros cuadrados.<doc. nº 18 a 21 de la demanda a los folios 138 y ss de autos>

El prado señalado como parcela A) tiene una superficie de 32.670 metros cuadrados, y constituye la finca registral nº NUM006 de Derio del Registro de la Propiedad de Bilbao.

II.- Los demandados Dña. Mariana y D. Victoriano son propietarios por título de compra de 16 de septiembre de 2008, a los herederos o causahabientes de D. Severiano, de la finca registral nº NUM007 del Registro de la Propiedad de Gernika, descrita como terreno sito en Derio, que mide una superficie de 1.093,29 metros cuadrados, y, linda al Sur, con resto de la finca de donde se segrega, al Norte, con camino que le separa del a propiedad del señor Jose Manuel, Este, con camino o sendero a Luaga-erdico que le separa de la propiedad del señor D. Ángel Daniel, y Oeste, camino vecinal, sobre el que existe casa llamada "

DIRECCION001 " con su establo y anexos a esta clase de construcciones, que tiene una superficie en planta de 202,45 metros cuadrados, de los cuales 134,40 metros cuadrados ocupa el establo y el resto de 78 metros cuadrados la casa vivienda, lindado por todos los lados con terreno propio <doc. nº 5 de la demanda al folio 102 de autos>. Hoy es la casa nº NUM008 del BARRIO000 de Derio.

Los demandados han efectuado en los años 201º/11 obras de renovación y acondicionamiento de su caserío consistentes, en lo que aquí interesa, en la reconstrucción completa de cubierta; en la renovación del txoko, manteniendo la ubicación de los cierres, así como el cerrado del porche existente en el lado norte de la edificación donde se ha ubicado el garaje, precisando que los pilares existentes en el cerramiento del txoko,

son absorbidos por el nuevo cerramiento y se da continuidad a esta línea, que se completa con el garaje en el extremo noroeste; en la construcción de un leñero adosado; en el levantamiento de un murete de mampostería y en un nuevo asfaltado de terreno desde el camino vecinal de Galbarriatu a Loaga.

III.- Las fincas registrales nº NUM005 de la actora (hoy NUM001 del Registro de la Propiedad de Bilbao) y la nº NUM007 de los demandados fueron segregaciones de la finca matriz NUM009 del antiguo DIRECCION000, efectuada por D. Joaquín mediante título de segregación y venta a los hermanos D. Ángel Daniel la finca registral nº NUM005 - y D. Severiano la finca registral nº NUM007 -, el 29 de enero de 1955.

Se acompaña plano gráfico datado en Diciembre de 1954, en el que quedan delimitadas la parcelas nº NUM010 de D. Ángel Daniel y la nº NUM011 de D. Severiano, con la misma superficie registral, y representándose en dicho plano el "Proyecto de variación del camino vecinal", hoy camino vecinal de Galbarriatu a Loaga, así como un lateral "Camino de Servicio", que nunca existió o bien desapareció por desuso, y "Nuevo

sendero a Luaga erdico", que separaría ambas parcelas de los hermanos Ángel Daniel Severiano <doc. nº 16 y 17 de la demanda>

IV.- La demandada Dña. Sacramento es titular de finca resultante nº NUM009 tras la segregaciones anteriores, como resto de pertenecidos del antiguo DIRECCION000, que mide una superficie, después de las segregaciones efectuadas de 117.520 metros cuadrados, y, linda al Norte, con parcela segregada y terreno Don. Fidel, Sur, con terrenos de hermanos Jose Miguel, Este, riachuelo, y, Oeste, carretera Santo Domingo desde la que se accede a la finca segregada y Montes de Zamudio <doc. nº 67 de la demanda a los folios 218 y ss de autos>, en virtud de herencia de su padre D. Cecilio.

V.- La actora Dña. Eloisa interpone demanda acumulando cuatro principales acciones declarativas contra los demandados Dña. Mariana y D. Victoriano (propietarios de la finca segregada nº NUM007) y/o contra D. Sacramento (dueña de la finca resultante nº NUM009 tras segregaciones):

1º.- La declarativa de dominio de un terreno de 164,18 metros cuadrados, que se halla dentro de los linderos marcados en los planos gráficos del informe pericial acompañado con la demanda <doc. nº 65 de la demanda, a los folios 197 y ss de autos>, y que excede de la superficie expresada en la inscripción de la finca registral nº NUM001, declarando que la superficie total de dicha finca es de 1.200,18 metros cuadrados. (Apartados 1 y 2 del Suplico)

2º.- La confesoria de servidumbre de paso, por prescripción adquisitiva, a favor de la finca registral nº NUM001 (antes finca registral NUM005 del Registro de Gernika) y de la parcela de terreno contigua de prado también propiedad de la demandante registrada como finca nº NUM006, por la finca registral nº NUM007 de los demandados Dña. Mariana y D. Victoriano, a través del camino con ancho variable cuyo trazado se expresa en los planos gráficos que se acompañan como documento nº 20 de la demanda, que es el plano de Octubre de 1988 adverado por diligencias notarial con fecha 21 de agosto de 1990 (Apartado 3 del Suplico de la demanda)

3º.- Otra acción confesoria de servidumbre de paso, por prescripción adquisitiva, a favor de las mismas fincas de la actora, con una anchura actualizada de 1,75 metros, en toda la longitud y al otro lado del lindero Sur-Oeste de la finca nº NUM001 de la actora (antes nº NUM005), señalado entre los mojones 1 y 3 de los planos que forman el informe pericial aportados como documento nº 65 de la demanda. Esta servidumbre de paso de 1,75 metros de anchura se distribuye en paralelo sobre una franja de 0,60 metros de anchura al otro lado del mencionado lindero, para el caso de que el dominio de esa franja fuere reclamado por la Sra. Sacramento y/o no se hubiese usucapido a favor de los demandados Sra. Mariana y Sr. Victoriano, y la restante anchura hasta las 1,75 metros sobre la finca propiedad de estos últimos. Subsidiariamente, si la Sra. Sacramento se conforma con la usucapión consumada de dominio de dicha franja de 0,60 metros de ancho, se declare la existencia de la misma servidumbre de paso en toda su longitud y anchura sobre la finca de los demandados Sra. Mariana y Sr. Victoriano. (Apartados 4 a 7 del Suplico de la demanda).

4º.- Una acción de condena de hacer de los demandados Dña. Mariana y D. Victoriano al derribo de los elementos que han construido dentro del espacio de las servidumbres de paso, consistentes en: 1) La mitad del murete de mampostería; 2) Una de las esquinas de la fachada N.O. del edificio o añadido; 3) El pilar de la esquina N.O. de la fachada del leñero o garaje; y 4) El cuerpo saliente construido en la esquina N.E del leñero o garaje; y restituyendo la parte dañada del espacio asfaltado del camino de servidumbre al estado en que se hallaba antes de tales obras. (Apartado 8 del Suplico de la demanda)

5º.- La negatoria de servidumbre de paso de la finca registral nº NUM001 de los actores a favor de la finca nº NUM007 de los demandados, al no estar gravada con servidumbre de paso alguna ante la invasión del terreno al entrar y salir el vehículo de los demandados del nuevo garaje (Apartado 9 del Suplico de la demanda).

VI.- La sentencia de instancia estima únicamente la pretensión de dominio contra la codemandada Dña. Sacramento, que se ha allanado a las pretensiones contra ellas deducidas, en lo referente a la diferencia de superficie de la finca de la demandante entre la medida que consta en el informe pericial de 1.200,18 metros cuadrados <doc. nº 65 de la demanda, del plano nº 3 al folio 214 de autos, en relación con el plano nº 6 al folio 323 de autos, que contiene el recinto perimetral en color azul superpuesto al plano de Diciembre de 1954> y la superficie registral de NUM012 metros cuadrados, y que afecta a la finca matriz nº NUM009 porque comprende parte del "Camino de Servicio" y del "Sendero nuevo a Luaga erdino".

Y desestima el resto de acciones ejercitadas en los términos que vamos reproducir a continuación, cuando analicemos cada uno de los motivos de apelación formulados por la actora Dña. Eloisa. **SEGUNDO.- CONFESORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO A FAVOR DE LA FINCA Nº NUM001 DE LA ACTORA Y A CARGO DE LA FINCA Nº NUM007 DE LOS DEMANDADOS DESDE EL CAMINO PÚBLICO DE GALBARRIATU A LOAGA (APARTADO 3 DEL SUPLICO DE LA DEMANDA):**

I.- En esta alzada la actora Sra. Eloisa reproduce la acción confesoria de servidumbre de paso a favor de las fincas nº NUM001 (antes nº NUM005) y nº NUM006 (pertenecido A), gravando la finca nº NUM007 de los demandados, a través de camino de ancho variable cuyo trazado se expresa en los planos gráficos de octubre de 1988 <doc. nº 20-21 de la demanda>, eproducido en el plano nº 2 del informe pericial <folio 213 de autos>.

A ello se opusieron los demandados Sra. Mariana y Sr. Victoriano, aferrándose a que "Camino de servicio" de 3 metros de ancho constituye el acceso a la finca nº NUM005 de la actora, que transcurre fuera de la parcelas de los litigantes y sobre la finca matriz NUM009, según el plano de Diciembre de 1954 <documentos 16-17 de la demanda>. El paso a la finca de la actora utilizando el acceso privativo y propio de la finca de los demandados lo es por mera tolerancia y aquiescencia, sin que ostente derecho de servidumbre alguno. El trazado de asfaltado que discurre por su propiedad y sobre el que de adverso se solicita la declaración de servidumbre, de conformidad con el plano

de Octubre de 1988 <plano n° 2 del informe pericial al folio 213 de autos> no es coincidente con el asfaltado existente a partir del año 2008 <plano 1 del informe pericial al folio 212 de autos>, además de que en la elaboración del plano de 1988 solo intervinieron la actora y la Sra. Sacramento, pero no los causahabientes de la casa n° NUM008, por lo que dicho plano no les obliga ni les vincula.

Para rechazar esta confesoria de servidumbre la Magistrada a quo hace hincapié en la solicitud presentada por la hija de la actora, Dña. Amalia para la revisión del proyecto y rectificación de la licencia de obras concedida para la reforma del caserío de los demandados, defendiendo la existencia de un camino público desde 1954, como se refleja en su escrito de 19 de agosto de 2011 <folios 170 de autos>. Desestima la acción confesoria de servidumbre de paso porque solo puede ejercitarse sobre fundos de dominio privado y no sobre vías públicas, es decir, falta del "animus iure servitutis re utendi", sin perjuicio del uso y utilización de dicho camino que realiza y ha realizado para el acceso a su finca por mera tolerancia de los propietarios del predio sirviente.

II.- El recurso de apelación debe ser estimado.

1º.- Es cierto que en el plano gráfico privado de Diciembre de 1954, cuando se segregaron las fincas de D. Ángel Daniel y D. Severiano, aparece "Camino de Servicio" en el lateral de ambas fincas de 3 metros de ancho, que enlaza con el camino vecinal de Galbarriatu a Loaga. Sin embargo, el mismo no se registró como servidumbre a favor de los precios dominantes de las nuevas fincas registrales n° NUM005 y NUM007, y como predio sirviente el resto de la finca matriz (finca n° NUM009). Damos importancia a que en el plano de Octubre de 1988, adjunto a la escritura pública entre la actora y la descendiente del vendedor de las parcelas afectadas en este proceso, desaparece dicho "Camino de Servicio"

La Perito Topógrafo Dña. Miriam ha informado en el sentido de que "El acceso no se realizó según el camino de servicio planteado en el plano de 1954, que actualmente se encuentra absorbido dentro de los terrenos de ambas casas, como se observa en el plano n° 6 <folios 321 y 323 de autos>. El acceso utilizado por lo menos desde 1988 responde al indicado en el plano n° 9 de dicho dictamen <folios 326 de autos>.

También está acreditado que el camino hoy asfaltado es diferente al del plano de 1988, como se refleja en el plano 8 sobre el estado actual de acceso a la parcela n° NUM008 desde camino público <folio 325 de autos>, ocupando una superficie inferior de la parcela de los demandados <valoraciones al respecto a los folios 319 a 321 de autos>

En conclusión, dicho camino de servicio nunca existió físicamente, sin que exista trinchera o zanja en la cuneta que indicase que alguna vez se hubiera roturado el camino en ella, máxime cuando está ubicado en una fuerte pendiente, teniendo el inconveniente de la orografía del lugar.

2º.- Este Tribunal tiene por acreditado que el acceso a la finca de la actora siempre ha sido por la finca de los demandados Sra. Mariana y Sr. Victoriano (finca n° NUM007),

es decir, desde que se segregaron ambas parcelas en enero de 1955 el único paso que tiene la finca de la actora, para entrar o salir de ella desde el camino vecinal público de Galbarriatu a Loaga, es a través de la propiedad de los demandados, y que se reforzó cuando la demandante también adquirió en 1990 las parcelas de prado o monte que venía explotando como arrendataria a la Sra. Sacramento.

3º.- No discutiéndose que es de aplicación la legislación civil foral vasca, debemos atenernos a lo Dispuesto en el Título VI del Libro Primero regulador de las servidumbres de paso (arts. 128 y de la de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral Vasco), y en su defecto al Código Civil dado su carácter supletorio (art. 3 de dicha Ley Foral.

Si ello es así, el art. 128 de la Ley 3/1992 reconoce la posibilidad de su adquisición en virtud de título y por prescripción de veinte años, solucionando la Disposición Transitoria Cuarta los problemas de Derecho Transitorio al establecer que "la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta Ley aprovechará al poseedor a efectos su adquisición por prescripción."

Sentado que se puede adquirir por prescripción, y que tanto doctrina como jurisprudencia la califican como positiva, ello implica que el plazo para ello deberá contarse desde el día en que el dueño del predio dominante o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente.

Posesión que lo será en concepto de dueño (esto es de titular no de la finca sino de un derecho real de servidumbre), pública, pacífica y no interrumpida, debiendo tenerse en cuenta que la simple detentación de una cosa o el ejercicio o disfrute de hecho de un derecho real sobre ella por mera tolerancia de su dueño no puede beneficiar a quien la ejercita a los efectos de usucapión (art. 444 y 447 en relación con el art. 1.941 y 1.942 del Códioig Civil).".

De lo hasta ahora razonado se infiere que, sin olvidar que la propiedad se presume libre de cargas y gravámenes y que le corresponde al que pretende ser titular de un derecho que limita la propiedad ajena, acreditar su realidad, la dificultad en un supuesto como el presente es determinar si el paso, que es obvio que no se ha cuestionado, que la actora realiza a través del camino asfaltado que partiendo del camino vecinal de Galbarriatu a Loagas pasa por la finca de los demandados hasta llegar a las de su titularidad, es un acto meramente tolerado por los demandados, o se realiza por entender la actora que a favor de su propiedad, caserío y pertenecidos (predio dominante) existe un derecho real de servidumbre y como tal realizan actos de posesión (animus y corpus possedendi), entendiendo esta Sala que ello es así y que estamos ante algo más que la mera tolerancia de los hoy apelados.

Efectivamente, este acceso a través de la finca de los demandados es el único que ha existido desde la segregación de las fincas en 1955, ante la inexistencia del reflejado inicialmente en el plano de 1954, cuyo proyecto no tuvo viabilidad ni física ni registral. El único acceso desde el camino vecinal, lo ha sido siempre por la finca de los

demandados, máxime cuando inicialmente ambas parcelas fueron vendidas a los hermanos D. Ángel Daniel y D. Severiano. Este acceso continuo y permanente ha estado facilitado mediante el asfaltado del terreno, como ya se refleja en el plano de Octubre de 1988. No consta oposición alguna de los demandados al paso de la actora a su casa y terrenos de su propiedad en todos estos últimos años.

De lo hasta ahora razonado cabe colegir que los causahabientes de la actora desde la compra de terreno y construcción de su caserío en 1955 han accedido a su propiedad de una manera pacífica e ininterrumpida, sin oposición alguna a través de la propiedad de los demandados, han realizado verdaderos actos de posesión de un derecho real de servidumbre que con el transcurso del plazo de 20 años que prevé el art. 128 de la Ley Civil Foral Vasca, determinado la adquisición real del tal derecho.

Por tanto no nos encontramos ante actos meramente tolerados, sino frente al hecho de que la actora y sus antepasados, de forma pública y pacífica y desde hace tiempo, pasaban y pasan por la finca nº NUM007 sobre la base de ser titulares de una servidumbre. Estamos ante actos posesorios duraderos, prolongados en el tiempo, y no meramente actos esporádicos de servicio de la cosa ajena, excluyen la mera tolerancia por la antigüedad y frecuencia del paso.

4º.- No cabe alegar la falta del " animus iure servitutis re utendi " en base a que actora estaba en la creencia de que usaba un camino público, cuando ello no es cierto.

No sirve de obstáculo alguno a la prosperidad de esta acción ejercitada el escrito presentado ante el Ayuntamiento de Derio el 19 de agosto de 2011 por Dña. Amalia alegando que "dicho camino de acceso a su finca es público" <doc. nº 49 de la demanda, al folio 170 de autos>, puesto que no se trata de una manifestación incorrecta atendiendo a los informes del Ayuntamiento negando que dicho camino de entrada la propiedad de la actora sea público y sin que sea competente para pronunciarse sobre la titularidad del acceso <doc. nº 50 y 53 de la demanda a los folios 171 a 178 de autos> La manifestación vertida por Dña. Amalia resulta ineficaz para declarar que el ramal o camino de acceso a la finca de la actora sea jurídica y efectivamente de dominio público, sin que sea de aplicación la doctrina jurisprudencial de los actos propios.

5º.- En consecuencia, declaramos que la finca registral nº NUM001, propiedad de la actora y que colinda con los pertenecidos adquiridos en 1990, entre ellas, la finca registral nº NUM006 señalada con la letra A) del plano de octubre e 1988, tiene a su favor una servidumbre de paso sobre la finca registral nº NUM007 de los demandados Sra. Mariana y Sr. Victoriano, que transcurre desde el camino vecinal de Galbarriatu a Loaga.

En cuanto a las características de dicha servidumbre, sus dimensiones y trazado, a falta de mayores precisiones atendiendo al suplico de la demanda se considera que es suficiente se pase por la zona actualmente asfaltada de la finca de los demandados, que se refleja en el plano nº 8 del informe pericial <folio 325 de autos>, al considerar que basta para atender las necesidades de la propiedad de la actora, aun cuando se haya

modificado su configuración en el año 2008, al ocupar 148,6 metros frente a la zona asfaltada anterior al año 2008 de 185,6 metros cuadrados que se refleja en el plano 9 <folio 326 de autos>

TERCERO.- OTRA CONFESORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO A FAVOR DE LA FINCA N° NUM001 (ANTES N° NUM005) DE LA ACTORA Y A CARGO DE LA FINCA N° NUM007 DE LOS DEMANDADOS (APARTADOS 4° A 7° DEL SUPPLICO DE LA DEMANDA):

I.- Teniendo con consideración que el espacio denominado "Nuevo sendero a Luaga erdico" era el lindero común intermedio entre las fincas segregadas de los hermanos D. Ángel Daniel y D. Severiano, debemos precisar que ha quedado firme la declaración de dominio de la actora del terreno comprendido en toda su longitud y con una anchura en 0,60 metros a lo largo de todo el eje del mismo, que representa la mitad de espacio señalado como "Nuevo Sendero a Luaga erdiko", que según la escala del mencionado plano tenía 1,20 metros de ancho (anchura de 4mm en plano con escala 1:300).

Vuelve la demandante Sra. Eloisa a solicitar la revocación de la sentencia de instancia para que se acoja la otra acción confesoria de servidumbre de paso, por prescripción adquisitiva consumada a favor de fincas n° NUM001 y NUM006 de su propiedad, con una anchura de 1,75 metros en toda su longitud y en el lindero Sur-Oeste de su finca n° NUM001, en el lugar en que estaba aquel "sendero nuevo a Luaga erdico".

Alega la necesidad de una servidumbre de paso de anchura de 3,50 metros para la exploración agrícola y ganadera de las fincas, paso de tractores y maquinaria agrícola, al amparo de los artículos 128 y 129 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, atendiendo a las necesidades del predio dominante al haber sido usado por su familia de modo habitual, aparente y continuado, desde 1954, y, subsidiariamente con una anchura de 1,15 metros atendiendo la distancia habida entre las dos edificaciones, en virtud del plano n° 7 del informe pericial <folio 324 de autos>

La sentencia de instancia refleja que la parte actora ni siquiera conoce si la otra mitad del "Sendero nuevo a Luaga erdico" es de la finca matriz o es propiedad de los demandados Sra. Mariana y Sr. Victoriano por usucapión de dominio <línea azul continua del plano n° 7 al folio 324 de autos>, y, por lo tanto, rechaza el allanamiento de la Sra. Sacramento en cuanto puede perjudicar a terceros. Sigue diciembre que no constando acreditada la titularidad de la franja de 0,60 metros de anchura a lo largo de todo el eje representado por la unión de los mojones 1 y 3 de los planos contenidos en el dictamen pericial, y toda vez que la servidumbre de paso debe dirigirse contra el dueño el predio sirviente, no procede la acción confesoria de servidumbre de paso. A este motivo de rechazo se añade que la demandante en modo alguno ha acreditado que ha poseído y utilizado dicho camino durante el plazo de veinte años que niegan los demandados- necesarios para adquirir el derecho de servidumbre por prescripción adquisitiva. Y, por último, que en ningún caso es admisible su pretensión de que dicha servidumbre sea de 1,75 metros de anchura sobre la finca NUM007 (3,50 metros en

total) porque está más que probado que la distancia máxima que ha existido en el punto más angosto de las dos edificaciones es de 2,71 metros.

Contra este pronunciamiento recurre la actora interesando la servidumbre de paso sobre la finca de los demandados en la ubicación y extensión que se concretan en el plano gráfico nº 7 del informe pericial <folios 324>. En primer lugar reprueba a la Magistrada a quo el vacío en torno a la titularidad del dominio sobre una parte de la franja de terreno (0,60 metros del eje central del llamado "sendero nuevo a Luaga erdico"), y sobre el que se pretende se declara la servidumbre de paso con anchura de 1,75 o 1,15 metros por usucapión, al haber dirigido su pretensiones contra ambas partes demandadas por lo que si se considera que esa franja sigue siendo propiedad de la Sra. Sacramento, se ha allanado a que sobre tal franja se declare la servidumbre de paso o al menos sobre la franja de 0,60 metros, y si se considera que dicha franja ha sido usucapida por los otros demandados se ha ganado la misma servidumbre de paso a favor de las fincas nº NUM001 y NUM006 a tenor del art. 128 de Derecho Civil Foral del País Vasco.

II.- Debemos confirmar la desestimación de esta confesoria de servidumbre de paso entre las fincas de los litigantes en una extensión de 1,75 metros o subsidiariamente de 1,15 metros, con independencia tanto de la titularidad dominical de esta franja de terreno de 0,60 metros (la mitad de la primitiva anchura de "sendero nuevo a Luaga Erdico") -siendo que los otros 0,60 metros no cabe duda que son de la propiedad de la actora, en virtud del fallo contenido en la sentencia de instancia, que ha sido consentido por todas las partes-, como de la procedencia o no de la ampliación de la anchura de la servidumbre de paso en atención a las necesidades el precio dominante.

Sin entrar en sendas cuestiones innecesarias, basta argumentar que no prospera esta acción confesoria de servidumbre, porque no se ha acreditado dicho paso, ante la negativa de los demandados, en el sentido de que la actora y sus antepasados nunca han pasado ni por los 1,75 metros ni por los 1,15 metros ni tampoco por una superficie menor situada entre el eje de unión entre los mojones 1 y 3 y la casa nº NUM008 de los demandados, a diferencia del anterior acceso desde el camino vecinal de Galbarriatu a Loaga.

Nadie discute que la familia de la Sra. Eloisa se dedican o se han dedicado a actividades agrícolas y ganaderas y que tiene invernaderos en parcela A) (finca registral nº NUM006), explotada primero como arrendataria y luego como propietaria desde el año 1990, pero lo que no ha quedado demostrado en las presentes actuaciones es que la actora y sus ancestros han pasado por dicha franja de terreno, atendiendo a que la distancia mínima entre edificaciones es de 2.71 metros.

Téngase en consideración que la finca o parcela A tiene acceso por camino asfaltado que bordea la casa de la actora y continua por el que se denomina camino particular en el plano de Octubre de 1988 <folio 324 de autos>. Es decir dicha finca designada como A) es colindante a la finca nº NUM001 de la actora, desde la que puede acceder

directamente por la parte trasera y lateral de dicha finca sin necesidad de pasar entre las propiedades de los litigantes.

Basta decir, que la sentencia recurrida no tiene por acreditado dicho paso cuya usucapión se pretende y en el recurso de apelación, pese a lo extenso de los argumentos vertidos respecto de este petitum que va del hecho octavo al undécimo (páginas 50 a 88 del recurso) ni siquiera se alegan motivos de impugnación en torno a la valoración del material probatorio para convencer de la concurrencia de este paso por dicha porción de terreno, cuya carga probatoria incumbía a la parte actora.

CUARTO.- CONDENA DE DEMOLICIÓN DE LOS NUEVOS ELEMENTOS CONSTRUCTIVOS DE LA CASA N° NUM008 DE LOS DEMANDADOS DENTRO DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO:

I.- La demandante pretende la demolición de los elementos de la casa de la Sra. Mariana y Sr. Victoriano porque considera que han invadido el espacio de las servidumbres de paso que ya preexistían, y que son 1) la mitad del murete de mampostería, 2) una de las esquinas de la fachada N.O. del edificio o añadido, 3) el pilar de la esquina N.O. de la fachada del leñero o garaje y 4) el cuerpo saliente construido en la esquina N.E. del leñero o garaje. A ello se opusieron los demandados alegando que no han causado ningún perjuicio a la actora porque el paso que ha venido realizando la actora por mera tolerancia antes de las obras ejecutadas lo pueden seguir realizando. Las obras han sido de conservación de la casa, precisando que: la construcción del leñero adosado al ángulo de la fachada no ha perturbado el paso del camino asfaltado; la construcción del murete mampostería no invade el camino asfaltado según consta en el plano n° 1 del dictamen pericial sobre situación actual <folio 212 de autos>; el tema de las esquinas de la fachada NO del edificio o añadido se refiere al leñero que no invade el asfalto; y el pilar del nuevo leñero o garaje está en el mismo sitio en el que terminaba la edificación antes de las obras de conservación.

La Magistrada de instancia desestima dicha pretensión, sin necesidad de entrar en el tema de las obras, porque no han prosperado las acciones confesorias de servidumbre ejercitadas por la demandante, y en consecuencia no es de aplicación lo establecido supletoriamente en el art. 545 del Código Civil.

Contra la misma muestra su disconformidad la apelante impugnando la eficacia probatoria otorgada al dictamen pericial del Arquitecto D. Felicísimo, propuesto por la parte contraria, <folios 334 y ss> y defendiendo que los elementos constructivos que especifica en su demanda invaden las servidumbre de paso a su favor, apoyándose en los planos n° 7 y 9 del dictamen pericial topográfico aportado a su instancia <folios 324 y 326> y en la interpretación de lo que se debe ver en las fotografías aportadas con los n° 38 a 45 de la demanda <folios 158 a 165 de autos>

II.- Tampoco acogemos estas manifestaciones vertidas por la parte apelante.

Al amparo del art. 545 Código Civil el dueño del precio sirviente no puede menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida, lo que debemos examinar si se ha producido este alegado menoscabo únicamente respecto de la servidumbre de paso desde el camino vecinal de Galbarriatu a Loaga hasta la propiedad de la actora Sra. Eloisa, por la zona actualmente asfaltada que se refleja en el plano nº 8 de la demanda <folio 325 de autos>, al haber sido revocada en este punto la sentencia de primera instancia. Es decir, ateniendo a la situación actual del terreno asfaltado y no la previamente existente en el plano de Octubre de 1988, como pretende equivocadamente la apelante.

Por el contrario, mantenemos la sentencia en cuanto al rechazo ad initio de esta pretensión fundada en el art 545 del Código Civil al no reconocerse servidumbre de paso alguna de la actora por la franja de terreno que media entre ambas construcciones y a que nos hemos referido en el anterior Fundamento de Derecho Tercero.

A tales efectos y para resolver si ha habido algún menoscabo en la servidumbre de paso reconocida en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, debemos analizar el material fotográfico aportado a autos, en unión de los informes periciales obrantes en autos, el topográfico emitido por Dña. Miriam, y el constructivo a instancia del Arquitecto autor del proyecto y dirección de las obras de los demandados, destacando del mismo el plano nº 3 sobre estado de la edificación antes de obra <folio 338> y el nº 5 sobre estado después de las obras <folio 340>.

Otorgamos eficacia probatoria al dictamen pericial del Arquitecto D. Felicísimo, autor del proyecto y director de las obras de rehabilitación del casa de los demandados, porque no por estar incursos en causa de tacha su informes y/o declaraciones dejan de tener eficacia probatoria, atendiendo a que "el tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción al momento de valorar la prueba" (artículo 344.2 de la LEC), en relación con la debilidad que las causas de tacha atribuyen a su informe pericial y al resto del material probatoria desplegado en autos, siendo que es la persona adecuada para informar sobre las obras de rehabilitación efectuadas. Adviértase que por la parte apelante no se ha sido puesto en tela de juicio los contenidos de este dictamen pericial mediante la elaboración de cualesquiera otros informe técnicos que contradiga o desvirtúe el contenido del aquel.

Se ha corroborado que se ha renovado parte del txoko manteniendo la ubicación de los cierres, así como se ha cerrado del porche existente en la lado norte de la edificación, donde se ha ubicado el garaje, siendo que los pilares existentes en el cerramiento del txoko representados en el plano 3, con tres marcas son absorbidos por el nuevo cerramiento, y dando continuidad a esta línea se completa con el garaje en el extremo Noroeste, además de la modificación de que se incluye un leñero en el rincón que se crea en el garaje y el cierre de mampostería del caserío <folio 339 de autos>

En su consecuencia, y haciendo estimado la servidumbre de paso atendiendo al plano nº 8 del dictamen pericial <folio 325 de autos> esta Sala se pronuncia en el sentido de que tanto el nuevo leñero como el murete de mampostería <folios 158, 159 163 y 165 de

autos>, así como el pilar del garaje <folios 163 y 164 de autos>, las obras de rehabilitación de la casa de los demandados han respetado el camino asfaltado de 2008, acceso más que suficiente para atender a las necesidades de la apelante.

QUINTO.- ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO A CARGO DE LA FINCA N° NUM001 DE LA ACTORA Y A FAVOR DE LA FINCA N° NUM007 DE LOS DEMANDADOS:

I.- La actora Dña. Eloisa ejercita dicha acción negatoria de servidumbre de paso contra la Sra. Mariana y el Sr. Victoriano basada en el hecho de que están invadiendo su terreno para hacer las maniobras de aparcamiento, en la entrada y salida de vehículos de su nuevo garaje.

Los apelados alegan que es incierto que se haya dotada a la casa de un nuevo garaje, sino que el mismo existía en la casa desde siempre, aun cuando se ha efectuado un cerramiento vertical exterior en la obra de rehabilitación de 2010/11.

La sentencia recurrida parte del informe pericial del Arquitecto D. Felicísimo <folios 334 y ss de autos> sobre acondicionamiento de la vivienda n° NUM008 de los demandados, que, además de la reconstrucción completa de cubierta, como hemos dicho, se ha procedido a la renovación del txoko, manteniendo la ubicación de los cierres, así como el cerrado del porche existente en el lado norte de la edificación donde se ha ubicado el garaje, precisando que los pilares existentes en el cerramiento del txoko, son absorbidos por el nuevo cerramiento y se da continuidad a esta línea, que se completa con el garaje en el extremo noroeste. En la sentencia se reconoce que solo hay una diferencia de 4 cm en la "Distancia B" (distancia al linde en el extremo noroeste) entre la existente antes de la intervención (medida 1,59 metros) <al folio 343 de autos> y después de ésta (medida de 1,55 metros) <folio 344 de autos>, pero la considera como una diferencia irreal no significativa atendiendo a las diferentes técnicas de medición empleadas. Considera probado que el garaje de los demandados después de la obra es el mismo que había antes, si bien se ha cerrado, manteniendo las mismas dimensiones y las distancias entre edificaciones, y siendo que los demandados siguen metiendo su vehículo en el mismo sitio, como lo hacían sus antecesores en el título, y termina añadiendo que la desestimación de la acción negatoria de servidumbre de paso resulta porque los demandados no invaden el predio de la demandante.

La apelante muestra su disconformidad con el pronunciamiento desestimatorio, volviendo a cuestionar la eficacia probatoria del informe pericial de D. Felicísimo. Sostiene e invocando una errónea apreciación de la prueba por la Magistrada a quo en cuanto a que el garaje de los demandados después de la obra sea el mismo que el preexistente. Alega que no se ha probado que los causahabientes de los demandados metieran sus vehículos en dicha tejavana abierta, que hoy es el garaje, afirmación carente de prueba testifical y documental alguna, sin que sea fuente de conocimiento la referencia del perito-arquitecto técnico. Por el contrario, denuncia que ha resultado acreditado que se invade el terreno de la actora puesto que desde la fachada del garaje construido hasta el lindero actualizado de dominio hay 1,66 metros <folio 324 de

autos>, y no hay ningún vehículo cuyos ejes delantero y trasero sea menor de 2,60 metros. Atendiendo a la interpretación estricta en la imposición de los gravámenes defiende que los demandados no cuentan con la prueba de preexistencia del paso del terreno de su titularidad para servirse del garaje de su casa.

II.- Este motivo de apelación debe ser rechazado.

Como reiteradamente señalamos en multitud de sentencias la prueba es valorada primordialmente por el Juez a quo; esta Sala tiene plenas facultades revisoras pero cuando la valoración de la instancia se corresponde con la prueba practicada, es lógica y racional y aprecia conjuntamente la prueba, no procede desconocer su valor sin que quepa sustituirla por una valoración que se oponga a la misma. " En definitiva, la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del Juzgador a quo, en el sentido de comprobar que ésta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable, circunstancias todas ellas que no concurren en el caso enjuiciado, donde el Juzgador a quo razona suficientemente el resultado de las pruebas con argumentos que no pueden si no ser respetados por este Tribunal y a los que nos remitimos para evitar repeticiones.

En el caso enjuiciado y revisada la prueba practicada, consideramos que en torno al uso y destino que se ha hecho primero de "dicha tejavana cubierta con dos pilares" o "porche abierto" antes de la obra de acondicionamiento y después de "cerramiento de dicho espacio que sirve actualmente de garaje", es el mismo de aparcamiento de vehículos de toda índole y/o almacenamiento de objetos, siendo que para acceder a este recinto sus propietarios debían introducirse en el antiguo "Nuevo sendero de Luaga erdico", pese a lo cual la sentencia de primera instancia ha reconocido la usucapión de la mitad del mismo a favor de la parte actora.

Como hemos dicho, el informe pericial de D. Felicísimo sobre las obras de acondicionamiento de la casa no ha resultado contradicho por ninguna otra prueba objetiva e imparcial a instancias de la parte demandante, quien únicamente se ha limitado a aportar un dictamen pericial topográfico que informa sobre cuestiones de topografía, geodesia, medición y ubicación de terrenos y edificaciones, así como a efectuar manifestaciones interesadas y subjetivas del informe pericial emitido por un arquitecto a instancias de la parte contraria.

Sabido es que la acción negatoria de servidumbre es un medio legal para que el dueño de un predio consiga que se declare que su propiedad está libre de todo gravamen. En todas ellas acciona el dueño del predio pretendidamente sirviente para defender la plenitud de sus derechos frente al dueño que afirma la servidumbre, de manera que el actor solo tiene que probar su derecho de propiedad, correspondiendo al demandado la carga de probar la existencia de la servidumbre (SSTS. de 19 de junio de 1.978 y de 29 de mayo de 1.979), por lo que la prosperidad de la acción negatoria de servidumbre precisa, en primer lugar, que el actor justifique su derecho de propiedad sobre el predio que se pretende sirviente, y, en segundo lugar, que exista una perturbación en el goce de

la propiedad del actor por parte del demandado, sin que éste acredite que semejante perturbación se encuentra jurídicamente fundamentada en una servidumbre constituida por cualquiera de los modos admitidos en Derecho.

Por ende, se confirma el rechazo de la acción negatoria de servidumbre de paso de los demandados para aparcar sus vehículos en el garaje, puesto que se tiene por acreditado que el garaje de los demandados después de la obra es el mismo que había antes, si bien se ha cerrado, manteniendo las mismas dimensiones y las distancias entre edificaciones, por lo que los demandados siguen utilizando dicho espacio, hoy metiendo sus vehículos en el mismo sitio, como lo hacían sus antecesores en relación con cualesquiera tipo de vehículos u otros objetos. A esta afirmación llegamos por la propia existencia y utilidad de dicha "tejavana" o "porche", hoy denominado garaje, y tras comprobar el mismo en las fotografías existentes en autos antes del cerramiento <folios 299 y 347> y en la actualidad <fotografías obrantes a los folios 147 a 157 de autos>.

SEXTO.- COSTAS PROCESALES: La estimación parcial del presente recurso de apelación conlleva a la estimación parcial de la acción confesoria de servidumbre contra los demandados Sra. Mariana y Sr. Victoriano, por lo que no ha lugar a efectuar pronunciamiento alguno en materia de costas procesales de la primera y de esta segunda instancia (art. 394.2 y 398.2º1 de la LEC)

SÉPTIMO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

VISTOS los artículos citados y los 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 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por **DOÑA Eloisa**, representada por el Procurador D. Francisco de Borja Fernández Lekuona, contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de los de Bilbao, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 934/12, **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente la misma** en el único sentido de que debemos declarar y declaramos la existencia de una servidumbre de paso a favor de la finca registral nº NUM001 al folio NUM002 del libro NUM003 de Derio, tomo NUM004 del Registro de la Propiedad nº 10 de Bilbao, propiedad de la demandante Dña. Eloisa, sobre la finca nº NUM007, al folio 113 del libro 345 de la villa de Munguia,

tomo NUM013 del Registro de la Propiedad de Genrika-Lumo, propiedad de los demandados Dña. Mariana y D. Victoriano, a través del camino con ancho variable cuyo trazado asfaltado se expresa en el plano nº 8 del informe pericial topográfico <folio 325 de autos>, que le une con el camino vecinal de Galbarriatu a Loaga, librándose a tal efecto mandamientos a los Registros de la Propiedad de Bilbao y Gernika para que procedan a la oportuna inscripción. **Y DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS el resto de pronunciamientos**, todo ello sin imposición de las costas procesales causadas en la primera ni en esta segunda instancia.

Devuélvase a D^a Eloisa el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0657 13. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15^a de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

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