

## **SAP de Bizkaia de 8 de marzo de 1999**

En Bilbao, a ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía nº 21/96, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Getxo y seguidos entre partes: Como apelante COLEGIO AMERICANO DE BILBAO representado por la Procuradora Sra. Basterreche Arcocha y dirigido por el Letrado Sr. Gacía Martínez y como apelados Imanol, Narciso y Tomás representados por el Procurador Sr. Santín Díez y dirigida por el Letrado Sr. González Cobreros.

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 3 de enero de 1997 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. BASTERRECHE ARCOCHA, en nombre y representación del AMERICAN SCHOOL OF BILBAO (Colegio Americano de Bilbao) he de absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones del aparte actora, y que estimando la reconversión formulada por la Procuradora Sra. CONGÁLEZ CABREROS, en nombre y representación de d. Imanol, y D. Tomás y D. Narciso, he de condenar y condeno al AMERICAN SCHOOL OF BILBAO a que derribe el vallado de entrada del camino que va desde Soparda poste de Iberdrola, a las fincas de los reconvinentes a su costa y lo deje libre y expedito, tal y como etaba antes de cerrar la finca, con imposición de las costas causadas en este procedimiento a la actora reconvenida".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del 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 176/97 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento y la vista del recurso, se celebró ante la Sala el pasado día 24 de Febrero de 1.999 en cuyo acto:

El Letrado apelante solicitó la revocación de la Sentencia de instancia y se dicte otra por la que se admita la acción negatoria de servidumbre y se declare que los terrenos propiedad del Colegio Americano no deben ningún tipo de servidumbre a los demandados y se desestime la reconvención implícita en la contestación de la demanda con imposición de las costas tanto de la demanda, como de la reconvención a la demandada, sin hacer imposición de las costas de esta alzada.

El Letrado Sr. Susaeta Sorozabal en sustitución del Letrado Sr. Larrinaga Etxebarria solicitó la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la Sentencia de instancia con imposición de costas a la parte recurrente recurrido solicita la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia, con la imposición de costas a la parte recurrente.

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

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de instancia, que acordó desestimar la demanda interpuesta dando lugar a la reconvenición promovida, se interesa de la Sala por la parte apelante, antes demandante reconvenida, considerando: a) que el tema de la prescripción no se debatió en el proceso; b) que la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, debiendo aplicarse el *artículo 1943 del Código Civil*, toda vez que en el año 1988, y por haber cerrado el camino litigioso el Colegio Americano, se interrumpió la posesión, de tal suerte que en el año 1992, a la entrada en vigor de la *Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco*, no existía posesión ni por tanto posibilidad de usucapión y c) que los planos no demuestran la existencia de un derecho, al limitarse a objetivar una realidad física que no constituye sin más una realidad jurídica, que, dando lugar al recurso interpuesto y revocando en su integridad la sentencia recurrida, se acuerde estimar la demanda y desestimar la reconvenición, con imposición de costas a la demandada- reconviniente, ahora apelada, la que se opone al recurso de apelación, solicitando por su parte de la Sala, tras alegar: a) que los testimonios demuestran que el camino ha existido siempre libre y expedito para su paso; b) que en los títulos aparece el camino de servidumbre; c) que aun cuando se cerrase el camino, la entrega de la llave, permitió que se siguiese disponiendo de la posesión en igual medida, no habiéndose por tanto interrumpido la misma y d) que los planos valen como documento y son un indicio de la existencia del camino, que también consta en sus títulos y cuya realidad asimismo reconocen los testigos, la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- La primera alegación de la parte recurrente, objetando que la prescripción constituye un tema que no fue debatido en el proceso, se corresponde ciertamente con la realidad de lo ocurrido. Así, la sentencia impugnada, introduciendo un tema no planteado en el escrito de contestación a la demanda, con total olvido de que la usucapión no puede ser apreciada de oficio, debiendo, según destaca la doctrina científica y la jurisprudencia, ser oportunamente invocada por el favorecido y efectuando un absurdo silogismo, en cuanto que construido a partir de premisas

contradictorias: a) que concurren los requisitos para la adquisición, por prescripción, de la servidumbre de paso debatida b) pero que, como no ha sido peticionada no puede ser declarada para no incurrir en incongruencia, termina por concluir, no obstante, que procede desestimar la demanda y estimar la reconvenición, solución a todas luces ilógica, al rechazarse la acción negatoria de servidumbre ejercitada en la demanda, por razón de una usucapión que, no habiendo sido alegada en la contestación, ni declarada en la sentencia, se convierte, en cualquier caso, en verdadero fundamento y exclusiva "ratio decidendi" de la decisión adoptada.

Ahora bien, sentado lo anterior, no es menos cierto que la parte apelante se abstuvo voluntariamente, y así lo puso de manifiesto expresamente en el acto de la vista del recurso, de imputar a la sentencia vicio de incongruencia, dejación difícilmente comprensible pero que, en cualquier caso, provoca la imposibilidad de dar lugar por el motivo que se examina a la revocación de la sentencia recurrida que no fue acusada de haber incurrido en incongruencia ni de haber violentado los *artículos 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución Española*, lo que por sí sólo hubiese bastado para fundamentar la apelación y provocar de manera automática la revocación pretendida por la recurrente.

TERCERO.- Lo anterior obliga a la Sala a concentrar los términos de la apelación en torno a la usucapión, para resolver, en este sentido, si la parte demandada apelada, adquirió o no por prescripción, el derecho de servidumbre que se niega en la demanda, problema cuya respuesta determinaría la solución del conflicto, de serlo en sentido afirmativo, a favor de la parte demandada apelada o, contrariamente, de serlo en sentido negativo, a favor de la parte demandante apelante.

La sentencia recurrida considera en este punto de aplicación el *artículo 128 de la Ley 3/1992, de 1 de Julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco* y, por lo tanto, partiendo de la circunstancia que declara acreditada de haberse poseído la servidumbre al menos, desde los últimos veintiún años, y puesto que según la *Disposición Transitoria 4ª de la antecitada Ley* "la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta Ley aprovecharía al poseedor a efectos de su adquisición por prescripción", que concurren los requisitos para la usucapión, por parte de los demandados, de la servidumbre de paso debatida.

Nada procede objetar en cuanto a la aplicación de la referenciada normativa, bien entendido que, de cara a la adquisición por usucapión, 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*, también dignos de consideración y adecuada atención en el caso.

Pues bien, sentado que la usucapión sólo puede operar, como efecto legal, siendo la posesión de la cosa o el ejercicio del derecho real prescriptible en concepto de dueño de aquélla o de titular de éste, no pudiendo constituir posesión, y menos en concepto de dueño, la simple detentación de una cosa o el ejercicio o disfrute de hecho de un derecho real sobre ella en virtud de licencia o por mera tolerancia de su dueño, circunstancias que no pueden beneficiar a quien la detenta o lo ejercita a los efectos de la usucapión, es lo cierto que la sentencia de instancia no repara en que, al menos desde el año 1988, la utilización por parte de los demandados apelados del camino litigioso se

ha venido produciendo por la mera tolerancia de la parte demandante apelante que, habiendo cercado las fincas de su propiedad y dado lugar por tanto al cierre del camino en cuestión, que atravesaba las mismas, se limitó a poner a disposición de los demandados apelados una llave que, permitiéndoles abrir el vallado, les facilitaba el acceso a sus fincas, por el interior de la suya.

De lo que ya se sigue que, al momento de la entrada en vigor de la *Ley 3/1992, de 1 de Julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco*, los demandados, que ni consta hasta el momento se opusiesen al vallado, ni a la utilización del paso a expensas de la voluntad del Colegio Americano, que al igual que en su momento les facilitó la llave que les permitía acceder a su propiedad, podía en cualquier otro momento, simplemente retirándosela o cambiando la cerradura, llegar a impedirles la entrada, no ejercían o disfrutaban de hecho, en cuanto que titulares del mismo, de un derecho real de servidumbre de paso sobre el camino litigioso, lo que descarta la existencia de una posesión apta para usucapir, provocando el rechazo del razonamiento y la conclusión de la sentencia apelada, la que, dando lugar al recurso interpuesto, procede revocar, acogiendo la demanda y desestimando la reconvenición, con imposición de las costas de la instancia a la parte demandada y sin que proceda verificar expresa condena en las costas de la alzada.

En atención a lo expuesto

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 el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Colegio Americano de Bilbao contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de los de Guecho en los autos de juicio de menor cuantía nº 21/96, con fecha de 3 de Enero de 1997, debemos revocar y revocamos la misma dictando otra en su lugar por la que estimando la demanda promovida por la representación procesal del Colegio Americano de Bilbao contra D. Imanol, D. Narciso y D. Tomás y desestimando la reconvenición promovida por la representación procesal de éstos contra aquél, al que absolvemos de la misma, declaramos que el Colegio Americano de Bilbao es propietario y tiene el libre dominio de las fincas descritas en el hecho primero de la demanda interpuesta y que tales fincas no se hallan sujetas a limitación o servidumbre de paso alguna en relación a las fincas propiedad de los demandados que lindan con la suyas, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y en consecuencia a abstenerse de utilizar ningún tipo de paso a través de la propiedad de la actora, todo ello con imposición a los demandados reconvinientes de las costas de la instancia, tanto las de la demanda como las de la reconvenición y sin que proceda verificar expresa condena en las costas de la alzada.

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