

SAP de Bizkaia de 27 de febrero de 2001

En Bilbao, a veintisiete de febrero de dos mil uno.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de Bizkaia integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistrados del margen los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 23/98, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao y seguidos entre partes: como apelantes: D. Juan Miguel representada por el Procurador Sr. Hernandez Uribarri y dirigido por el Letrado, Sr. Perez Jimenez, D. Pedro Y Dña. Raquel, representados por el Procurador Sr. Apalategui Carasa y dirigidos por el Letrado Sr. Ruiz Aizpuru y como apelados Dña. Marí Juana, representada por el Procurador Sr. Ors Simon y dirigida por la Letrado Dña. Guerra Murga y Dña. María Rosario, representada por la Procuradora Sra. Perea de la Tajada y dirigida por el Letrado Sr. Perez Goicuria.

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 fecha 24 de marzo de 1999 es del tenor literal que sigue:

FALLO:/ Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Hernández Uribarri, en nombre y representación de D. Juan Miguel, contra Raquel y D. Pedro, representados por el Procurador Sr. Apalategui Carasa, desestimando la reconvencción y entrando a resolver sobre el fondo, debo declarar y declaro constituida servidumbre de paso en los términos contenidos en el dictamen pericial obrante en autos, abonándose a la demandada la indemnización pertinente, a determinar en ejecución de sentencia, y sin expresa imposición de costas. Igualmente debo de absolver y absuelvo a D. Pedro Enrique, representado por la Procuradora Sra. Perea y a Dña. Marí Juana, representada por el Procurador Sr. Ors Simon, de los pedimentos contra los mismos deducidos, con imposición de costas a la parte actora. Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de quinto día. Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes se interpuso en tiempo y 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 esta por medio de sus Procuradores; ordenándose a la recepción de los autos y personamientos efecutados la formación del presente rollo al que correspondió el nº 295/99 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Que hecho el oportuno señalamiento y convocadas las partes para la vista del Recurso se celebró este ante la Sala el pasado día 24 de Enero 2001 en cuyo acto

comparecieron las partes, solicitando la parte apelante D. Juan Miguel a través de su Letrado la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia. La parte coapelante solicitó a través de la Letrado Sra. Carbajales Alvarez en sustitución del Letrado director Sr. Ruiz Aizpuru la revocación de la sentencia de instancia en lo que a la constitución de la servidumbre de paso se refiere.

La parte apelada Dña. Marí Juana solicito por medio del Letrado Sr. Ucar Angulo en sustitución de la letrado directora Sra. Guerra Murga la confirmación de la sentencia. La parte coapelada a través del Letrado sustituto Sr. Pedro Enrique, solicitó la desestimación de los recursos con imposición de costas a los apelantes.

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

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia.

VISTOS siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado DOÑA AINHOA GUTIERREZ BARRENENGOA.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se alza el apelante, Don. Juan Miguel, frente a la sentencia de primera instancia solicitando su revocación en el sentido de que se estime la acción posesoria ejercitada, así como la acción declarativa, modificándose el pronunciamiento relativo a la imposición de costas.

Los también recurrentes, D. Pedro y D^a Raquel, solicitan igualmente la revocación de la sentencia apelada en lo que a la constitución de la servidumbre de paso se refiere. Así mismo, y para el supuesto de que la Sala entienda que concurren los requisitos de la prescripción para la constitución de la servidumbre, solicita que la Sala plantee la cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria cuarta de la Ley Foral Vasca.

Las apeladas D^a Marí Juana y D^a María Rosario, solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- El artículo 128 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil Foral del País Vasco cuya aplicación solicita el demandante, hoy recurrente, a los efectos de estimación de la acción declarativa de existencia de servidumbre de paso, establece que "La servidumbre de paso se adquiere... por prescripción de veinte años", disponiendo la Disposición Transitoria cuarta que "La posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta Ley, aprovechará al poseedor a efectos de su adquisición por prescripción".

Para la aplicación de la referenciada normativa, de cara a la adquisición por usucapión, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, sin que aprovechen 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 previsto en los artículos 1.941 y 1.942 del Código Civil, a poner en relación con los artículos 444 y 447 del mismo Cuerpo Legal, también dignos de consideración y adecuada atención en el caso. Precisamente, alega el demandado, reiterando dicho argumento en la vista del recurso de apelación, a los efectos de desvirtuar el planteamiento del demandante, la existencia en este caso de actos esporádicos, meramente tolerados, que no afectarían a la posesión (arts. 444 y 1492 del Código Civil), así como la existencia de otro acceso diferente a la finca del demandante a aquél sobre el que se pretende que se declare la servidumbre.

Sin embargo, dicha argumentación obstativa debe ser rechazada por cuanto constan en autos pruebas documentales y periciales concluyentes para poder considerar que el camino sobre el que se pretende que se declare la existencia de una servidumbre de paso es el único de acceso a la finca del demandante y que lleva siendo utilizado, aunque con alteraciones en cuanto a su trazado, de modo continuado durante más de 20 años.

A este respecto son categóricos los informes periciales en el sentido de considerar que la finca del demandante dispone de un único camino de acceso el cual, por el lado Oeste, atravesando terrenos del demandado Sr. Raquel, comunica con el camino público más próximo que se dirige a Martiartu. Así, en el informe elaborado por el Perito Ingeniero Técnico Agrícola, D. Arturo, se afirma literalmente que "El lugar por el que se ha accedido a la finca durante los últimos 20-30 años parece ser de una forma razonable, el que partiendo desde el camino público de Martiartu asciende en dirección Este o Sureste". Así mismo, se señala que "Recorrida la finca... no hay ningún otro camino de acceso salvo el camino que parte del camino público de Martiartu atraviesa la finca propiedad del Sr. Raquel por su vertiente Noroeste y discurre en la actualidad a una distancia de aproximadamente a 25 m. de la finca en litigio por su linde Suroeste y a 14 m. aproximadamente de su linde Sureste". A estas conclusiones añade que "Este técnico entiende que no existe otra posibilidad de acceso más lógico y natural que el mencionado en el punto anterior, el camino que parte del camino público de Martiartu atraviesa la finca propiedad del Sr. Raquel ". Igualmente, en el informe elaborado por la Perito Técnica Topógrafa D^a Ana María, se concluye que "Es el único acceso posible a la finca del Sr. Juan Miguel ". Así mismo, ha de tenerse en cuenta la abundante prueba documental aportada y, concretamente, los planos y las fotografías aéreas aportadas como documentos nº 2, 3 y 4 de la demanda, de la que se deduce que el único camino de que disponía y dispone el monte propiedad del actor es, a pesar de algunas modificaciones respecto de su trazado original realizadas en interés del predio dominante, el que constituye hoy el objeto de la litis, datando su existencia de tiempos remotos, siendo los documentos aportados de hace más de cuarenta años.

A la vista de lo expuesto hasta el momento, esta Sala entiende que no es necesaria la constitución de una servidumbre, toda vez que la finca del actor ya ostenta una servidumbre de paso, que en su trazado actual, tal y como se señala en el informe del Perito Sr. Arturo, parte del camino público de Martiartu y atraviesa la finca propiedad del Sr. Raquel por su vertiente Noroeste, constituyendo este camino el acceso más lógico y natural. Procede por tanto, estimando en este punto el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Juan Miguel, revocar la sentencia recurrida y entender que no procede la constitución, sino el reconocimiento de la servidumbre de paso que ha existido durante el tiempo requerido para ello por el artículo 128 de la Ley de Derecho

Civil Foral del País Vasco, sin que esta Sala considere que existe alguna razón para formular la cuestión de inconstitucionalidad referida.

Por tanto, procede estimar la demanda en el sentido de declarar el derecho del actor a recobrar la pacífica posesión del camino de acceso a su finca, y de declarar la existencia de servidumbre de paso, en los términos descritos en el informe del Sr. Arturo, adquirida por prescripción, a través del camino objeto de la litis, para acceso a la finca del actor. Dicha estimación de la demanda supone la desestimación de la reconvenición planteada y reiterada por la parte apelante Sr. Pedro.

TERCERO.- En relación a la impugnación de la condena en costas invocada, el Sr. Raquel reitera su planteamiento, ya invocado en escrito presentado al amparo del artículo 701 de la precedente Ley de Enjuiciamiento Civil, de que no debe recaer sobre él el pago de las costas derivadas de la desestimación de la demanda dirigida contra los codemandados Sr. Pedro Enrique y Sra. Marí Juana por cuanto su llamada al proceso habría venido "forzada" por la alegación de falta de legitimación pasiva efectuada por el demandado Sr. Pedro, lo cual le habría llevado, a pesar de dudar de que la sentencia pudiera afectar a otras personas distintas, a verse obligada a solicitar la ampliación de la demanda a fin de evitar incurrir en cualquier defecto formal.

Expuesto el planteamiento del recurrente, cabe, a efectos de dar una respuesta oportuna a la cuestión planteada, traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1997 la cual recuerda que <<...en nuestro derecho procesal civil rige el principio dispositivo, del cual es una parte el de rogación, de manera que el demandante, como dueño de la acción, está facultado para dirigirla contra quien tenga por conveniente, designándolo con claridad y precisión (artículo 524 de la anterior LEC), sin que, en términos generales y fuera de los casos de excepción en que la Ley admite como parte legítima en los autos a quien no ha sido expresamente llamado a ellos, los Tribunales puedan tener por demandado a persona distinta de la designada por el actor y emplazada a juicio, como tampoco excluir a quien se llama, sea cual fuere la apreciación que en este primer momento procesal se haga respecto del error o acierto con que el actor haya procedido en la elección de la persona con quien desea mantener la contienda judicial, como incurso, según él, en la obligación objeto del litigio; pero si dirige la acción contra personas no legitimadas pasivamente, el Tribunal, en el proceso de menor cuantía, debe estimar esa falta de legitimación en la sentencia, absteniéndose respecto de ellas de entrar a conocer sobre el fondo del asunto, porque tanto legitimación como litisconsorcio están íntimamente ligados al mismo, pero han de resolverse con antelación; y si quien ejercita una facultad hace mal uso de ella, ha de pechar con las consecuencias perjudiciales de su actuar, ya que el juez no puede declarar "in limine" mal traído al juicio a ningún demandado, siendo éstos los que han de oponer la excepción, que de prosperar ha de producir su absolución y consiguiente condena en costas a la parte contraria por su indebida llamada al pleito, para no romper la ecuación facultad-carga, a diferencia de lo que ocurre cuando deja de llamarse a un auténtico litisconsorte manifiesto, porque tal presupuesto preliminar a la entrada en el fondo del asunto puede y debe salvarse en la comparecencia prevista en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva: la situación anómala de demandar a aquellos respecto de los que se afirma no pedir nada y hacerlo sólo de modo cautelar para evitar que los demás puedan alegar litisconsorcio pasivo necesario, ha de regirse por el principio de "autorresponsabilidad de la parte", que no puede impedir que tales demandados se defiendan y pidan su absolución y las costas para quien les ha llamado

indebidamente, que lo hace a todos los efectos que deriven de su demanda, ya que otra cosa implicaría el fraude procesal que rechaza el artículo once de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la vulneración del elemental "alterum non laedere">>.

Sin perjuicio de la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto aquí examinado en el que, el demandante, valorando las posibles consecuencias procesales de la falta de extensión de su demanda al Sr. Pedro Enrique y la Sra. Marí Juana, opta por llamarles a juicio, esta Sala entiende que, puestos que dicha decisión vino en gran medida motivada por la intervención de la parte demandada, cuyas alegaciones consiguieron confundir a la demandante, introduciendo nuevas cuestiones ajenas a la demanda principal y que la juzgadora admitió entendiéndolo que se trata de una reconvencción, esta Sala entiende, haciendo uso de sus facultades revisoras del asunto, que el pago de las costas impuestas como consecuencia de la desestimación de la demanda dirigida frente al Sr. Pedro Enrique y la Sra. Marí Juana debe distribuirse por mitad entre la parte demandante y la inicialmente demandada, Sr. Pedro y Sra. Raquel.

CUARTO.- Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Juan Miguel, no procede hacer expresa imposición de las costas devengadas por dicho recurso.

Desestimado el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Pedro procede la imposición al apelante de las costas causadas en esta alzada.

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Juan Miguel y desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro y D^a Raquel contra la Sentencia dictada el día 24 de marzo de 1999 por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Bilbao, debemos revocar y revocamos dicha resolución estimando la demanda interpuesta frente a D. Pedro y D^a Raquel en el sentido de declarar el derecho del actor a recobrar la pacífica posesión del camino de acceso a su finca, y de declarar la existencia de servidumbre de paso, en los términos descritos en el informe pericial del Sr. Arturo (apartado segundo), adquirida por prescripción, a través del camino objeto de litis, para acceso a la finca del actor, con imposición de las costas de primera instancia a dichos demandados.

En cuanto a las costas derivadas de la absolución del Sr. Pedro Enrique y la Sra. Marí Juana, procede su imposición, por mitad, al Sr. Juan Miguel y los codemandados Sr. Pedro y Sra. Raquel.

Sin expresa imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia por el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Juan Miguel y con imposición a D. Pedro y D^a Raquel de las costas devengadas por el recurso de apelación interpuesto por ellos.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado del que proceden, con certificación de la misma para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de su razón, 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.