

SAP de Bizkaia de 23 de septiembre de 2011

En Bilbao a veintitrés de septiembre de dos mil once.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por la Ilustrísima Señora Magistrada del margen los presentes autos de Juicio Verbal 861/09, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao y seguidos entre partes: Como apelante: María, representada por la Procuradora Begoña Urizar Arancibia y dirigida por el Letrado Mikel Sáez Salazar y como apelada, Zaira, representada por la Procuradora Jasone Elorduy Simón y dirigida por el Letrado Luis Fernando Iturriaga Sagarminaga.

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 8 de noviembre de 2010 es del tenor literal siguiente: **FALLO:** Que desestimando la demanda interpuesta por la representación de doña María frente a doña Zaira debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados de contrario con imposición de las costas a la parte actora.

Contra la presente resolución cabe RECURSO DE APELACIÓN que se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil).

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4751-0000-00-861/09, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª 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.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Que el referido auto de fecha 23 de diciembre de 2010, aclaratorio de dicha sentencia, es del tenor literal que sigue: PARTE DISPOSITIVA: 1.- Se estima la petición formulada por Zaira de SUBSANAR la sentencia de fecha 8.11.10 dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica, anulando la duplicidad del antecedente CUARTO de la mencionada sentencia.

Incorpórese esta resolución al libro de sentencias y llévase testimonio a los autos principales.

MODO IMPUGNACIÓN:

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden, en su caso, contra la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificada (artículo 267.7 LOPJ).

Los plazos para los recursos a que se refiere el anterior apartado se interrumpen, en su caso, por la solicitud y, en todo caso, comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de este auto (artículo 267.8 LOPJ).

Lo acuerda y firma S.S^a. Doy fe.

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de María 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, comparecieron 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 169/11 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de su clase.

TERCERO.- Que por providencia de la Sala de fecha 24 de junio de 2011 se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 21 de septiembre de 2011.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada doña MARIA CONCEPCION MARCO CACHO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza la parte demandante en la instancia contra la sentencia dictada al desestimar su pretensión de prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso adquirida conforme a la Ley Foral por mero transcurso de más de 20 años. Las pruebas del procedimiento, tanto documental como testifical, constatan que, desde siempre, sus defendidos han accedido a su vivienda bien a través de las escaleras de su parte izquierda, bien a través de la zona oriental de la vivienda de los demandados hasta que los mismos elevaron la acera e instalaron unas macetas que impiden el acceso a su vivienda.

En segundo lugar resulta claramente objetivado que la obra edificada por el actor incumple e infringe la ley de accesibilidad por cuanto impide el acceso a la vivienda de la actora a su madre que ostenta más de 70 años; la pretensión de la demanda se concreta a que se deje libre y expedita la acera, sin macetas y que se baje la altura de la acera a su configuración originaria, por un principio de accesibilidad, no por un capricho.

Esta pretensión viene avalada por la absoluta prueba de los hechos referidos y por ende la sentencia debe ser revocada con estimación del recurso.

SEGUNDO.- Vaya de antemano una serie de consideraciones generales sobre el concepto de servidumbre de paso y en su caso los supuestos de adquisición y/o requisitos que deben concurrir, sin perjuicio de la opción tras la valoración de la prueba que la Ponente posteriormente razonará.

Así la doctrina hace derivar del hecho de constituir la servidumbre una derogación del Derecho común de la propiedad, la consecuencia de que las servidumbres no se presumen, sino que hay que probar su constitución. Ya las *SSTS de 4 de noviembre de 1897 y 13 de noviembre de 1929* dejaron establecido que en los contratos en los que se constituye servidumbre o se establece algún gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre esos extremos.

Las restricciones históricas a la usucapio servitudinis (usucapición de la servidumbre) han cristalizado en el CC en la imposibilidad de adquirir las servidumbres no aparentes y las discontinuas mediante prescripción, y en el mandato de que sólo pueden adquirirse en virtud de título. Cualquiera que sea el juicio que este precepto merezca lege ferenda (para modificar la ley), implica, cuando menos, la prohibición de estimar adquirida la titularidad de la servidumbre mediante usucapición fundada sólo en actos posesorios.

La servidumbre de paso, al gozar del carácter de discontinua, sólo puede adquirirse, pues, en virtud de título, y a falta de éste, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme (*arts. 539 y 540 del CC EDL 1889/1art.539 EDL 1889/1art.540 EDL 1889/1 y SSTS de 27 de junio de 1980 EDJ1980/959, 23 de junio de 1995 EDJ1995/3626, 14 de julio de 1995 EDJ1995/4015, 5 de marzo de 1993 EDJ1993/2191 y 30 de abril de 1993 EDJ1993/4053*), salvo que se trate de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del CC (*SSTS de 14 de noviembre 1961, 12 de junio de 1965, 4 de junio de 1977EDJ1977/162, 15 de febrero de 1989 EDJ1989/1582 y 16 de diciembre de 2004 EDJ2004/229442*), exceptuado el caso de constitución por signo aparente por *disposición del padre de familia* (v. gr., *STS de 18 de enero de 1992 y, más recientemente, STS de 20 de diciembre de 2005 EDJ2005/225506*).

La doctrina científica viene definiendo el título constitutivo de la servidumbre a que se refiere el *artículo 539 del CC EDL1889/1* como cualquier negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre, independientemente de su constancia documental, dado que la posibilidad de obtener mediante sentencia firme el reconocimiento de la existencia de la servidumbre (según se desprende del *artículo 540 del CC EDL1889/1*) comporta la posibilidad de acudir a cualquier medio de prueba para la demostración de la existencia del título constitutivo.

Así, a) según las *SSTS de 26 de junio de 1981 EDJ1981/1593, 8 de octubre de 1988 EDJ1988/7819, 2 de junio de 1989 EDJ1989/5618, 6 de diciembre de 1985, 27 de febrero de 1993, 30 de abril de 1993 EDJ1993/4053, 20 de octubre de 1993 EDJ1993/9348, 1 de marzo de 1994 EDJ1994/1833, 24 de febrero de 1997 EDJ1997/623, 19 de julio de 2002 EDJ2002/28350, 24 de marzo 2003 EDJ2003/6521 y 18 de noviembre 2003 EDJ2003/146434*, la exigencia de título contenida en los *artículos 537 y 539 CC EDL 1889/1art.537 EDL 1889/1art.539 EDL 1889/1* no condiciona el nacimiento de la servidumbre de una manera absoluta, pues se considera

título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, inter vivos o mortis causa, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente; pero la voluntad constitutiva ha de ser expresa: se requiere, cuando se trata de la creación inter vivos del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin y no es necesaria la escritura pública como elemento ad solemnitatem (formal) que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, siempre que conste bien clara la voluntad de los otorgantes.

b) Cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fondo (*SSTS de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965, 30 de septiembre de 1970 EDJ1970/494, 8 de octubre de 1988 EDJ1988/7819, 9 de mayo de 1989 EDJ1989/4810, 27 de febrero de 1993, 21 de diciembre de 2001 EDJ2001/50481 y 19 de julio de 2002 EDJ2002/28350*).

c) La *STS de 20 de octubre de 1993 EDJ1993/9348*, ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública, como exige con el rango de forma constitutiva el *art. 633 CC EDL1889/1* para las donaciones.

C) En la definición e interpretación de la naturaleza del "título constitutivo" que se ha expuesto con anterioridad no es posible incardinar los hechos que la sentencia impugnada relata (básicamente, el paso durante más de 70 años por el camino, la existencia de un puente que une ambas fincas, la solicitud de permiso para poner una barrera cerrada con candado en el año 1975 y la entrega de una llave de dicho candado, en cuanto, según la misma, constituyen actos reveladores de la existencia de título de constitución de la servidumbre de paso).

Estos actos no revelan de manera excluyente la existencia de una voluntad expresa de constitución de la servidumbre de paso, sino que soportan también como razonable una consideración como actos de tolerancia o buena vecindad, no expresivos de una voluntad constitutiva expresa con el rigor que impone la jurisprudencia fundada en la interpretación restrictiva de las cargas reales, puesto que falta la constancia de los elementos necesarios para la afirmación inequívoca de la existencia de una voluntad expresa: no consta el momento, las circunstancias personales ni formales ni el contenido, extensión y condiciones con arreglo a las cuales se expresó la voluntad de constituir la servidumbre, ni el hecho de si se pactó contraprestación de índole pecuniaria o de otra naturaleza, ni existe constancia registral alguna.

Dada la equivocidad que acaba de apuntarse, subsiste una duda notable acerca de la existencia o no de la referida voluntad, y esta duda debe resolverse en favor de la presunción de libertad del fondo, tal como ha apreciado la jurisprudencia de esta Sala en supuestos semejantes al enjuiciado, como revela el examen de la casuística contemplada en las distintas sentencias que han venido citándose.

Resulta ya indiferente que, si se acepta la tesis de una de las sentencias que se han citado, no constando la existencia de contraprestación, sólo podría hipotéticamente admitirse la constitución de la servidumbre a título de liberalidad con el carácter de donación y, por ello, sujeta al requisito formal de su otorgamiento en escritura pública: y, desde luego, este requisito no aparece cumplido".

TERCERO.- Alegado por el recurrente que en su caso se ejercita el plazo de prescripción adquisitiva, conforme al artículo 128 de la LEB, debemos recordar que esta Sala tiene dicho que la Ley 3/1992, de 1 de Julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco cuando se recoge DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO se redacta este Título dada la omisión en la Compilación de Título dedicado en el Fuero a las prescripciones, omisión que a partir de 1959, y dado que conforme al Código Civil las servidumbres de paso son imprescriptibles (art. 539), ha permitido plantear numerosos litigios en los que se deniega la servidumbre sobre derechos de paso de uso muy antiguo. El art. 128 de esta ley recoge de nuevo la adquisición por prescripción, pero alarga el plazo foral de quince años para acomodarlo al de veinte años propio del Código Civil. Al mismo tiempo se dictan otras dos normas, en los arts. 129 y 130, para resolver los más importantes conflictos que son objeto de litigio.

Y, en todo caso, siempre que concurren de cara a la adquisición por usucapión, a saber la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida y que no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño, todo ello de conformidad con lo prevenido en los artículos 1941 y 1942 del Código Civil a poner en relación con los artículos 444 y 447 del mismo cuerpo legal.

CUARTO.- Siguiendo con el razonamiento del recurrente actor y que se refiere a que en todo caso el lapso que venía utilizando a través de la zona delantera de la vivienda del demandado es necesaria y útil para la persona que con ella convive, resultando de mayor o mejor accesibilidad; en este sentido debe precisarse que la idea de "utilidad" "provecho" o "interés" es, pues, base y condición de toda servidumbre, puesto que si dicha figura entraña un poder parcial sobre cosa ajena que limita el derecho de propiedad que corresponde a su propietario, esa limitación sólo se justifica en la medida en que proporcione al titular de la servidumbre un correlativo beneficio o ganancia, cualquiera que ésta fuera, incluida la mayor comodidad o desahogo de su titular, siempre que sea objetivamente comprobable.

En consecuencia, la existencia de ese "provecho" o "interés" objetivo es presupuesto para la constitución de la servidumbre y, al propio tiempo, de su persistencia, toda vez que, desaparecida o pérdida la utilidad de la servidumbre, la limitación que supone este derecho real en el dominio carece de justificación y debe ceder, temporal o definitivamente.

En este sentido, declara la SAP Salamanca 13 de enero de 2003 gráficamente: "El Código Civil, aún sin recoger expresamente el concepto de utilidad claramente lo contempla en el artículo 530 al establecer que la servidumbre es un gravamen impuesta sobre un inmueble "en beneficio de otro" perteneciente a distinto dueño y, por ello, toda servidumbre puede y debe reportar una utilidad para el predio dominante a la que habrá que añadir, cuando se pretenda su constitución forzosa (art. 564) la necesidad, y así toda servidumbre debe traducirse en una ventaja, incluso de naturaleza no económica del fundo, en su incremento en la utilización del mismo. La utilidad que la servidumbre reporta al predio dominante, como queda expuesto, puede consistir en cualquier ventaja y es un concepto claramente más amplio que la estricta necesidad alcanzando incluso, la mayor comodidad y amenidad del fundo dominante, debiendo tener en cuenta que la utilidad que la servidumbre debe proporcionar al predio dominante no puede estar basada en elementos subjetivos o extrínsecos relativos o en función de la actividad o de

la exigencia meramente personal de determinado titular del predio dominante sino que es necesario referirla al fundamento objetivo, real, de la utilidad misma en relación con el fundo. En este sentido la utilidad es algo objetivo o independiente del motivo o fin íntimo que ha determinado por las partes la constitución de la servidumbre y ha de concretarse en una ventaja reconducible a la situación y destino del predio" (cfr. en idéntica línea las SSAP Málaga 20 de julio de 2005 y 1 de julio de 2004, AP Coruña 21 de septiembre de 2004, AP Baleares 7 de octubre de 2003, AP Murcia 4 de octubre de 2003).

Dado el principio de libertad de las fincas, la servidumbre, como derecho real limitativo del dominio, se liga no sólo al concepto de necesidad, que fundamenta la servidumbre forzosa, sino también al concepto de utilidad, aplicable a las voluntarias, pues en éstas, como el negocio jurídico puede ser oneroso, se admite su constitución por simple comodidad, aunque no sea necesaria, pero no sin utilidad alguna. Esta utilidad no debe entenderse en el sentido subjetivo de que, de hecho, se use o no, sino en sentido objetivo, como ventaja inherente a la finca. El no uso produce la extinción de la servidumbre, si se prolonga durante 20 años y también su falta de utilidad objetiva apreciable, se use o no, cuando transcurre el mismo plazo. Ahora bien, la falta de utilidad objetiva no impide que durante ese tiempo el dueño de la finca dominante siga transitando por la sirviente, lo cual, en cuanto cause un perjuicio innecesario sin beneficio propio, constituye un ejercicio contrario a las exigencias de la buena fe y un abuso de derecho (artículo 7 del Código Civil), y es por ello que se permite al dueño de la finca sirviente "solicitar la suspensión del ejercicio de la servidumbre" si ésta "deviniese inútil"; la falta de utilidad se articula de este modo como una causa mediata de extinción de la servidumbre pero reconduciéndola al no uso, que es la causa de extinción legalmente prevista.

QUINTO.- Vayamos, tras las consideraciones de orden conceptual y jurisprudencial, al caso; como dice la Juzgadora la prueba testifical no ayuda demasiado a la resolución del planteamiento al ser por ambos lados declaraciones que ratifican las posiciones de las partes; sí que ayudan y auxilian a la resolución de la litis los informes periciales de las partes en cuanto admiten y así describen cómo son las construcciones de las viviendas de las partes tanto en su situación anterior como la actual; visualizando las fotografías no hay duda para la Sala que el demandado ha acondicionado la entrada de su vivienda a los tiempos actuales, al construir una acera delante de la carretera para mejorar su acceso a la vivienda; no solo ha realizado obras estéticas de su vivienda sino que ha utilizado unas obras de accesibilidad a su propiedad; e igualmente podemos ratificar que la actora no solo tiene y de siempre su vivienda ha tenido acceso con escaleras al lado este, sino también se aprecia que a su vivienda se accede por una rampa de acceso al garaje desde el que igualmente se puede realizar en su caso acceso a la plante superior.

Estas circunstancias vienen a reflejar que no podemos admitir que el paso que interesa sea por utilidad o necesidad de las personas que pudieran convivir con ella y de edad - cuando por demás no hay constatación fehaciente de que su madre conviva con ella - partiendo del dato que de siempre ha tenido el acceso de escaleras y que el acceso por la vivienda del demandado se ha debido a las buenas relaciones existentes entre ambos constituyendo actos de mera tolerancia del demandado; y ello sin que se aporten datos de que el paso por cualquiera de las fórmulas utilizadas se ha podido constatar su existencia. En definitiva y recordando que, con carácter general se viene indicando por esta Sala que el error en la valoración probatoria resulta de difícil estimación, pues la

valoración llevada a cabo por el juzgador de la instancia en uso de la facultad que le confieren los *artículos 326, 376 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, con la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete, conducen a que por regla general deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el juez en cuya presencia se practicaron, pues es este juzgador, y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente, sobre todo en la prueba de testigos, su expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas, vacilaciones, seguridad, coherencia, y en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que son interrogados haciendo posible, a la vista del resultado objetivo de los distintos medios de prueba, formar en conciencia su convicción sobre la verdad de lo ocurrido; pues de tales ventajas, derivadas de la inmediación, contradicción y oralidad en la práctica probatoria carece el tribunal de la apelación, llamado a revisar esa valoración en segunda instancia; lo que justifica, pues, que debe respetarse en principio el uso que haya hecho el juez de su facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente, tal como sucede en autos.

El tribunal de apelación no puede prescindir absolutamente de la valoración que de las pruebas ha hecho el juez a quo para acoger la del recurrente o imponer la suya propia, salvo en aquellos supuestos en que la práctica de prueba en segunda instancia venga a variar el resultado valorativo de toda la practicada, o se aprecie un patente y evidente error del juzgado en su valoración.

SEXTO.- Por todo lo razonado, se desestima el recurso y se imponen las costas al recurrente.

Vistos los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

FALLO

Que con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de María contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao, en autos de Juicio Verbal 861/09, con fecha 8 de noviembre de 2010 (auto aclaratorio 23.12.10), DEBEMOS CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS dicha resolución; con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia y pérdida del depósito constituido.

Firme que sea la presente resolución, devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

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.