

## **SAP de Bizkaia de 24 de noviembre de 2004**

En Bilbao, a veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento P.ORDINARIO LECN 60/02, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Getxo y seguidos entre partes: Como apelantes: Paulino representado por el Procurador Sr. Atela Arana y dirigido por el Letrado Sr. Izaguirre Zugazaga, Benito y Marcelina representados por el Procurador Sr. Nuñez Irueta y dirigidos por el Letrado Sr. Núñez Echarri.

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 13 de Enero de 2003 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que con parcial estimación de la demanda interpuesta por el procurador Sr. Atela en nombre y representación de D. Paulino, debo declarar y declaro que la mitad lado sur del caserío Erregene-Inchaurtieta, de barrio Dobarán, en Urduliz, no debe servicio de paso por su cuadra a la mitad lado norte, propiedad de D. Benito y Marcelina, condenando a estos a dejar de usar la cuadra como paso, debiendo estar y pasar por esta declaración. Asimismo, se declara que el Sr. Paulino tiene derecho a levantar pared de cerramiento de dicha cuadra, en su lado y a su costa el Sr. Paulino tendrá también derecho a servirse del agua que se almacena en el depósito bajo el tejado de la cuadra, pudiendo usar las instalaciones a tal fin, para lo que podrá realizar a su costa la obra que requiera para tener la instalación en condiciones de disponer de encendido independiente del utilizado por el propietario del lado norte se declara que los terrenos del lado norte del caserío Erregene-Inchaurtieta, propiedad de D. Paulino, no deben servidumbre de paso para los propietarios de la vivienda lado Norte, para acceso al manantial existente en terreno del Sr. Paulino. Se declara el derecho del Sr. Paulino de colocar mojones en los lugares en que no existan de los pertenecidos de la casería Erregene-Inchaurtieta, así como a deslindar el mismo, en su caso con cerramiento, siguiendo el plano de 1930 aportado con la contestación a la demanda como documento número 11.

Desestimando la pretensión sobre proindivisión y derecho de copropiedad sobre el horno en la

actualidad existente en la parte de propiedad de lado norte del caserío.

Sin pronunciamiento en costas procesales de esta demanda, que serán de cuenta de cada parte las propias, las comunes por mitad.

Y con estimación de la reconvencción interpuesta por el procurador Sr. Nuñez en nombre y representación de D. Benito y D<sup>a</sup> Marcelina, declarandose validez del deslinde y amojonamiento realizado por plano documento número 11 de la contestación de la demanda, se condene a D. Paulino a reponer los mojones en la zona de parcelas NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003 de dicho plano, en el lugar en que consta en el mismo, así como cuantos otros puedan diferir con éste, y el deslinde y cierre de la finca conforme a aquél. Con condena al reconvenido en costas procesales de la reconvencción."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de ambas partes 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 526/03 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>ÑA</sup>. LOURDES ARRANZ FREIJO.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La primera acción que se ejercitaba en la demanda, era una acción negatoria de servidumbre de paso, entre dos cuadras colindantes, pertenecientes a cada una de las partes litigantes, negando a la parte demandada todo derecho de paso a través de la cuadra de la actora, para acceder a la cuadra de su propiedad.

La parte demandada se opuso a la anterior pretensión, alegando la constitución de una servidumbre de signo aparente, que le otorgaría el derecho de paso y de luces y ventilación, a través de la finca de la parte actora.

La sentencia de instancia, estimó la demanda, negando la existencia de signo aparente como título para la constitución de la servidumbre negada.

Denegó también la constitución de la servidumbre, en virtud de la prescripción.

SEGUNDO.- La demandada impugna dicho pronunciamiento, reiterando las alegaciones ya vertidas en la instancia, afirmando que es un hecho indiscutido, el de que las fincas del recurrente y recurrido provienen de una única finca, en la que existía una única cuadra, y que producida la separación en dos lotes de la citada finca por el único propietario, la cuadra quedó dividida jurídicamente adjudicándose a cada parte, norte y sur, su parte correspondiente, pero sin que dicha división fuese llevada materialmente a efecto, transmitiendo el propietario único, una de las partes a su hermano sin producirse la separación efectiva.

Todo ello configuraría el título para la constitución de la servidumbre de paso de la cuadra del lado norte a través de la cuadra del lado sur, para sus usos agrícolas, usos que no se pueden cubrir con el acceso del lado norte, constituyendo además dicho paso la salida hacia un camino público y siendo necesario para ventilar e iluminar el lado norte de la cuadra.

Las alegaciones impugnatorias de la recurrente ya son analizadas y rechazadas por el juzgador de la instancia, no aportando en esta alzada, dicha recurrente ningún razonamiento que pudiera desvirtuar las valoraciones que se efectúan en la resolución que se recurre, pretendiendo únicamente sustituir el criterio del Juzgador de la instancia, por el suyo propio.

Así como hecho fundamental, debemos compartir la apreciación, de que es requisito fundamental, en la constitución de la servidumbre que se invoca, el que el signo aparente, suponga "la existencia de un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos, presta al otro un servicio de semejante gravamen en el supuesto de que alguno cambiara de titular dominical" ( St. TS. 29-07-00 ), estado de hecho que no se aprecia en el supuesto de autos, pues la existencia de dos puertas de acceso a camino público, situadas en cada una de las vertientes en las que se dividió la única finca, indica una vocación de independencia total entre las dos fincas, que si no se llevó materialmente a la práctica fue debido a una buena relación entre colindantes y no a otro motivo, siendo además de reseñar, tal como indica el Juzgador de la instancia que en la actualidad, los usos agrícolas, en los que se sostiene la utilización de la servidumbre han desaparecido.

Desconocemos en qué signos sostiene la recurrente una servidumbre de luces y aireación, alegación carente de toda prueba y que es rechazada fundadamente por el Juzgador de la instancia.

Así mismo debe coincidir con la sentencia de instancia en que, tampoco ninguna de las servidumbres invocadas, se ha podido adquirir ni, por la prescripción del *art. 128 de la Ley Civil Foral del País Vasco* (servidumbre de paso), por no existir la más mínima prueba tendente a acreditar el periodo de veinte años de paso ininterrumpido, ni por prescripción común (servidumbre aireación y luces), pues tampoco existe prueba de dicho uso durante el periodo de veinte años ( *art.537 C.c.*).

La alegación de prescripción inmemorial sólo se efectúa en la alzada, y por tanto no puede ser analizada, por introducirse de forma procesalmente extemporánea.

En consecuencia, procede la confirmación del pronunciamiento analizado.

TERCERO.- La siguiente pretensión que se ejercitaba en la demanda y que la sentencia acoge es la relativa a la petición de que se declarara el derecho del demandante a utilizar el depósito y las instalaciones, que almacenan bajo tejado de la cuadra, el agua procedente de un manantial, situado en la finca de su propiedad.

Recurre así mismo el demandado dicho pronunciamiento, con el argumento básico de que fue él quien costeó ya en el año 1966, la instalación del suministro de agua, y que posteriormente y como consecuencia de unas obras llevadas a cabo por el recurrido y que le privaron de suministro, hubo de interponer un interdicto, en ejecución del cual se procedió a la reparación a costa del recurrido.

Pues bien en base a esos hechos, y siendo también cierto que el recurrido tiene instalación para acceder al suministro general de agua, no puede negársele al recurrido el derecho de usar algo que le pertenece a título de dueño, pues es hecho no discutido el de que la instalación lo es para las dos viviendas, siendo indiferente el que ejercite o no el derecho de usarlo, inherente al derecho de propiedad, pues aunque tenga acceso al suministro general, nada le impide que pueda utilizar el suministro particular de su vivienda.

Las alegaciones de la parte recurrente, alegando la pérdida del dominio por parte del recurrido, o la pérdida de su derecho de uso, y correlativa adquisición por prescripción del recurrente además de ser alegaciones que no se vertieron en la contestación a la demanda y por tanto extemporáneas, resultan inaplicables al supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento, pues no hay ningún dato que permita afirmar que se ha abandonado o renunciado la copropiedad del depósito e instalaciones de agua y nada se podrá adquirir por prescripción, si no concurren los requisitos recogidos en los *arts. 1940 y ss del Cc.*, los que obviamente no concurren, pues ni siquiera se alega la existencia de título habilitante para prescribir lo que se califica como mueble.

Se confirma el pronunciamiento analizado.

CUARTO.- La siguiente pretensión que se ejercitaba en la demanda, y que también resultó acogida en sentencia, fue la relativa a la negación de servidumbre de paso alguna a través de los terrenos del demandante para acceder al manantial.

En este punto, y rechazada en la instancia la existencia de servidumbre en virtud de título o de signo aparente, el fundamento del recurso del demandado, se circunscribe a la alegación de la adquisición de la servidumbre que se invoca, en virtud de la prescripción del *art. 128 de la Ley Civil Foral del País Vasco*, con el argumento de que el camino se ha usado "desde siempre", lo que obviamente no es base para estimar la concurrencia de la prescripción pues lo que se tiene que probar conforme a la norma invocada, es el uso no interrumpido durante veinte años, lo que la recurrente ni siquiera intenta hacer, con la mínima precisión.

Se confirma el pronunciamiento analizado.

QUINTO.- Se solicitaba así mismo en la demanda la declaración del derecho a deslindar y amojonar con los demandados el antuzano de la Casería, y los pertenecidos de cada una de las partes, colocando mojones donde no existen, pretensión que es acogida en la sentencia si bien con la precisión, de que el deslinde debería efectuarse con arreglo al plano que se aportó como doc. 11 de la demanda, pudiendo en su caso efectuar cerramiento.

Este pronunciamiento es objeto de recurso por ambas partes.

El demandado niega la necesidad de dicho pronunciamiento, pues por una parte el deslinde y amojonamiento ya se efectuó en 1930, conforme la plano doc. 11 de la contestación, y por otra, también impugna que se faculte a efectuar un cerramiento, pues esa petición no fue hecha por el demandante.

El recurso se acoge.

El plano doc. 11 de la contestación a la demanda, refleja el deslinde de las fincas de los litigantes, habiendo sido solicitado y confeccionado por los propietarios de los que ambas partes traen causa, pues así se admitió por la parte actora, al contestar a la reconvencción y por tanto si dicho deslinde ya está hecho, y ambas partes reconocen que su resultado es el que se refleja en el plano tantas veces mencionado, en el que se señalan los pertenecidos y antuzano correspondientes a cada una de las partes, y su superficie, y en el que también consta la ubicación de cada uno de los mojones, habrá de concluirse tal como así mismo concluye el dictamen pericial, que dicho plano refleja un deslinde y amojonamiento entre las propiedades de los litigantes ( punto 9 del informe).

Por tanto el pronunciamiento resultaba innecesario, y además excede de los términos en que se planteó la litis pues el actor en ningún momento solicitó se le permitiera hacer un cerramiento, incurriendo dicho pronunciamiento en incongruencia extra petitum, lo que supone que también debe ser dejado sin efecto.

La estimación del recurso del demandado, conlleva la desestimación del interpuesto por la parte actora, impugnándose que el deslinde se efectuara en base al doc. 11 de la contestación, pues ya se ha concluido que el deslinde ya está realizado correctamente reflejando dicho documento los términos de su realización.

SEXTO.- La última pretensión que ejercitaba el actor era la relativa a la declaración de propiedad pro indiviso del horno situado al lado de la Casería, reconociéndole el derecho a su uso, pretensión que la sentencia no acoge, al estimar que el horno actualmente existente no es el que aparece recogido en los títulos del demandante.

Pronunciamiento que es objeto de recurso por dicha parte demandante.

Concluye el dictamen pericial, que el horno cuya propiedad y uso reclamaba la actora, se encuentra ubicado dentro de los límites de la propiedad de la parte demandada, concluyendo así mismo dicho dictamen pericial que el horno que se refleja en las escrituras de propiedad de ambos litigantes (docs. 1 y 2 de la demanda), según sus linderos estaba situado por frente y mitad de las dos viviendas de la Casería Erregune.

De ello se concluye que la recurrente, que ejercita una acción declarativa de dominio y reivindicatoria, no justifica que el horno que reclama sea el que aparece recogido en su título de propiedad, fijando su cabida situación y linderos, circunstancias todas ellas que deberían corresponderse con el horno actualmente existente.

Por tanto, y sin mayores argumentos debe rechazarse el recurso en este punto.

SEPTIMO.- Finalmente, por vía reconvenccional el demandado, solicitó que se declarara la validez del deslinde que se recogía en el documento 11 de la contestación a la demanda, condenando al demandante a reponer la actual situación a la que constaba en el referido plano, pretensión que es acogida en la sentencia, y que es así mismo objeto de recurso por parte del demandante.

Sostiene la parte actora recurrente, que si bien se admitió que dicho plano reflejaba un deslinde, no se daba validez total al mismo debiéndose efectuar otro deslinde, cuestión que ya ha sido resuelta al examinar el motivo de recurso con respecto al pronunciamiento cuarto de la sentencia, remitiéndonos a lo dicho en el fundamento cuarto de esta resolución, considerando que el doc 11, recoge un deslinde efectivo entre las propiedades de ambas partes, y a él habrá de estarse.

Partiendo de ello y como quiera que el dictamen pericial practicado ha constatado sin duda la alteración, por parte del demandado, de dicho deslinde y amojonamiento, prueba que no ha sido desvirtuada por ninguna otra, la condena de la parte actora a reponer la situación es correcta y ajustada a derecho, lo que supone la desestimación del recurso, por ella formulado.

OCTAVO.- Los pronunciamientos de costas de la instancia, deben ser mantenidos, pues la demanda fue parcialmente estimada, lo que esta resolución no altera, y por tanto resulta ajustado a derecho el no pronunciamiento expreso sobre sus costas ( *art. 394 LEC*). Por contra la reconvenición fue totalmente estimada lo que esta resolución confirma y por tanto, también es ajustada a derecho, la condena a la actora, al pago de las costas de la reconvenición.

NOVENO.- Desestimándose totalmente el recurso de la actora, serán a su cargo las costas de apelación generadas con su tramitación.

Sin pronunciamiento sobre las costas del recurso interpuesto por la parte demandada, al haberse estimado parcialmente ( *arts. 394 y 398 LEC* ).

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 íntegramente, el recurso interpuesto por Paulino y estimando parcialmente el recurso interpuesto por Benito Y Marcelina, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución dejando sin efecto el contenido del pronunciamiento cuarto de su Fallo.

Siendo a cargo de la parte demandante las costas generadas con la tramitación de su recurso.

Sin pronunciamiento sobre las costas generadas por la tramitación de recurso de la parte demandada.

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